

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
VIA GIOVANNI PAOLO II, 132 – FISCIANO (SA)



TESI DI DOTTORATO DI RICERCA IN
COMPARAZIONE E DIRITTI DELLA PERSONA

XI Ciclo

MEZZI DI TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA
ALTERNATIVI AL TESTAMENTO.
LE LIBERALITÀ NON DONATIVE.

Dottorando: dott. Alberto Ascione

Tutor: Ch.mo Prof.
Bruno Meoli

Coordinatore: Ch.mo Prof.
Pasquale Stanzone

A.A. 2013/2014

PREFAZIONE.....	3
------------------------	----------

CAPITOLO 1 - MEZZI DI TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA

ALTERNATIVI AL TESTAMENTO E LIBERALITÀ INDIRETTE..... 7

1. MEZZI DI TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA ALTERNATIVI AL TESTAMENTO.	7
2. I FENOMENI PARASUCCESSORI: I C.D. NEGOZI TRANSMORTE.....	14
2,1. <i>Il contratto a favore di terzo.</i>	14
2,2. <i>Il contratto di assicurazione sulla vita.</i>	18
2,3. <i>Il contratto di rendita vitalizia a titolo oneroso.</i>	22
2,4. <i>Il vitalizio alimentare o contratto di mantenimento.</i>	23
2,5. <i>Ipotesi residuali.</i>	24
3. CONSIDERAZIONI.....	25
4. RICONDUCIBILITÀ DEI FENOMENI ‘PARASUCCESSORI’ NELLE DONAZIONI INDIRETTE.	26
5. IL NEGOZIO INDIRETTO E LE LIBERALITÀ INDIRETTE.....	29
6. LA DISCIPLINA DELLE DONAZIONI INDIRETTE.	34
a) <i>onere.</i>	34
b) <i>comunione legale.</i>	39
c) <i>mandato a donare.</i>	44
d) <i>beni futuri.</i>	46
e) <i>forma.</i>	47
f) <i>donazione obnuziale.</i>	48
g) <i>revoca per ingratitudine.</i>	48
h) <i>donazione indiretta e volontaria giurisdizione.</i>	49

CAPITOLO 2 - IL SISTEMA DI TUTELE A FAVORE DEL LEGITTIMARIO. IL PROBLEMA DELLA PROVENIENZA

DONATIVA. 52

1. LA LESIONE QUANTITATIVA DEI DIRITTI DEL LEGITTIMARIO: L’AZIONE DI RIDUZIONE E DI RESTITUZIONE.	52
2. SEGUE: LA TUTELA DEL TERZO ACQUIRENTE.....	61
3. IL RIMEDIO DELL’ART. 549 C.C.	69
4. LA PROVENIENZA DONATIVA.....	75
4.1 <i>La fideiussio indemnitis.</i>	78
4.2 <i>Il mutuo dissenso.</i>	82
4.3 <i>Novazione della donazione.</i>	85
4.4 <i>Riserva di disporre ex art. 790 c.c.</i>	89
4.5 <i>Il Trust.</i>	91
4,6 <i>La rinuncia all’azione di restituzione nei confronti degli aventi causa del donatario.</i>	93
4,7 <i>Strumenti non idonei allo scopo.</i>	95
5. CONCLUSIONI.	97

CAPITOLO 3 - DONAZIONI INDIRETTE E TUTELA DEI LEGITTIMARI: EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E PRASSI CONTRATTUALE.	99
1. L'OGGETTO DELLA DONAZIONE INDIRETTA.	99
2. EFFETTI NELLA PRATICA NEGOZIALE.	104
3. DONAZIONE INDIRETTA E DONAZIONE SIMULATA.	108
4. ENUNCIAZIONE TARDIVA DELLA CAUSA LIBERALE: L'EXPRESSIO CAUSAE.	112

CAPITOLO 4 - IL PROBLEMA DELLA PROVENIENZA DONATIVA NEL MODELLO FRANCESE.	119
1. LE SUCCESSIONI NEL DIRITTO COMPARATO.	119
2. IL PROBLEMA DELLA PROVENIENZA DONATIVA NEL MODELLO FRANCESE.	122
3. SEGUE. IL CERTIFICATO EREDITARIO.	126
4. CONCLUSIONI.	128
5. PROSPETTIVE DI RIFORMA NELLA DOTTRINA CONTEMPORANEA.	132

INDICE BIBLIOGRAFICO	135
INDICE DELLE DECISIONI.....	143

PREFAZIONE

Si qualificano “mezzi di trasmissione alternativi al testamento”, le fattispecie traslative che sfruttano moduli onerosi *inter vivos* per attribuzioni funzionali al perseguimento del fine liberale tipico del testamento.

Sul presupposto che gli strumenti tramite i quali realizzare la causa liberale sono molteplici e non necessariamente contrattuali o negoziali, l'indagine si concentrerà sul più ristretto campo dei negozi «transmorte» le cui caratteristiche sono da rinvenire, in primo luogo, nella circostanza che l'attribuzione *non* è causalmente legata all'evento morte (ciò che impedisce la sanzione di cui all'art. 458 c.c.) e, in secondo luogo, nella possibilità per il disponente di revocare e modificare l'attribuzione fino alla morte.

Nel contratto a favore di terzo, seppur con taluni correttivi, sarà rinvenuta la fattispecie più adatta allo scopo.

Tra le ragioni che inducono a ricercare detti strumenti, è possibile individuare, alla base delle molteplici istanze registrate nella prassi, l'esigenza comune di anticipare il trattamento successorio e ciò in ragione o della peculiarità del cespite ereditario o di mere esigenze anticipatorie legate al prolungarsi della durata media della vita o, più semplicemente, per l'opportunità di un attuale risparmio fiscale.

Punto centrale diventa, però, comprendere per quale motivo tali esigenze di anticipazione non vengano perseguite attraverso lo strumento tipico della donazione la cui disciplina complessiva è concepita proprio nell'ottica di coniugare, riconducendole ad unità, le istanze liberali realizzate dal disponente sia *inter vivos* che *mortis causa*.

Le principali ragioni che giustificano questa fuga dal sistema delle successioni e delle donazioni sono da rinvenire, in primo luogo, nella possibilità di

nascondere nelle maglie dell'atipicità sperequazioni non consentite dal sistema di tutele dei riservatari e, in secondo luogo, nell'esigenza di evitare i problemi collegati alla provenienza donativa; profilo, quest'ultimo trainante l'intera indagine in considerazione della avvertita esigenza, nella pratica negoziale, di evitare al donatario ostacoli al reinvestimento dipendenti dalla notoria difficoltà di rivendita dei cespiti donati.

Nella pratica negoziale, dunque, si è registrato uno sfruttamento di questo profilo sottilmente fraudolento dei negozi 'alternativi' al testamento per non far risultare *prima facie* la reale portata causale dell'operazione negoziale.

Appare tuttavia evidente come la stabilità di un simile rimedio sia molto discutibile – oggi più che in passato – se si considera, da un lato, l'evoluzione della normativa nazionale che, al fine di contrastare il riciclaggio, impone più stringenti formalità in punto di circolazione del denaro (e pagamento del prezzo di vendita) e, dall'altro, l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni che, proprio a fronte del dilagare delle cd. *intestazioni di beni in nome altrui*, ha preso una posizione piuttosto forte ribadendo non solo che la causa donativa impone di ritenere oggetto della donazione il cespite acquistato e non il denaro impiegato ma, per tale via, chiarendo che ai fini delle operazioni collatizie si debba tenere conto del valore del cespite al momento dell'apertura della successione.

A questo si aggiunga che l'utilizzo della donazione indiretta al fine di ovviare al problema della provenienza donativa (o per le esposte ragioni fiscali) non è senza costi, atteso che si dà luogo a sperequazioni tra i riservatari anche laddove la volontà del testatore non sia in tal senso. L'impiego del modulo oneroso implica, infatti, la sottrazione formale del *donatum* agli obblighi di collazione e imputazione venendo lasciato all'onestà e ai buoni rapporti tra i legittimari il compito di procedere a divisioni del compendio ereditario nell'ottica di individuare, senza l'aiuto della legge, un punto di equilibrio 'sostanziale'.

La consapevolezza che non sempre è dato rinvenire dette positive condizioni ha fatto sorgere l'esigenza di ricorrere ai c.d. negozi di sistemazione familiare, tramite i quali far emergere *ex post* la reale portata donativa di precedenti

atti dispositivi e ciò al fine di sfruttare gli effetti perequativi della collazione, strumento di equilibrio 'formale'.

Il tema delle alternative negoziali, non può che risentire di questo scenario interpretativo al punto che, forse, potrebbe domandarsi se ancora sussistano margini di appetibilità. La risposta non può essere unitaria perché dipendente in massima parte dalle specifiche finalità che si intendono perseguire.

Per quel che riguarda il problema della provenienza donativa, sicuro e determinante significato assume il più recente arresto della Cassazione che, nel 2010, ha fornito un'interpretazione convincente del fenomeno restitutorio pervenendo alla conclusione che non vi siano gli estremi per ritenere che lo stesso possa operare avverso le donazioni indirette con la connotazione reale sua tipica.

Questo orientamento, in realtà emerso in dottrina anche negli anni precedenti alla pronuncia, è destinato a dare nuova vitalità al fenomeno delle liberalità indirette permettendo di svincolarsi dai numerosi e discussi *escamotage* proposti dalla dottrina e nella prassi per permettere di non frustrare le esigenze di reinvestimento del donatario.

La più moderna prospettiva di indagine risolve il problema con maggiore efficacia rispetto al modello francese che, nel 2006, dando spazio ad un orientamento largamente diffuso anche in Italia, ha riconosciuto la facoltà del legittimario di rinunciare all'azione di riduzione prima dell'apertura della successione.

CAPITOLO 1

MEZZI DI TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA ALTERNATIVI AL TESTAMENTO E LIBERALITÀ INDIRETTE.

I mezzi di trasmissione alternativi al testamento sono atti, negoziali o non negoziali, nati in risposta ai limiti emersi nell'utilizzo dello strumento del testamento per la trasmissione intergenerazionale della ricchezza.

Le fattispecie negoziali tipiche impiegate allo scopo, tuttavia, integrando negozi indiretti con causa liberale, pur emancipate dal sistema delle successioni nella fase genetica, in essa tornano con ciò che ne consegue in caso di frizione con il sistema delle successioni necessarie.

Dopo un prima indagine sui c.d. fenomeni parasuccessori con attenzione alle fattispecie contrattuali in grado di replicare più efficacemente le caratteristiche del testamento, l'indagine si concentrerà sui negozi indiretti e le liberalità indirette.

1. Mezzi di trasmissione della ricchezza alternativi al testamento.

Nella cosiddetta 'società del benessere', il diritto successorio assume un ruolo determinante quale istituto giuridico diretto a consolidare i processi di diffusione della ricchezza e a contribuire a stabilizzare la costituzione economica fondata sul diritto di proprietà e sulla libertà di mercato¹.

Negli ordinamenti di tradizione giuridica occidentale è, tuttavia, ricorrente l'affermazione che il diritto delle successioni sia in crisi e, con esso, correlativamente, il ruolo chiave che allo stesso veniva riconosciuto nei più importanti manifesti del liberismo classico ottocentesco².

Detta consapevolezza, in effetti, si giustifica con il fatto che la 'decentralizzazione' della disciplina delle successioni nel sistema del diritto privato costi-

¹ LISIA CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, Padova, 2008

² DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Parigi, II, 1840, p. 76, «Il diritto delle successioni appartiene al diritto civile, ma dovrebbe essere collocato in cima a tutte le istituzioni politiche, perché esso influenza significativamente lo stato sociale dei popoli di cui le istituzioni politiche sono espressione».

tuisce un processo storicamente risalente che ha avuto inizio con il venire meno della funzione politica della vicenda successoria che ha perduto il suo ruolo di mezzo di trasmissione del potere e della legittimazione sociale. Si pensi, in tal senso, agli istituti del fedecommesso e del maggiorascato il cui scopo era di mantenere unito il patrimonio familiare, direttamente proporzionale al potere politico, in una dimensione giuridica cui erano totalmente estranee la solidarietà familiare e la libertà dell'individuo.

Ai nostri giorni, invece, la crescente domanda di strumenti giuridici alternativi al testamento deve giustificarsi con il nascere di esigenze nuove quali l'aumento della durata media della vita, che ha aggravato gli aspetti negativi della revocabilità del testamento senza altro limite che la morte ma, anche, con l'importanza preminente che la ricchezza mobiliare ha assunto nella composizione dei grandi patrimoni con i correlativi problemi legati all'imprevedibilità dei corrispondenti valori monetari al momento della morte del titolare e alla necessità di specifiche competenze per la loro gestione³.

A ciò si aggiungono nuove esigenze quali il risparmio fiscale; la possibilità per il testatore di collaudare, quando ancora in vita, gli assetti patrimoniali predisposti per il tempo successivo alla morte o di garantire, attraverso strumenti di matrice contrattuale, il mantenimento di soggetti che abbiano prestato servizi (o che si impegnano a compierli) o, più semplicemente, di soggetti legati al disponente da rapporti di convivenza⁴; per quel che attiene, invece, alla gestione dell'attività imprenditoriale, l'esigenza di evitare che la il trapasso generazionale ne determini la frammentazione.

È curioso notare come mentre la crisi di altri istituti del diritto di privato si è tradotta nell'abuso o nello sviamento della "forma" asservita a nuove esigenze pratiche, qui «la "materia" – la trasmissione intergenerazionale della ric-

³ PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983

⁴ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi* in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa e Patti, 2008, p. 246 «In tutti questi casi non appare sufficiente la stipula di una donazione modale quale alternativa testamentaria stante la circoscritta possibilità di revoca dell'attribuzione ex art. 800 c.c. (ingratitude e sopravvenienza dei figli), anche se il *modus* consente un limitato potere di controllo dell'attività del donatario, atteso che il suo inadempimento può dar luogo alla risoluzione della donazione».

chezza – si avvale di strumenti negoziali che prescindono dagli istituti che ad essa aveva destinato il legislatore»⁵.

Si spiega, dunque, in questo modo come mai la dottrina abbia a lungo e attentamente indagato su quali tipi contrattuali possano essere impiegati per realizzare una valida alternativa al testamento, in particolare ricercando gli strumenti più idonei a consentire al disponente quel beneficio tipico dello strumento testamentario qual è il potere di conservare il dominio del profilo effettuale della vicenda negoziale perfezionata⁶.

Tali esigenze, tuttavia, si scontrano con il limite rappresentato dal divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. che, con la sua *ratio* di salvaguardia, da un lato, della libera volontà del disponente e, dall'altro, delle ragioni patrimoniali del successore, finisce inesorabilmente con il frustrare quelle aspirazioni dispositive emerse in risposta ai limiti che lo strumento testamentario ha dimostrato di avere⁷.

Si spiega, dunque, in questo modo l'impegno con cui la dottrina ha, nel tempo, evidenziato l'opportunità di scalfire la granitica tutela di cui all'art. 458 c.c. attraverso letture, se non abroganti, comunque idonee a temperarne i rigori.

Da più parti, tuttavia, si ritiene che questi indirizzi dottrinali sarebbero stati implicitamente smentiti dall'introduzione del patto di famiglia con cui il legislatore non avrebbe fatto altro che dimostrare l'illegittimità di qualunque percorso volto ad estendere o a restringere per via interpretativa gli ambiti di operatività della norma.

A prescindere da qualunque ulteriore considerazione in merito, rimane tuttavia evidente come il problema fondamentale di qualunque ricerca volta ad

⁵ LISIA CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, cit., 1998, p. 14.

⁶ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 22 «Si tratta, in altri termini, di individuare strumenti negoziali che, pur consentendo al beneficiante la possibilità della revoca dell'attribuzione, permettono al contempo al beneficiario di prepararsi alla successione del beneficiante già durante la sua vita».

⁷ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 241 «Un ordinamento rigido che prevede forme tassative della successione mortis causa comporta l'esigenza di ricercare strumenti negoziali alternativi al testamento [...]. Ciò deve avvenire senza cadere nel divieto dei patti successori (istitutivi).» ed ancora «fino a quando il nostro parlamento non si deciderà ad abrogarlo, vige nell'ordinamento italiano il divieto dei patti successori. È quindi imprescindibile l'indagine sulla conformità o meno della fattispecie negoziale ai caratteri che sono esclusivi dell'atto di ultima volontà, dato che un contratto a causa di morte è affetto da radicale nullità ex art. 458 c.c.»

individuare strumenti alternativi al testamento sia quello di verificarne la validità alla luce del disposto dell'art. 458 c.c. norma che, in coerenza con il principio affermato nell'art. 457, esclude categoricamente l'ammissibilità nel nostro ordinamento dei patti successori istitutivi ossia di atti *mortis causa* a contenuto patrimoniale diversi dal testamento.

Fondamentale punto di partenza per le ricerche dottrinali in commento sono gli studi di Palazzo⁸ e Giampiccolo⁹. A quest'ultimo, in particolare, deve riconoscersi il merito di aver tentato di definire i confini dell'art. 458 c.c. attraverso la distinzione tra atto *attributivo a causa di morte* (ambito esclusivo del testamento) e *attribuzione post mortem*, in cui la morte non assurge, come nel primo caso, ad elemento causale dell'attribuzione, ma funge da semplice modalità dell'atto (riguardando, cioè, il modo di operare degli effetti o i motivi per i quali l'atto è stato compiuto).

Nella prospettiva dell'autore citato, affinché un atto possa definirsi *mortis causa*, occorre che la morte abbia su di esso una duplice incidenza: sull'oggetto e sul soggetto. L'oggetto della disposizione deve determinarsi quanto ad entità, esistenza e modo di essere al momento della morte del disponente, deve cioè costituire un *quod superest* e, allo stesso modo, la persona del beneficiario deve essere considerata in quanto esistente in quel momento.

La logica conclusione è che laddove «l'una delle due condizioni manchi, non può – di regola – qualificarsi un'attribuzione a causa di morte» e pertanto l'atto deve considerarsi estraneo all'ambito applicativo dell'art. 458 c.c.¹⁰

⁸ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit.

⁹ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 e ss.: Id., voce «Atto *mortis causa*», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, p. 232 e ss.

¹⁰ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 42 in cui si afferma che la differenza tra il negozio «a rilevanza giuridica esterna» e il negozio «di ultima volontà», consiste in ciò che «quest'ultimo, che regola e vuole effettivamente regolare una situazione *post mortem*, spiega realmente e in senso tecnico i suoi effetti dopo la morte del soggetto; il primo invece opera al momento stesso della morte, e cioè con riferimento all'attimo ideale del trapasso della situazione di vita a quella di morte. Ed infatti in tanto può tecnicamente giustificarsi, in quanto si ammette operare in quel preciso momento della morte che è anche l'ultimo della vita del soggetto: significativa, ad es., in tal senso è l'ipotesi dell'esercizio, per testamento, di un potere intrasmissibile, quale quello di revoca della designazione in un contratto a favore di terzo o di revoca dell'atto di fondazione, poteri dei quali non sarebbe ovviamente concepito».

Ricorrono entrambi gli elementi assunti come caratterizzanti gli atti *mortis causa*, per esempio, nell'istituzione contrattuale di erede o di legatario e nella *donatio de residuo si praemoriar* avente ad oggetto i beni che faranno parte del patrimonio del donante al momento della sua morte e condizionata sospensivamente alla premorienza del donante al donatario. Una simile donazione si pone, in tutta evidenza, come inammissibile strumento alternativo al testamento nella misura in cui non è possibile, al momento del suo perfezionamento, prevedere ciò che entrerà nel patrimonio del donatario: tutto è, infatti, subordinato alle vicende che *medio tempore* intercorreranno tra la data della stipula dell'atto e il verificarsi dell'evento morte.

Diversamente è a dirsi nella donazione *inter vivos* (ancorché subordinata negli effetti agli eventi della morte e della premorienza) ove il bene fuoriesce dal patrimonio del donante nel momento stesso della realizzazione.

Deve, infatti, in linea di massima negarsi la qualifica di atti *mortis causa* alla donazione *si moriar* e alla donazione *si praemoriar* in cui la morte funge da condizione¹¹, nonché alla donazione *cum moriar* in cui la morte funge da termine iniziale di efficacia dal momento che in tutte queste ipotesi la morte serve solo ad identificare il momento di produzione degli effetti finali dell'atto.

Nello specifico, nella donazione *si praemoriar* si prevede che la donazione del donante a favore del donatario sia risolutivamente o - come è in genere - sospensivamente condizionata alla premorienza del donante desideroso di far pervenire il bene esclusivamente a favore di quel preciso donatario senza che, nell'ipotesi in cui questi dovesse premorirgli, della donazione possano beneficiare i suoi eredi¹².

bile l'esercizio per un tempo in cui il potere medesimo è già esaurito»; NICOLÒ, *Disposizioni di beni «mortis causa» in forma indiretta*, in *Riv. Not.*, 1967, p. 641

¹¹ Cass., 9 luglio 1976, n. 2619, in *Rep. Giur. It.*, 1976, v. *Successioni legittime e testamentarie*, n. 6.

¹² Occorre ricordare, tuttavia, che la Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Giur. Comm.*, 1987, II, p. 725 ss., ampiamente criticata dalla dottrina, è di segno contrario evidenziando come un simile negozio «anche se strutturato nella forma dell'atto *inter vivos* sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del titolare del diritto, concreta una disposizione successoria, in quanto la sua funzione è quella di permettere al dichiarante di disporre dei propri beni e dei propri diritti per quando avrà cessato di vivere».

Laddove, però, da clausole inserite in tali atti o anche da patti collaterali risulti che il beneficiante si riserva, in sostanza, il potere di disporre del bene donato, anche attraverso un impegno del beneficiario ad intervenire nei successivi atti di disposizione, si realizzano nel complesso entrambe le condizioni sopra prospettate per la sussistenza del patto successorio.

In continuità con gli studi di Giampiccolo, l'indagine di Ieva¹³ che, in particolare, superando l'approccio casistico di Palazzo, ha inteso semplificare l'indagine dei suoi predecessori individuando tre categorie negoziali astratte (due principali e una residuale) utilizzabili quali alternative al testamento per regolare situazioni patrimoniali *post mortem*¹⁴ così permettendo all'indagine di emanciparsi dalla enorme e difficilmente sintetizzabile congerie di interessi ad essa sottesa.

È possibile rappresentare questo insieme diversificato di negozi con dei cerchi concentrici.

Attorno ad un 'nucleo' rappresentato dal testamento si pongono tutti i negozi *post mortem*: quelli più vicini al nucleo, i c.d. negozi *transmorte*¹⁵, individuano alternative molto prossime al testamento replicandone, compatibilmente alle norme di cui agli art. 457 e 458, le principali caratteristiche; quelli più lontani dal centro (e successivi ai negozi *transmorte*) integrano invece alternative 'imperfette' in quanto difettose, ad esempio, dell'elemento delle revocabilità o della modificabilità.

¹³ AA.VV., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Pietro Rescigno, coordinato da Marco Ieva, I, Padova, 2010

¹⁴ AA.VV., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit. «Una serie di considerazioni induce però ad organizzare in questa sede lo studio secondo un criterio diverso, ossia esaminando gli istituti senza pretendere di cristallizzare la loro utilizzazione in funzione del raggiungimento di un certo interesse tipico, ben potendo i vari istituti, attraverso i quali si operano attribuzioni *transmorte*, realizzare interessi di volta in volta diversi. [...] Infatti sotto il profilo strettamente giuridico non hanno grande rilievo né i motivi che inducono il beneficiante a disporre, né l'oggetto stesso della disposizione perché i problemi sostanziali che il giurista è chiamato a risolvere sono gli stessi sia se vuole donare un'abitazione alla domestica che ha assistito per tutta la sua vita il beneficiante, sia se si vuole donare l'azienda a quello dei figli che sembra maggiormente adatto a svolgere l'attività imprenditoriale [...] In sostanza, la valutazione che il giurista è chiamato a fare [...] è quella espressa dall'art. 1322 c.c.». E' preferibile adoperare l'espressione atti con effetti *post morte* anziché *post mortem*, per evitare il rischio di confusione terminologica: parte della dottrina (CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza edizione, Milano, 2009), infatti, individua negli atti *post mortem* quelle disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente siano contenute nel testamento ai sensi dell'art. 587 cpv. c.c.

¹⁵ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., Napoli, 1983.

Perché un negozio possa essere collocato nella fascia dei negozi ‘post mortem’ del tipo ‘transmorte’ si richiede¹⁶:

- che l’attribuzione *post mortem*, attuata dall’autonomia contrattuale con forme alternative al testamento si svolga in modo che il bene esca dal patrimonio del beneficiante prima della morte;

- che l’attribuzione del bene al beneficiario divenga definitiva soltanto dopo la morte del disponente, salva una possibile e parziale anticipazione degli effetti (di tipo successorio);

- che il congegno negoziale possa essere reso inoperante (o modificato) dal soggetto beneficiante, con una decisione da assumere prima della morte.

Quest’ultimo aspetto, in particolare, risulta determinante per quelle finalità di mantenimento che rappresentano una delle tipiche esigenze sottese alla ricerca dell’alternativa testamentaria e, ancora di più, con riguardo alla gestione del trapasso generazionale dell’impresa, ove assume un rilievo centrale la circostanza che al disponente sia consentito riservarsi un giudizio sulla meritevolezza delle persone, sulla finale destinazione dei beni e sulla idoneità del mezzo prescelto.

A questo primo gruppo di negozi *transmorte* se ne può affiancare, come sopra anticipato, un secondo che raccoglie, invece, tutti quei negozi con effetti *post mortem* che, pur essendo caratterizzati da un’efficacia differita ad un momento successivo alla morte del disponente, mancano di taluno degli elementi dei negozi *transmorte*, normalmente della revocabilità, il che li rende una alternativa imperfetta al testamento.

Un terzo gruppo di istituti, poi, ricomprende ipotesi ancora diverse e fortemente differenziate fra loro, che assumono rilevanza al momento della morte del soggetto.

Rientrano nel gruppo dei negozi *transmorte* le ipotesi di contratto a favore di terzo, l’assicurazione sulla vita a favore di terzo, la rendita vitalizia a favore di terzo, il vitalizio alimentare a favore di terzo, il negozio fiduciario, il man-

¹⁶ AA.VV., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit.

dato *post mortem*, le clausole di consolidazione nei contratti di società, il deposito bancario a favore di terzo, l'accollo.

Rientrano nel secondo gruppo dei negozi *post mortem* la donazione modale con adempimento dell'onere *post mortem*, la donazione *si praemioriar* (ovviamente nel presupposto della sua ammissibilità, stante l'altalenante orientamento giurisprudenziale) e altre ipotesi residuali, come la comunione *de residuo*, la vendita di cosa altrui e l'opzione su quote societarie e azioni.

2. I fenomeni parasuccessori: i c.d. negozi transmorte.

Muovendoci nell'ambito dei negozi *transmorte* e in applicazione dei criteri esposti precedentemente, saranno analizzati alcuni schemi negoziali che, per caratteristiche loro proprie o a fronte di taluni adattamenti convenzionali, rappresentano valide alternative al testamento.

2.1. Il contratto a favore di terzo.

Tra gli schemi negoziali maggiormente idonei a rappresentare un'alternativa al testamento v'è certamente da annoverare il contratto a favore di terzo, fattispecie contrattuale con clausola accessoria per effetto della quale le parti, stipulando in nome proprio, producono l'acquisto diretto di un diritto da parte di un terzo¹⁷.

Come rilevato¹⁸, infatti, le fattispecie pur apparentemente idonee allo scopo quali quelle del meccanismo interpositorio, reale o fittizio (negozio simulato o fiduciario), o del negozio indiretto presentano peculiarità tali da non renderli strumenti appetibili: nel primo caso l'attualità dell'attribuzione a favore del

¹⁷ In dottrina: DONADIO, voce «*Contratto a favore di terzi*», in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1959; MESSINEO, voce «*Contratto nei rapporto col terzo*», in *Enciclopedia del diritto*, 1962; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.

¹⁸ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 283-284 «Le norme del codice che disciplinano l'istituto sono tutte dispositive il che si argomenta dall'inciso finale dell'art. 1411, co. 1 c.c. (salvo a voler considerare il riferimento esclusivamente rivolto alla sorte della prestazione in caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne).»

beneficiario precluderebbe qualunque possibilità di riacquisto da parte del beneficiante (cui, quindi, sarebbe preclusa ogni facoltà di rendere unilateralmente inoperante il congegno negoziale); nel secondo, invece, l'acquisto a favore del beneficiante sarebbe attuale e non subordinato all'evento morte.

Analogamente inidoneo allo scopo sarebbe la fattispecie del contratto per persona da nominare atteso che la nomina, rendendo il nominato parte formale e sostanziale del contratto, precluderebbe ogni nesso di derivatività dallo stipulante (aspirante *de cuius*).

Tornando, invece, al contratto a favore del terzo, le caratteristiche della fattispecie sono: 1) che il diritto del terzo ha il suo fondamento esclusivo nel contratto; 2) che il diritto è autonomo e sorge direttamente in capo al terzo; 3) che il terzo non è parte del contratto, né lo diviene successivamente¹⁹.

Il legislatore riconosce cittadinanza giuridica alla fattispecie subordinatamente alla sussistenza di un fondamento causale dell'agire dello stipulante - di un interesse meritevole di tutela - che gli interpreti, tuttavia, ritengono possa essere anche non patrimoniale.

Come osservato²⁰, «il terzo acquista il diritto come, quando e con l'ampiezza che le parti determinano; né la legge, né il terzo possono imporre diverse modalità; al terzo è attribuita solo la facoltà di rifiutarlo» il che peraltro è conforme ad un principio generale del nostro ordinamento ricavabile dalla lettura, oltre che dell'art. 1411 c.c., degli artt. 1333, 1236, 649 c.c., in base al quale il consenso del soggetto nel patrimonio del quale il negozio deve produrre i suoi effetti è necessario quando tali effetti consistano in una perdita e non lo è quando si traducano in un acquisto²¹.

¹⁹ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1967, p. 395.

²⁰ MIRABELLI, *Dei contratti in generale, cit.*, p. 395

²¹ Nello stesso senso SACCO-DE NOVA, *Il contratto a favore del terzo*, in *Trattato di diritto privato diretto* da P. Rescigno, Torino, 1983, p. 415. In verità la questione ha costituito oggetto di vivo dibattito in dottrina soprattutto con riguardo alla possibilità di far confluire nella sfera giuridica del terzo anche diritti reali. L'orientamento di segno negativo argomenta dalla circostanza che la titolarità di diritti reali implica oneri che potrebbero tradursi per il terzo in pregiudizi incompatibili con il principio di relatività dei negozi. In tal senso BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 2000. La Cassazione e la prassi notarile aderiscono alla tesi positiva poiché detti paventati oneri sorgono in un momento successivo all'acquisto del diritto e sono connaturati a quest'ultimo essendo comunque il terzo nella facoltà di rifiutare. L'esposta dinamica, in punto di pubblicità, si traduce nella possibilità che la trascrizione sia eseguita sia dal terzo che dallo stipulante (posto che

Nel confrontare gli effetti tipici della fattispecie astratta con le caratteristiche enucleate in precedenza dei negozi c.d. *transmorte* al fine, evidentemente, di verificarne l'utilità quale alternativa testamentaria, si deve verificare: 1) se l'uscita del bene dal patrimonio del beneficiante avvenga prima del verificarsi dell'evento morte; 2) se l'attribuzione del bene al beneficiario divenga definitiva soltanto dopo la morte del disponente; 3) se il disponente possa, entro il termine della sua morte, riformulare l'assetto patrimoniale predisposto rendendolo inoperante.

Quanto al primo profilo, lo stesso certamente sussiste atteso che, secondo le regole generali, lo stipulante, per effetto del contratto, assume immediatamente l'obbligazione di eseguire una certa prestazione a favore del promittente.

Il secondo profilo, pur non essendo strutturalmente connaturato alla fattispecie astratta, può essere soddisfatto attraverso la predisposizione di una clausola contrattuale in forza della quale il promittente si impegna a differire l'esecuzione della sua prestazione a favore del terzo ad un momento successivo alla morte dello stipulante (c.d. contratto a favore del terzo con effetti *post mortem*).

Quanto al terzo profilo evidenziato, quello della revocabilità del negozio, lo stesso rappresenta un elemento naturale della fattispecie come è dato desumere dal dato normativo di cui artt. 1411 e 1412 c.c.

È forse proprio nella norma da ultimo citata che è dato rinvenire il profilo normativo più rilevante ai fini dell'utilizzo della fattispecie quale alternativa testamentaria posto che, laddove la prestazione del promittente sia differita dopo la morte dello stipulante, l'ipotesi della irrevocabilità viene dal legislatore limitata, rispetto alla prospettazione di cui all'art. 1411, al solo caso di rinuncia scritta al potere di revoca da parte dello stipulante essendo nella facoltà di

per legge chiunque può sottoscrivere e presentare la nota di trascrizione). Nonostante le voci contrarie, si ritiene preferibile far risultare l'eventualità del rifiuto da parte del terzo quale condizione risolutiva dell'acquisto. In caso di rifiuto, se la prestazione è destinata ad estinguersi, sarà sufficiente l'annotazione a margine della nota di trascrizione; ove, invece, la prestazione dovesse andare a beneficio dello stipulante, per il principio di continuità, appare preferibile ritenere che dovrà effettuarsi una nuova trascrizione contro il promittente e a favore dello stipulante.

quest'ultimo revocare l'attribuzione «quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare».

Come rilevato²², sulla premessa che ai sensi dell'art. 1412 c.c. l'esercizio del potere di revoca da parte dello stipulante a mezzo testamento comporta l'obbligo per il promittente di eseguire la prestazione a favore degli eredi dello stipulante stesso, ove quest'ultimo non volesse limitarsi a disattivare il profilo effettuale della fattispecie ma volesse, piuttosto, «mutare» il terzo beneficiario della prestazione egli dovrebbe integrare la revoca con un legato a favore di quest'ultimo e a carico degli eredi avente il medesimo oggetto del contratto.

A diversa soluzione si potrebbe pervenire ove si aderisse a quell'orientamento dottrinale²³ che ritiene ammissibile, in analogia a quanto previsto dall'art. 1920, co. 2 c.c. per l'assicurazione a favore del terzo, che lo stipulante si riservi pattiziamente di indicare il terzo beneficiario successivamente alla conclusione del contratto sia con dichiarazione unilaterale che con testamento.

La soluzione da ultimo prospettata, tuttavia, viene tradizionalmente scartata dalla dottrina, per i notevoli problemi che ne deriverebbero nell'ipotesi in cui il contratto a favore di terzo fosse concepito per produrre non solo effetti obbligatori, ma anche reali.

In tale ultimo caso, infatti, ammettere che il terzo beneficiario degli effetti del contratto resti incerto fino alla morte dello stipulante determinerebbe una situazione di assoluta incertezza sulla titolarità del bene in contrasto con i principi generali in tema di circolazione dei beni.

Infatti, a fronte del perfezionamento di un contratto a favore del terzo, il bene, uscito dalla sfera giuridica del promittente (che ne perde la titolarità per effetto del contratto), entrerebbe, non in quella dello stipulante ma, piuttosto, in quella del terzo il quale, ai sensi di legge, acquisterebbe il diritto immediatamente per effetto del contratto salvo il caso «di rifiuto di profittarne» ex art. 1411, 3 (non a caso, in dottrina, l'atto di rifiuto del terzo viene considerato una

²² AA.VV., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit.

²³ MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 214 ss.

«vera e propria rinuncia al diritto già acquistato, sebbene non esercitato», ossia un atto negoziale dispositivo).

Ammettere la designazione del terzo a data successiva alla stipula del contratto e, magari, mediante testamento, significherebbe, dunque, escludere *medio tempore* la riconducibilità del bene oggetto del contratto a qualsivoglia titolare: tralasciando le difficoltà in punto di trascrizione, ciò determinerebbe, nei fatti, un'illecita sottrazione del bene alle pretese dei creditori risultando il bene formalmente uscito dalla sfera giuridica del promittente a beneficio di un soggetto di ignota identità.

2.2. *Il contratto di assicurazione sulla vita.*

Peculiarità della fattispecie è il nesso di interdipendenza che si crea tra la prestazione dell'assicuratore - consistente nel pagamento di un capitale o di una rendita - e la durata della vita di una determinata persona.

Nella fattispecie dell'assicurazione sulla vita possono essere ricondotte tanto l'assicurazione per il caso di morte, in cui l'obbligo dell'assicuratore sorge in occasione della morte dell'assicurato e tanto l'assicurazione nella quale la prestazione è dovuta se in un certo momento l'assicurato è ancora in vita²⁴.

La circostanza che l'art. 1920, al co. 2, riconosca espressamente la facoltà dell'assicurato di designare il beneficiario anche «con successiva dichiarazione scritta comunicata al testatore, o per testamento» rende senza dubbio la fattispecie dell'assicurazione sulla vita a favore del terzo l'alternativa negoziale più vicina al testamento.

Non a caso, le peculiarità disciplinari²⁵ hanno indotto parte della dottrina a considerare la fattispecie vera e propria vicenda negoziale *mortis causa*, con la

²⁴ Ricorrenti nella pratica negoziale sono anche le assicurazioni di tipo misto, in cui il premio assicurativo viene corrisposto se l'assicurato è ancora in vita ad un momento prestabilito, o al momento della sua morte, se questa interviene prima (es. l'assicuratore si obbliga a pagare un capitale o una rendita, o alla morte dell'assicurato o al raggiungimento da parte dello stesso di una certa età).

²⁵ L'esclusione della trasmissibilità del potere di revoca agli eredi dello stipulante (1921) rende questo tipo di contratto particolarmente adatto a realizzare finalità mantenitorie anche in favore di persone estranee al nucleo familiare.

conseguenza che la rinuncia al potere di revoca prevista dall'art. 1412 c.c. costituirebbe una deroga al divieto dei patti successori²⁶.

Il punto è stato, però, oggetto di vivo dibattito ponendosi, in opposizione a detto orientamento, coloro i quali, invece, ritengono che la fattispecie sia *inter vivos* in considerazione del fatto che:

a) al terzo beneficiario non perviene un *quod superest* riconducibile al patrimonio del beneficiante²⁷: la prestazione a suo vantaggio ha come patrimonio di provenienza quello dell'assicuratore e non quello dell'assicurato²⁸;

b) la morte non integra causa ma solo termine di efficacia dell'acquisto che trae il suo titolo dalla vicenda contrattuale;

c) benché la designazione sia revocabile, la stipulazione in favore del terzo è immediatamente operante, il che è dimostrato dal fatto che il beneficio è trasmissibile agli eredi del terzo, se quest'ultimo premuore allo stipulante²⁹ (art. 1412 cpv. c.c.).

Tali argomentazioni hanno formato oggetto di approfondita analisi da parte di Giampiccolo³⁰ il quale, aderendo ad una tesi intermedia rispetto alle due sopra prospettate, ritiene che la natura della attribuzione dipenda, in ultima analisi, dal veicolo impiegato dall'assicurato per la designazione: qualora la designazione sia effettuata nelle forme *inter vivos*, il terzo acquista il diritto al momento stesso della designazione e la fattispecie dovrà considerarsi «attribuzione indiretta tra vivi»³¹. Nell'ipotesi in cui, invece, la designazione sia fatta per te-

²⁶ Così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1960, p. 320. Condividono tale impostazione FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 93 ss.

²⁷ In tal senso CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 25 secondo cui «la revocabilità non riguarda l'atto, che resta fermo, e non si ha disposizione dei propri beni per dopo la morte, perché la somma che consegue al beneficiario non fa parte del patrimonio dell'assicurato, non è bene dell'eredità».

²⁸ In ciò, secondo PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 340, l'errore in cui cadono i sostenitori della natura di negozio *mortis causa*. Tra gli altri MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, in *Riv. Civ.* 1909, p. 589 ss.

²⁹ In tal senso SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989 e Bianca, *Diritto civile*, II, 1989; contra MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi* cit.

³⁰ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 300

³¹ Come precisa PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 343 in questo caso «ove sussista la causa liberale, si avrebbe un'attribuzione (donazione) indiretta tra vivi, come tale soggetta

stamento, potendo essa avere effetto solo dopo la morte del disponente, il diritto del terzo sorgerà dopo la morte dello stipulante e la fattispecie dovrà considerarsi «attribuzione indiretta a causa di morte»³². «Indiretta» perché il diritto nasce nei confronti dell'assicuratore e non dell'eredità e «a causa di morte»³³ perché il titolo da cui si origina è il testamento attraverso il quale viene esercitato *post mortem* il diritto potestativo di designazione³⁴.

L'autore, infatti, contesta le tre obiezioni di cui sopra affermando, quanto al primo aspetto, che la circostanza che l'attribuzione sia indiretta non esclude che la stessa possa essere *mortis causa*; quanto al secondo, che nella fattispecie di cui all'art. 1920 c.c., a differenza che nell'ipotesi configurata dall'art. 1411 c.c., non è così scontato ritenere che l'acquisto si ricollegi al contratto piuttosto che alla 'designazione' atteso che le due norme presentano delle differenze testuali di non poco momento.

alla revoca per ingratitudine e sopravvenienza dei figli e i premi pagati dall'assicuratore, costituenti l'oggetto di tale attribuzione, cadrebbero in riduzione e collazione».

³² Nel momento in cui si riconosce che il perfezionamento della fattispecie si ha con la designazione, infatti, è evidente che l'evento morte diventa causa dell'acquisto.

³³ Come evidenziato da GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà, cit.*, p. 311, le regole dell'attribuzione a causa di morte disciplineranno allora l'intera fattispecie a cominciare dalla capacità giuridica del beneficiario che andrà valutata al momento della morte dello stipulante. Una diversa tesi sarebbe costretta ad ammettere che il terzo acquisti il beneficio non già alla morte del testatore, ma quando è stato redatto il testamento, cioè, come di solito accade, quando nessuno sa della designazione, compresi il terzo beneficiario e lo stesso assicuratore; si dovrebbe sostenere che il terzo, senza esserne ancora investito, possa trasmettere il beneficio ai suoi eredi, i quali dovrebbero succedere al terzo in virtù di un testamento di persona ancora vivente.

³⁴ L'adesione a questa tesi importa alcuni problemi di coordinamento. 1) Non potrà trovare applicazione l'art. 1412, co. 2 che prevede che la prestazione debba essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuova allo stipulante poiché presuppone l'avvenuto acquisto del diritto da parte del terzo, mentre nell'ipotesi dell'art. 1920 c.c. l'acquisto si ricollega alla designazione e se questa è fatta con testamento diverrà efficace solo dopo la morte dello stipulante. Ne consegue che nell'ipotesi in commento la sopravvivenza del beneficiario è condizione necessaria a che la designazione testamentaria possa avere effetto. 2) Inapplicabile è pure l'art. 1921, co. 2 che, ammettendo il patto di irrevocabilità, non sarebbe coerente con il testamento che è negozio sempre revocabile. 3) Inapplicabile dovrebbe essere anche il 1923, co. 2 che, nel fare salvi gli obblighi di collazione con riguardo al beneficio derivante dall'assicurazione si riferisce solo al beneficio derivante da donazione diretta o indiretta. Si ritiene, infatti, in dottrina, che gli obblighi di collazione non sussistono per le attribuzioni *mortis causa*. 4) Quanto alla riduzione, applicando la norma di cui all'art. 1923 e quindi riportandola nell'ambito degli artt. 555 e 559 ed in deroga alla norma di cui all'art. 558, il beneficio sarebbe soggetto a riduzione solo dopo l'esaurimento del valore dei beni di cui si è disposto per testamento. Inoltre, considerato come attribuzione *inter vivos* e donazione, si arriverebbe all'assurdo di doverla graduare dalla data di confezionamento del testamento. 5) Per quanto riguarda la capacità a ricevere del terzo beneficiario, applicando le norme sulla donazione anziché quelle sul testamento l'attribuzione del beneficio al tutore o protutore che sia ascendente, discendente o coniuge, fatta prima dell'approvazione del conto, sarebbe nulla ex art. 779 c.c. anziché valida ex 596 cc.

Ed è proprio partendo da una comparazione di carattere testuale tra le due norme che l'autore indaga sul terzo profilo di indagine.

L'art. 1411, co. 2 c.c. prevede che il terzo acquisti il diritto «per effetto della stipulazione», ossia al momento stesso della conclusione del contratto e da ciò si fa pacificamente discendere la trasmissibilità del diritto agli eredi del terzo beneficiario in caso di premorienza di quest'ultimo allo stipulante (art. 1412 c.c.) nonché la consapevolezza che l'attribuzione sia *inter vivos* e revocabile sia nella forma *inter vivos*, sia mediante testamento³⁵.

Nell'ipotesi dell'art. 1920 c.c., invece, la lettera della norma ricollega l'acquisto del diritto da parte del terzo non alla stipulazione ma «alla designazione» (1920 ult. co.) con la precisazione che la stessa può essere fatta «nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o per testamento» (1920, co. 2)³⁶.

In definitiva, sulle condivise premesse che, diversamente dall'art. 1412 c.c. (in cui la designazione del terzo può effettuarsi soltanto nel contratto), nell'ipotesi dell'art. 1920 c.c. è ammissibile un contratto con destinatario del beneficio indefinito (potendo la designazione avvenire successivamente), gli orientamenti dottrinali tendono a divergere, invece, quando si tratta di definire la natura delle due fattispecie.

Parte degli autori ritiene che la fattispecie, a prescindere dal mezzo impiegato per la designazione, abbia natura di negozio *inter vivos* identificando il profilo effettuale di entrambe le fattispecie nel modello di cui all'art. 1412 c.c.³⁷;

³⁵ La differenza sarebbe da rilevare nel fatto che, mentre nel primo caso la revoca non sarebbe ulteriormente revocabile, nel secondo, invece, lo sarebbe in base al principio enunciato negli artt. 587 e 679 c.c. Tuttavia, in entrambi i casi, l'effetto finale della revoca sarebbe la consolidazione degli effetti del contratto in capo allo stipulante.

³⁶ Ciò posto, appare necessario, in via incidentale, precisare che con riguardo al momento della designazione assume enorme rilievo la distinzione tra assicurazione per il caso di morte e assicurazione per il caso di vita atteso che solo nel primo caso la stessa (e la relativa, eventuale, revoca) potrà essere effettuata mediante lo strumento testamentario. Nella diversa ipotesi di esigibilità della prestazione dell'assicuratore prima della morte dell'assicurato, invece, designazione e revoca testamentarie rimarrebbero assolutamente improduttive di effetti.

³⁷ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 344 il quale, con il conforto di BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 658 nel sostenere che il negozio non sia mai *mortis causa* afferma che «punto debole di questa ricostruzione [quella di Giampiccolo, n.d.r.] è costituito dal valore giuridico della designazione del beneficiario, che viene scambiata per atto di attribuzione patrimoniale (sia pure indiretta). Essa, invece, è un negozio unilaterale che non

Giampiccolo, invece, come rilevato, ritiene che occorra distinguere a seconda del mezzo impiegato per la designazione.

Alla luce di queste considerazioni Ieva, che aderisce alla tesi di Giampiccolo, afferma³⁸ che se si riconosce all'ipotesi di cui all'art. 1920 cpv. c.c. natura di attribuzione indiretta *mortis causa* deve concludersi che un siffatto congegno negoziale non è utilizzabile in altri casi previsti perché costituisce deroga espressa al principio dell'art. 458 c.c.

Da ciò consegue che quella di cui all'art. 1920 c.c., pur integrando, come evidenziato, fattispecie molto prossima al testamento, non potrà trovare applicazione al di fuori dello specifico ambito allo stesso riservato dalla legge.

2.3. *Il contratto di rendita vitalizia a titolo oneroso.*

Mediante la fattispecie contrattuale in commento si realizza lo scambio di una prestazione a carattere istantaneo - che può consistere nell'alienazione di un bene mobile o immobile o nella cessione di un capitale (art. 1872 c.c.) - con-

ha valore attributivo, ma solamente determinativo-integrativo: è una dichiarazione negoziale di volontà che non ha la funzione di regolare la sorte del patrimonio dello stipulante – compito, questo, svolto dal contratto di assicurazione sulla vita a favore del terzo – bensì quella di determinare la persona del beneficiario di un'attribuzione tra vivi, il cui svolgimento effettuale è rimandato alla morte dell'assicurato (*post mortem*). Sotto questo profilo [...] l'atto di ultima volontà è soltanto 'veicolo' che contiene la designazione. L'unica conseguenza dell'inserimento della designazione nel testamento è il rinvio all'apertura della successione della produzione dell'effetto determinativo. [...] il fenomeno è analogo a quanto si verifica nel contratto per persona da nominare». La conclusione di questi argomenti è che la fattispecie in commento, insieme al contratto a favore del terzo *post mortem*, costituisce un'ipotesi di negozio transmorte tipico. Più precisamente, l'autore è nel senso di rinvenire nel contratto di assicurazione una *species* del *genus* contratto a favore del terzo (in effetti lo stesso dovrebbe valere per Giampiccolo, seppur limitatamente alla sola ipotesi della designazione non testamentaria). Quale conseguenza di ciò, la circostanza che in caso di mancata designazione del beneficiario o di revoca senza successiva nuova designazione, il contratto, secondo l'autore, opererà nei confronti degli eredi dello stipulante ai quali sarà attribuito il capitale assicurato. Ciò avviene perché si torna all'applicazione della regola generale ex art. 1411 ult. cpv. secondo la quale in caso di revoca la prestazione rimane a beneficio dello stipulante. Gli eredi, quindi, non potranno essere considerati terzi ma riceveranno il beneficio spettante allo stipulante *jure successionis*. Così anche COVIELLO, *L'assicurazione sulla propria vita a favore di terzo e l'attribuzione per testamento della somma assicurata*, in *Assicurazioni*, 1952, I, p. 35 ss. e SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. al cod. civ.*, Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 395. In effetti, come rileva lo stesso PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., pp. 346 – 347, gli equivoci nascono dall'infelice formulazione della norma che sembrerebbe ricondurre l'acquisto del diritto alla designazione (1920 ult. cpv.) diversamente dal 1411, co. 2 in cui è chiaro che l'acquisto si ricollega alla stipulazione; secondo l'autore la formulazione della norma non permette di «distinguere la stipulazione dalla designazione al fine di individuare la fonte o il titolo degli effetti nei confronti del terzo. [...] La designazione è solo direzione soggettiva degli effetti del contratto».

³⁸ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 72.

tro una prestazione periodica commisurata alla vita «del beneficiario o di altra persona» (art. 1873 c.c.).

Detta prestazione periodica può consistere nella corresponsione di una somma di denaro o nella dazione di una certa quantità di altre cose fungibili (art. 1861 c.c.).

Il contratto di rendita vitalizia a favore di terzo (art. 1875 c.c.), riconducibile perfettamente nella figura generale del contratto a favore di terzo ex artt. 1411 e ss. c.c., è fattispecie pienamente idonea a realizzare un'attribuzione *transmorte*. Infatti:

1) il bene (mobile, immobile o capitale) esce dal patrimonio del beneficiante-stipulante al momento del perfezionamento del contratto e non della morte;

2) la definitività dell'attribuzione al beneficiario si avrà solo dopo la morte del disponente differendosi il termine iniziale della prestazione periodica a tale momento;

3) il disponente può decidere di revocare il beneficio ai sensi dell'art. 1412 c.c.

2.4. Il vitalizio alimentare o contratto di mantenimento.

Dette fattispecie si contraddistinguono, rispetto a quella da ultimo esaminata, per la peculiarità del corrispettivo previsto per l'alienazione di un bene mobile o immobile o della cessione di un capitale che sarà costituito dalla corresponsione di vitto, alloggio, vestiario e di quanto necessario al mantenimento del beneficiario per tutta la sua vita e adeguatamente alla sua posizione sociale.

Non dissimilmente da quanto detto poco sopra, se stipulata a favore del terzo, la fattispecie contrattuale realizza una valida alternativa al testamento.

È opportuno rilevare come il vitalizio alimentare si distingua dalla rendita vitalizia comune per la variabilità della prestazione periodica in funzione dei

bisogni del creditore³⁹. Mentre nella rendita vitalizia sono contrapposte due obbligazioni di dare (*do ut des*), nel contratto di mantenimento ad una prestazione di dare si contrappone una prestazione di fare soggetta ad una doppia alea, quella collegata alla vita del mantenuto e con incidenza diretta sull'*an* della prestazione (come avviene nella rendita), e quella collegata alle condizioni di salute del mantenuto che, potendo incidere sulle sue necessità, può tradursi in una variazione del *quantum* e della qualità delle prestazioni dovute.

Altra importante differenza è da rinvenire nella continuità delle obbligazioni di mantenimento, diversamente dalla periodicità che caratterizza la rendita vitalizia.

2,5. Ipotesi residuali.

Più marginali, nel contesto della presente indagine, quella serie di ipotesi poco consigliabili vuoi perché alternative 'imperfette' al testamento (in cui, ad esempio, manca l'elemento della revocabilità o della modificabilità) vuoi perché alternative che, pur integrando i requisiti evidenziati dei negozi *transmorte*, presentano profili di disciplina che li rendono poco utili allo scopo.

Si pensi, ad esempio, al negozio fiduciario. Oltre a quanto già evidenziato (§ 2,1: l'acquisto sarebbe attuale e non subordinato all'evento morte), sono almeno due le motivazioni che ne inducono a sconsigliare l'utilizzazione nella pratica.

In primo luogo in considerazione della tutela solo personale e non reale che l'ordinamento predispone per l'ipotesi in cui il fiduciario, in violazione del *pactum fiduciae*, trasferisca il bene ad un soggetto diverso da quello indicato dal fiduciante stante l'inopponibilità del patto ai terzi acquirenti in buona fede.

La seconda motivazione è, invece, di ordine economico dal momento che l'operazione viene soggetta ad una doppia imposizione essendo duplice il trasfe-

³⁹ Così TORRENTE, *Rendita perpetua-rendita vitalizia*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1996, p. 76.

rimento (quello dal fiduciante al fiduciario e quello da quest'ultimo al terzo beneficiario).

Per quel che attiene, invece, alle alternative imperfette al testamento si può pensare alle donazioni modali o condizionate la cui revocabilità è limitata dall'ordinamento alle sole ipotesi di ingratitudine e sopravvenienza dei figli (artt. 800 ss. c.c.).

3. Considerazioni.

Volendo trarre delle conclusioni dai dati appena esposti, è il caso di evidenziare come l'assicurazione sulla vita a favore del terzo sia la fattispecie negoziale che più efficacemente è in grado di rappresentare alternativa al negozio testamentario.

Ciò perché, in richiamo e in continuità con quanto già evidenziato, diversamente da quanto accade nel contratto a favore di terzo, non solo è ammessa la nomina successiva alla stipulazione ma è anche testualmente esclusa la trasmissibilità *iure successionis* del diritto di revoca dallo stipulante ai suoi eredi (profilo normativo che la dottrina⁴⁰ dubita possa applicarsi analogicamente al contratto a favore di terzo ex art. 1411 ss. c.c.).

Per questo aspetto, dunque, deve rilevarsi una maggiore debolezza dello strumento contrattuale ex artt. 1411 ss. atteso che la possibile revocabilità dell'attribuzione da parte degli eredi, portatori di un interesse chiaramente opposto al depauperamento del patrimonio ereditario, importa il rischio che la volontà del *de cuius* non sia rispettata.

Tuttavia, la non estendibilità analogica della normativa in materia di assicurazione sulla vita non esclude, anzi rende consigliabile, che le parti, patti-

⁴⁰ Nel senso dell'estinzione del potere di revoca GASPERONI, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1966, p. 221; in senso contrario ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 215, MAIELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, Napoli, 1962, p. 195 e ss. e MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, cit., p. 193 e ss.

ziamente, inseriscano nel contratto una clausola di intrasmissibilità agli eredi del potere di revoca⁴¹.

Certamente è da escludersi, invece, qualunque rimedio convenzionale con il quale garantire la designazione del beneficiario con atto diverso e successivo al contratto a favore di terzo in considerazione, come evidenziato, delle ricadute in materia di trascrizione e di certezza delle situazioni giuridiche che deriverebbero dall'applicazione dell'art. 1920 alla fattispecie ex artt. 1411 e ss.

Appare opportuno rilevare come altro punto di debolezza della fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. nella declinazione successoria di cui all'indagine in corso, sia la circostanza, già evidenziata, che alla revocabilità della fattispecie non si accompagni la più ampia possibilità di riformulazione del disegno (successorio) da parte dello stipulante comportando, l'esercizio del potere di revoca, piuttosto, l'obbligo per il promittente di eseguire la prestazione a favore degli eredi dello stipulante.

Posto che lo stipulante/testatore potrebbe non ritenere desiderabile detta evenienza, può tornare utile la soluzione prospettata da parte della dottrina (e di sopra § 2.1.) secondo la quale alla modifica del terzo beneficiario della prestazione si può arrivare attraverso lo strumento del legato a carico degli eredi avente il medesimo oggetto del contratto.

Detta soluzione, tuttavia, efficiente da un punto di vista pratico, rappresenta certamente un'anomalia atteso che, ai fini del discorso che si sta conducendo, il voler considerare alternativa testamentaria un negozio che del testamento ha bisogno per poter dispiegare i suoi effetti è certamente conclusione che non agevola una ricostruzione sistematica della fattispecie.

4. Riconcucibilità dei fenomeni 'parasuccessori' nelle donazioni indirette.

La circostanza che nel nostro ordinamento ogni spostamento patrimoniale debba avere una giustificazione causale non esime, anche con riferimento al

⁴¹ AA.VV., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Pietro Rescigno, coordinato da Marco Ieva, I, Padova, 2010

contratto ex art. 1411, dall'interrogarsi su quale sia l'interesse dello stipulante se *donandi, solvendi* o *obligandi causa*.

Pertanto, qualora al fianco della causa tipica del negozio adottato (ad es. vendita) vi sia un motivo ulteriore in virtù del quale lo stipulante intende arricchire il terzo, si verificherà la fattispecie della donazione indiretta e analogamente è a dirsi, chiaramente, nell'ipotesi in cui il contratto a favore del terzo sia impiegato per finalità successorie.

Stesse considerazioni per il contratto di mantenimento che, astrattamente, non integra vicenda a titolo gratuito ma, piuttosto, accordo a carattere aleatorio caratterizzato da prestazioni corrispettive. Ciò non toglie, tuttavia, che lo stesso possa farsi veicolo di liberalità indiretta ove, dal concreto atteggiarsi della volontà delle parti, sia dato desumere un sicuro vantaggio in capo all'acquirente del bene o del diritto da parte del mantenuto.

Presumibilmente la fattispecie integrerà *negotium mixtum cum donatione* ma non v'è dubbio, come ritiene la dottrina preferibile, che anche laddove l'intento liberale sia da rinvenire nella sola parte di prestazione negoziale contraddistinta da non proporzionalità, se la sproporzione tra le prestazioni corrispettive sia già valutabile *ab initio*, lo schema negoziale, evidentemente declinato nel senso di realizzare la finalità ulteriore della liberalità, integrerà donazione indiretta.

In conclusione, non si nega l'opportunità di impiegare lo strumento del contratto a favore del terzo o del contratto di mantenimento per perseguire finalità di sistemazione successoria ma è altrettanto innegabile che dette fattispecie si porranno quale alternativa testamentaria, non più di quanto rappresenti alternativa al testamento lo strumento della donazione (nel nostro caso indiretta) in cui il fenomeno, di fatto, si risolve⁴².

⁴² Ed invero lo stesso PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi, cit.*, p. 249 precisa: «Non abbiamo mai pensato che la ricerca di strumenti alternativi al testamento si concludesse con il sancirne la possibile validità alla luce del divieto dei patti successori, tanto è vero che riteniamo centrale la questione della tutela dei legittimari innanzi ad atti dispositivi, la cui riconducibilità all'interno dell'ampio *genus* delle liberalità indirette va attentamente verificata». Ad avviso di chi scrive, tuttavia, se a detta consapevolezza non segue un'indagine di carattere pratico volto a verificare come concretamente l'ordinamento risponderà all'alternativa testamentaria, alle encomiabili premesse pra-

Ciò, chiaramente, lo si afferma avendo riguardo al profilo sostanziale (*rectius*: causale) della vicenda e tralasciando, almeno per il momento, qualunque considerazione in ordine ai meccanismi probatori che in sede processuale potranno essere impiegati per far emergere la liberalità.

Qualificare in tal modo il profilo causale dei fenomeni parasuccessori significa, però, depotenziarne la carica ‘eversiva’ riconducendoli entro i confini previsti dal legislatore per la donazione, ovverosia lo strumento tipico offerto al consociato per anticipare il trattamento successorio rispetto al momento della morte.

Il legislatore, infatti, nel predisporre uno strumento negoziale che coniuga l’immediata operatività della vicenda contrattuale con l’insieme degli interessi sottesi alla vicenda successoria, da un lato si preoccupa di non frustrare il desiderio del consociato di effettuare liberalità (anche indirettamente) ma, dall’altro, monitora e ‘contiene’ questa libertà dispositiva entro gli specifici confini della successione necessaria (non solo in punto di tutela dei legittimari lesi o pretermessi ma anche con riferimento alla disciplina dell’imputazione *ex se*, dell’obbligo di collazione etc.).

Ciò che spesso sfugge nella pratica negoziale è proprio il fatto che la donazione non può essere considerata un semplice strumento dispositivo ma, proprio in ragione delle sue ricadute sulla successione del donante, deve sempre, essere accompagnata da un’opportuna conoscenza circa il preciso ruolo che la legge gli riconosce e gli effetti che, soprattutto nel lungo periodo, essa è in grado di produrre.

La pervasività degli strumenti di tutela offerti al legittimario leso (che prescindono dalla natura diretta o indiretta della donazione) rendono particolarmente interessante spostare il discorso ad un fase più avanzata al fine di comprendere quali possano essere le conseguenze che, sul piano pratico, interesseranno il destinatario di questo anticipato trattamento successorio (qualunque ne sia il veicolo ‘negoziale’) e a quali pericoli sarà soggetto il suo acquisto.

tiche - l’offrire, cioè, soluzioni concrete alla crisi testamentaria – faranno riscontro soluzioni poco utili.

Tali questioni saranno trattate nei capitoli 2 e 3 non prima di aver speso qualche parola sulla fattispecie del negozio indiretto.

5. Il negozio indiretto e le liberalità indirette.

La molteplicità di orientamenti dottrinali in ordine al negozio indiretto, pur nella loro diversità, permette di far emergere, quale punto fermo dell'indagine, l'idea che elemento caratterizzante della fattispecie sia la divergenza tra lo scopo perseguito dalle parti e la funzione tipica del negozio impiegato.

Più precisamente, il fenomeno, che riposa sulla flessibilità più o meno ampia che caratterizza gli schemi negoziali tipici, può assumere tre diverse connotazioni: a) quello del negozio in frode alla legge; b) quello del negozio atipico o innominato; c) quello del negozio indiretto.

La differenza tra le tre fattispecie indicate riposa, evidentemente, nella diversa reazione dell'ordinamento rispetto allo scopo ulteriore: nel primo caso, la circostanza che il negozio miri, seppur indirettamente, a perseguire finalità proibite dalla legge non può se non indurre a farlo confluire entro i confini della norma che ne sancisce l'invalidità; nel secondo ci si muove in quello spazio di tolleranza dell'autonomia negoziale definito dall'art. 1322 c.c.; nel terzo si verifica che lo scopo voluto dalle parti corrisponde, in linea di massima, alla funzione di un diverso negozio previsto dalla legge.

In questa ultima ipotesi, si pone evidentemente il problema della disciplina del negozio indiretto, sorgendo il dubbio se i requisiti di sostanza e di forma debbano essere quelli richiesti dalla legge per lo strumento usato, oppure per lo scopo perseguito.

In relazione alla forma da rispettare per i negozi in oggetto, come meglio si dirà appresso, la dottrina prevalente e preferibile⁴³ è per la soluzione più liberale, nel senso di ritenere, cioè, che il formalismo proprio delle donazioni non

⁴³ *Ex multis* PALAZZO, *I singoli contratti. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2, Torino, 2000, p. 350; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009.

vada rispettato nelle liberalità indirette. Si pensi, in tal senso, alla presenza dei testimoni, spesso inseriti per motivi meramente tuzioristici ma realizzando così una superfetazione poco coerente con lo strumento negoziale impiegato.

Detto orientamento è stato avvalorato dalla Cassazione⁴⁴ che ha ritenuto non applicabile l'art. 782 c.c. alle donazioni indirette ma, bensì, quelle dettate per il tipo negoziale prescelto.

Particolarmente interessante, soprattutto con riguardo alle conseguenze pratiche che, in punto di tutela dei legittimari, saranno esposte nel capitolo 3, è il rapporto tra il negozio indiretto e la simulazione relativa, con la quale, indiscutibilmente, il fenomeno del negozio indiretto sembra confondersi.

Invero il fenomeno, sotto il profilo genetico, è affine a quello della simulazione, essendo entrambi fondati su una discrepanza consapevole tra la causa del negozio e l'intento pratico perseguito dalle parti. La differenza è rinvenibile nella circostanza che il negozio indiretto sarebbe effettivamente voluto diversamente dal negozio simulato che, invece, non lo sarebbe. Mentre nel primo, infatti, la discrepanza con la funzione tipica del negozio sarebbe palese, nella simulazione il tutto sarebbe, invece, dissimulato⁴⁵.

Sotto il profilo strutturale, le ricostruzioni proposte dalla dottrina per inquadrare il fenomeno dei negozi indiretti e, segnatamente, delle liberalità indirette, sono state molteplici.

Secondo alcuni autori⁴⁶, il disegno del privato, trascendente rispetto alla funzione tipica del negozio prescelto, deve esprimersi in una clausola che faccia corpo con le altre. È questa la teoria dell'unico negozio con clausola speciale in virtù della quale si utilizza l'effetto di un dato contratto per conseguire risultati ulteriori.

⁴⁴ Cass. 16 marzo 2004, n. 5333; Cass. 29 marzo 2001, n. 4623; Cass. 21 gennaio 2000 n. 642; Cass. 10 aprile 1999, n. 3499; Cass. 23 dicembre 1992, n. 13630.

⁴⁵ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1960, p. 328. Nello stesso senso AURICCHIO, ad vocem *Negozio indiretto* in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957, p. 221 ss. secondo cui la differenza tra il negozio simulato in modo relativo e il negozio indiretto è da rinvenire nella circostanza che mentre nella simulazione relativa lo scopo, diverso della causa non appare ai terzi, mentre nel negozio indiretto vi è puntuale corrispondenza tra il contenuto apparente del negozio e la sua efficacia

⁴⁶ AURICCHIO, Ad vocem *Negozio indiretto* in *Novissimo digesto italiano*, cit., p. 222

C'è chi⁴⁷, poi, ha sostenuto che le parti pervengono al risultato soltanto mediante un accordo ulteriore, con il quale assumono l'obbligo di operare in modo da colmare la distanza tra il risultato del negozio posto in essere e lo scopo ulteriore. È questa la teoria del cosiddetto doppio negozio collegato: il negozio mezzo ha la funzione di vincolare la parte al raggiungimento dell'ulteriore risultato che rappresenta la causa del negozio fine.

Ha rinunciato parzialmente a tracciare i limiti della figura al vaglio, invece, quella parte della dottrina⁴⁸ per la quale le donazioni indirette, quali specie del genere, non costituiscono una categoria né omogenea né chiusa essendo, probabilmente, anche superfluo o impossibile pensare di cristallizzarne le peculiarità.

Infine, c'è chi ha ricondotto le peculiarità del fenomeno nell'ambito del motivo così negando, nei fatti, l'esistenza della categoria. In tal senso, si è osservato⁴⁹ che il negozio indiretto così come il negozio fiduciario si contraddistingue per l'esistenza di un motivo che va oltre la causa del negozio tipico impiegato. Il raggiungimento dello scopo ulteriore non viene affidato ad una obbligazione diretta a ridurre l'effetto tipico del negozio, ma è una conseguenza, in senso giuridico o anche soltanto economico, dello stesso effetto tipico del negozio (o di più negozi all'uopo collegati) che, giuridicamente, viene privato della sua rilevanza per essere ricondotto al motivo e, quindi, restando estraneo al negozio e alla sua causa.

Quanto, più nello specifico, al fenomeno delle liberalità indiretta, premesso che, quanto all'espressione, la stessa è sovrapponibile a quella, più di frequente impiegata, di 'donazioni indirette' o 'atipiche', v'è da rilevare che non è facile, anzi forse impossibile, individuare una categoria giuridica ove poterle assiologicamente inserire. Con tali espressioni, infatti, si allude a una serie ampia ed eterogenea di ipotesi (oltre ai negozi giuridici, anche atti materiali⁵⁰) poste in

⁴⁷ TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni continuato da Schlesinger, II ed., vol. XXXII

⁴⁸ DIENER, *Il contratto in generale*, Napoli, 2012, p. 91 ss.

⁴⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 180.

⁵⁰ Alcuni esempi: 1) inerzia (rinuncia) a far valere l'acquisto a titolo originario dipendente da usucapione con diretto e conseguente beneficio per l'attuale titolare; 2) inerzia nel porre in essere un atto

essere allo scopo di raggiungere gli stessi effetti economici del contratto di donazione che, peraltro, includono,

Un criterio distintivo efficace è stato seguito da chi individua la peculiarità della fattispecie nell'interesse di natura non patrimoniale del *tradens*. In ciò, la distinzione tra liberalità e atti gratuiti non liberali in cui la natura economica dell'interesse sorregge l'attribuzione pur essendo la stessa senza corrispettivo.

Nella liberalità indiretta, invece, la vicenda negoziale, pur avvalendosi di un modulo oneroso o, al più, causalmente neutro, è comunque da ricondurre alla categoria della liberalità in quanto volta a procurare un vantaggio all'accipiens, esclusivamente in vista della soddisfazione di un interesse non patrimoniale del *tradens*.

Il corollario di questa ricostruzione è che la nozione di donazione indiretta, contenuta nella rubrica di quella norma di chiusura rappresentata dall'art. 809 c.c., risulta comprensiva di tutte le fattispecie negoziali volte procurare al beneficiario un vantaggio economico, in vista della realizzazione di un interesse non patrimoniale del disponente.

Secondo parte della dottrina⁵¹, l'orientamento esposto, conduce ad una visione troppo ampia della categoria delle liberalità: pur essendo innegabile che l'interesse non patrimoniale sia elemento caratterizzante il nucleo causale degli atti liberali non può farsi a meno di tralasciare l'*animus donandi* quale fattore

interruttivo del possesso ad usucapionem; 3) lo sfruttamento dell'effetto acquisitivo dell'accessione come nell'ipotesi di fabbricato costituito dal donante (indiretto) a propria cura e spese sul suolo del donatario (indiretto) abbinata alla rinuncia alle indennità ex art. 936 c.c.; 4) decorrenza termini prescrizione con consolidazione di una altrui posizione giuridica; 5) omissione volontaria in sede di stipula da parte del coniuge che la provvista impiegata per l'acquisto deriva dalla vendita di bene personale determinandosi, per tale via, acquisto alla comunione legale ai sensi dell'art. 177 c.c. con arricchimento a favore dell'altro coniuge di un valore corrispondente alla metà del bene acquistato (o viceversa dichiarazione ex 179, co. 2 da parte del coniuge non acquirente pur in mancanza dei presupposti oggettivi abbinata all'inerzia nell'esercizio dell'azione ex 2946 con prescrizione decennale). Da notare come per buona parte della dottrina gli atti materiali non sarebbero di per sé causativi dell'arricchimento altrui, perseguendosi, piuttosto, detto fine ulteriore attraverso la rinuncia a far valere il proprio diritto. In tal senso TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 25; BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso - Santoro Passarelli, Giuffrè, 1964, 109; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 1685 ss. Secondo la dottrina più recente, invece, la liberalità sarebbe il frutto di un fenomeno complesso dell'atto materiale e della rinuncia all'azione legati da un preciso elemento soggettivo integrante l'*animus donandi*. In tal senso TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative*, in *Liberalità non donative e attività notarile, I quaderni della fonazione italiana per il notariato*, 2008, p. 30.

⁵¹ IACCARINO, *Liberalità indirette*, in *Notariato e diritto di famiglia*, Milano, 2011, p. 32

indispensabile per definire la funzione degli stessi. In conseguenza, «se non vi è dubbio che, nella distribuzione di campioni pubblicitari da parte di una società, in cui, com'è facile intuire, è presente un interesse economico del disponente, si è certamente al di fuori della categoria al vaglio, viceversa, la sola assenza dell'interesse patrimoniale non è di per sé sufficiente a far rientrare nel nucleo di liberalità una fattispecie come la costituzione di un fondo patrimoniale ad opera di un terzo animato da un mero spirito di solidarietà diverso dalla liberalità».

Altra parte della dottrina⁵² ha disegnato i contorni delle liberalità atipiche attraverso l'esaltazione del profilo effettuale, giungendo, per tale via, ad una visione unitaria delle stesse che, tuttavia, rischia di ricondurre nell'alveo della donazione, seppur indiretta, qualunque fattispecie contraddistinta da una sproporzione tra le prestazioni⁵³ indipendentemente dalla connotazione causale e ciò diversamente dall'approccio tradizionale che, a prescindere dal profilo meramente patrimoniale, non rinuncia ad individuare la causa dell'obbligo (se *donandi*, *solvendi* o *obligandi*).

Sembra essere preferito in dottrina, l'orientamento di chi⁵⁴ ritiene che la donazione indiretta non possa essere propriamente qualificata come figura giuridica, essendo il frutto di una valutazione effettuata a posteriori a fronte di una valutazione del concreto profilo effettuale di un negozio.

L'interesse, come è facile intuire, si pone per lo più con riguardo alla vicenda successoria allorquando taluno dei legittimari ritenga di essere stato leso da un atto liberale non integrante nell'apparenza una donazione.

Detto accertamento, oltre che in sede giudiziale, può avere luogo anche extragiudizialmente attraverso un negozio transattivo volto a inibire o sopire un'eventuale lite tra i coeredi o attraverso la c.d. *expressio causae* (cfr. par. 4, cap. 3).

⁵² GATT, *La liberalità*, in *Studi di diritto privato*, Collana diretta da Busnelli, Patti, Scalisi, Zatti, Torino, I, 2002, p. 167 ss.

⁵³ In merito alla consistenza del divario che deve sussistere tra prestazione e controprestazione, affinché sia dato ravvisare una sproporzione notevole, è ricorrente tra i giudici di merito l'affermazione che detta difformità debba aggirarsi attorno a percentuali non inferiori al quarto.

⁵⁴ MENGONI, *Successione per causa di morte*, Parte speciale, *Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XLIII, tomo 2, Milano, 2000, p. 199

Il tema delle donazioni indirette, come è facile intuire, interessa l'operatore del diritto, al di là dell'inquadramento dogmatico, per le importanti ricadute pratiche.

In primo luogo occorre comprendere se l'acquisto derivante da dette fattispecie negoziali sia afflitto da quegli stessi problemi dei beni rinvenienti da donazioni dirette che inducono parte della dottrina, non a torto, a parlare di una proprietà di 'qualità leggermente inferiore' a quella acquistata a titolo oneroso. Nello stesso solco di indagine, evidentemente, si pone il problema ulteriore e assai dibattuto di quale debba essere ritenuto l'oggetto della donazione in fattispecie di liberalità indirette assai ricorrenti nella pratica come l'acquisto immobiliare con provvista fornita dal donante. Su questi temi su cui, in verità, importantissimi sono stati gli arresti della più recente giurisprudenza, ci si confronterà nel terzo capitolo.

Il secondo tema, in parte già accennato, è quello della disciplina della donazione indiretta stante anche il tenore letterale dell'art. 809 c.c. che, più o meno esplicitamente, sembra invitare ad un'operazione interpretativa volta ad estendere la disciplina prevista in tema di donazioni dirette.

6. La disciplina delle donazioni indirette.

Saranno di seguito esaminati taluni dei profili maggiormente dibattuti in dottrina con riguardo alla disciplina delle donazioni dirette applicabile alla fattispecie delle donazioni indirette.

a) onere.

Nella definizione fornita da un autore⁵⁵, resa universale dal suo costante impiego da parte della dottrina, l'onere integra misura della liberalità, contenimento del beneficio derivante dai negozi a titolo gratuito (disposizioni testamentarie e donazioni).

⁵⁵ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193.

Gli autori che si sono occupati del rapporto tra liberalità indirette e onere hanno, per lo più, affrontato il problema dell'utilizzabilità di questo strumento per l'attuazione indiretta di un'ulteriore liberalità a favore del terzo in una dinamica negoziale in cui il donante realizza due liberalità contestualmente: una prima a favore del donatario (al netto del peso) e una seconda - indiretta - a favore del beneficiario dell'onere posto a carico del donatario.

Secondo la dottrina preferibile⁵⁶, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 809 c.c., sia alla donazione diretta che a quella indiretta a carico del donatario, sono applicabili le norme poste a presidio dei diritti dei legittimari, i quali, dunque, potranno agire in riduzione oltre che verso il donatario diretto anche verso il donatario indiretto, beneficiario dell'onere.

L'art. 809, co. 1, poi, dispone che sono soggette a revocazione anche le liberalità risultanti da atti diversi da quelli previsti all'art. 769. In conseguenza il donante, in caso di sopravvenienza di figli o in caso di ingratitude del beneficiario del modo, potrà richiedere la revocazione della donazione indiretta.

Inoltre il donatario indiretto sarà tenuto alla collazione ex art. 737 c.c.; alla riunione fittizia ex art. 556 c.c. ed, infine, alla c.d. imputazione *ex se* ex art. 564 c.c.

Diversa dalla questione sopra prospettata è quella dell'apponibilità di un onere al negozio (mezzo) impiegato per effettuare una liberalità indiretta.

La risposta al quesito, evidentemente, implica una risposta all'ulteriore questione di quale sia l'ampiezza applicativa della norma di chiusura di cui all'art. 809 c.c.

Si potrebbe portare l'esempio di Tizio interessato a donare a Caio un immobile messo in vendita da Sempronio con la previsione di un certo onere a carico di Caio (ad esempio con riguardo a talune modalità di impiego del bene).

Posto che risulterebbe assolutamente antieconomico, seppur giuridicamente ineccepibile, procedere prima con l'acquisto da Sempronio e, successivamente, con la donazione del bene a Caio stante la doppia tassazione che deri-

⁵⁶ CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, VI, p. 868.

verebbe dal doppio passaggio di proprietà, la soluzione è da rinvenire in uno dei mezzi tipici di liberalità indiretta.

La prima figura giuridica utilizzabile potrebbe essere quella dell'adempimento del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c. Utilizzando tale schema, Tizio potrebbe intervenire nella compravendita tra Sempronio e Caio e corrispondere il prezzo convenuto dalle parti.

La soluzione, perfetta sotto l'aspetto sostanziale ed improntata al massimo dell'efficienza sotto il profilo fiscale (lo scopo sarebbe raggiunto con un solo trasferimento e, dunque, sarebbe unica la tassazione), presenta un punto debole di non poco momento: se, infatti, Caio non dovesse ottemperare all'onere, non pochi sarebbero i problemi legati all'applicazione dell'art. 793 c.c. ai sensi del quale «la risoluzione per inadempimento dell'onere, se prevista nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi».

La risoluzione per inadempimento ha per effetto, salvi i diritti dei terzi, quello di produrre i ritrasferimenti dei diritti reali e le liberazioni degli obblighi in modo da ripristinare la situazione allo stato precedente alla stipulazione del contratto originario così come si avrebbe in presenza di una risoluzione consensuale oppure, secondo un criterio più radicale⁵⁷, quello di eliminare le vicende prodotte dal contratto, come sarebbe in presenza di un annullamento.

In applicazione dei principi appena esposti, il venditore, estraneo al rapporto tra il donante indiretto e il beneficiario, riacquisterebbe il bene e, di contro, dovrebbe restituire il prezzo non all'acquirente ma allo stipulante.

La scarsa praticabilità della soluzione implicherebbe la necessità di articolare in maniera più complessa l'accordo, coniugando l'interesse del donante indiretto con il più che probabile disinteresse del venditore all'ipotetico inadempimento del donatario indiretto, attraverso pattuizioni ulteriori contraddistinte da un alto grado di complessità e poco coerenti con il profilo causale della fattispecie. Appare, in effetti, difficile immaginare una scrittura *a latere* a disciplina della patologia del contratto tra stipulante (donante indiretto) e beneficiario,

⁵⁷ SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, 10, p. 514.

idonea, non coinvolgendo il venditore-promittente, ad armonizzare gli effetti della risoluzione del contratto con gli interessi concreti delle parti senza un concreto rischio di indebito arricchimento del venditore.

A sostegno di tale impostazione è anche la Suprema Corte⁵⁸ secondo la quale «la mancata esecuzione del modus, esclusa la risolvibilità del negozio, obbliga il beneficiario inadempiente a risarcire il danno».

A risultati decisamente più plausibili, si perviene impiegando lo schema del contratto a favore del terzo.

L'indagine sul punto non può prescindere da alcune preliminari notazioni in ordine alla compatibilità tra la fattispecie di cui agli artt. 1411 e ss. e l'elemento accidentale dell'onere la cui apposizione si tradurrebbe, in ultima analisi, in effetti giuridici sfavorevoli in capo al terzo beneficiario.

Partendo dal presupposto evidenziato da dottrina autorevole⁵⁹ secondo cui l'ampiezza con cui le parti acquistano il diritto è solo ed esclusivamente il frutto della volontà negoziale delle stesse, è agevole propendere per una soluzione positiva. In tal senso, si è espressa anche di recente la dottrina⁶⁰ secondo la quale è ben possibile che il terzo risenta di effetti sfavorevoli, ove si immagini che gli stessi siano concepiti quale criterio di determinazione dell'entità del vantaggio finale che il beneficiario nominato avrà modo di conseguire.

Perviene allo stesso risultato ma, probabilmente, seguendo un percorso meno eversivo, altra parte della dottrina⁶¹ la quale, sul presupposto che il terzo beneficiario non è parte del negozio, ritiene che il peso è suscettibile di essere accollato allo stesso, purché nel contenuto concreto del negozio esso sia strutturato come onere, e cioè come dovere dalla cui inosservanza non può derivare a carico del terzo altra conseguenza che quella del mancato acquisto, o della perdita del diritto.

Sul presupposto che la soluzione positiva alla questione da ultimo prospettata non è assolutamente scontata, occorre evidenziare come gli orientamenti

⁵⁸ Cass. sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096.

⁵⁹ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 349.

⁶⁰ MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli al terzo?*, in *Contratti*, 2006, 12, p. 1151.

⁶¹ MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 117

citati riconducono di fatto i termini della problematica dell'inadempimento dell'onere ad una *quaestio voluntatis*, per il promittente e lo stipulante e, in sostanza, alla libera determinazione negoziale.

Ebbene, sul presupposto, già evidenziato, che è doveroso ipotizzare che il venditore-promittente, intenzionato a concretizzare il suo guadagno ottenendo il prezzo, non voglia essere coinvolto in vicende a lui estranee, occorre compiere, rispetto alle prospettazioni dottrinali sopra esposte (che immaginano di risolvere il problema semplicemente calando un onere nello schema contrattuale a favore del terzo), un passo in avanti.

Questo passo, presuppone, evidentemente, lo spostamento di questo profilo dell'accordo tra stipulante e terzo-beneficiario al di fuori dello schema negoziale dell'art. 1411. E così, tornando all'esempio, dopo che lo stipulante Tizio avrà acquistato il compendio immobiliare con deviazione degli effetti al beneficiario Caio e dopo che, ex art. 1376, quest'ultimo avrà acquistato i beni direttamente dal promittente Sempronio, si dovrà procedere, al fine di realizzare tutti gli interessi in gioco, ad una ulteriore pattuizione tra Tizio/stipulante e Caio/beneficiario in virtù della quale, il terzo prende atto che per il caso di inadempimento dell'onere, considerato fondamentale dal donante indiretto (stipulante), il contratto si risolverà così annientando i vantaggi acquisiti.

Orbene, posto che la risoluzione provoca l'eliminazione del contratto e il conseguente ripristino della situazione giuridica anteriore, il compendio immobiliare dovrebbe ritornare nella sfera giuridica del venditore-promittente il quale, a sua volta, dovrebbe restituire il prezzo.

Non essendo questo il presumibile intento delle parti, per superare il problema, stipulante e terzo potranno convenire che la prestazione per il caso di inadempimento dell'onere, resterà a beneficio dello stipulante e di tale accordo, contenuto nel medesimo documento, prenderà atto il promittente.

La soluzione prospettata⁶², in fondo, dà luogo ad una dinamica non estranea alla fattispecie posto che l'art. 1411 co. 3 prevede che «in caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a be-

⁶² IACCARINO, *Le liberalità indirette*, cit., p. 173 – 174.

neficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto» e, in effetti, è nell'autonomia delle parti quella di regolare gli effetti del contratto per il caso in cui questi non si stabilizzino nella sfera giuridica del terzo.

A non voler aderire a tale impostazione, si dovrebbero ipotizzare soluzioni alternative più complesse quali, ad esempio, un preliminare di vendita tra stipulante e terzo ovvero il rilascio da parte del beneficiario allo stipulante di un mandato irrevocabile per acquistare, sottoposto a condizione sospensiva dell'inadempimento dell'onere da parte del mandante.

b) *comunione legale*.

L'art. 179 lett. b) c.c. che esclude la caduta in comunione dei beni acquistati successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione non fa alcun riferimento esplicito alle donazioni indirette.

Occorre, quindi, comprendere se un acquisto per donazione indiretta sia suscettibile o meno di ricadere nella comunione legale, allorquando, si intende, nell'atto di liberalità o nel testamento non sia specificato che essi sono attribuiti alla comunione.

Parte della dottrina⁶³ e della giurisprudenza⁶⁴, argomentando dal tenore letterale della norma, ritengono che il bene proveniente da donazione indiretta rientri nella comunione legale, non trovando applicazione il meccanismo di esclusione previsto dall'art. 179, lett. b). Tale soluzione sembra, tra l'altro, più idonea a tutelare gli interessi dei terzi che, soprattutto nell'ipotesi in cui nell'atto di disposizione non sia evidenziato l'*animus donandi*, non avrebbero come desumere l'esclusione del bene dalla comunione.

⁶³ ZUDDAS, *L'acquisto dei beni pervenuti al coniuge per donazione e successione*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, Milano, 1989, I, p. 451 e ss.; PINO, *Diritto di famiglia*, Padova, 1998, p. 115; DI TRANSO, *Comunione legale*, Napoli, 1999, p. 40.

⁶⁴ Tribunale di Napoli, sez. I, 29 maggio 1991; Corte di Appello di Napoli, 19 giugno 1994, In Giurisprudenza di merito, 1996, I, p. 78. Propone una soluzione più articolata CANGIANO, *Comunione legale e donazioni indirette*, in *Famiglia e diritto*, 1996, p. 66.

Sembra, invece, prevalere sia in dottrina⁶⁵ che in giurisprudenza⁶⁶ la tesi secondo la quale al bene acquistato per donazione indiretta deve riconoscersi natura personale e ciò in ragione del ricorrere della *ratio legis* che, con l'escludere la caduta in comunione di beni di provenienza donativa, vuole evitare che la stessa si avvantaggi di un bene al cui acquisto l'altro coniuge non ha contribuito.

Dal punto di vista letterale, poi, tale orientamento fa leva sull'espressione 'liberalità' contenuta nella seconda parte della norma in esame, la cui portata sembra sufficientemente ampia da ricomprendere tutte le liberalità, dirette o indirette.

Appare tuttavia evidente come la soluzione del problema non possa non tenere conto delle esigenze di tutela del terzo. Pertanto, pur nella consapevolezza che la donazione indiretta non sfugge alla disciplina di cui all'art. 179 lett. b) occorre avere riguardo al rapporto tra coniuge e terzi.

Il problema non è di poco momento se si considera che la comunione legale, a differenza di convenzioni come il fondo patrimoniale o la separazione dei beni, non è soggetta ad alcuna pubblicità. In conseguenza il terzo, nel procedere come di consueto, ai fini dell'individuazione del titolare dell'immobile, con la consultazione dei registri immobiliari e dei registri dello stato civile, rilevato che il titolo di provenienza del suo dante causa è un atto a titolo oneroso e che lo stesso, come risulta dai registri dello stato civile per mancanza di annotazioni marginali, è coniugato in comunione legale dei beni, non è tenuto ad indagare

⁶⁵ CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni; CIAN VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1980, p. 397; BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1985, p. 93 nt. 79; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, vol. IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1989, p. 182; SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretta da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992, p. 150; DE PAOLA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, p. 479; SCARLATELLI, *Donazioni indirette e comunione legale dei coniugi: quale disciplina?*, in *Vita notarile*, 1995, parte III, XCVII ss., GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto*, IV, *Disciplina privata*, sez. Civile, XVI, Torino, 1997, p. 342.

⁶⁶ In questo senso, Cass., sez. I, 14 dicembre 2000, n. 15778, con nota di CIANCI, in *Famiglia e diritto*, 2, 2001, p. 136 ss.; Cass. 8 maggio 1998, n. 4680, in *Famiglia e diritto*, 1998, 33; Cass. 15 novembre 1997, n. 11327, in *Contratti*, n. 3/1998, p. 242 ss. con nota di Basini; Cass. 8 febbraio 1994, n. 1257 e 25 ottobre 1996, n. 9307, in *Guida al diritto*, *Il sole 24 ore*, n. 3/1997, p. 71 ss.

se, in realtà, lo strumento negoziale adottato configurava una donazione indiretta!

Le soluzioni prospettate dalla dottrina al fine di conciliare la natura personale dell'acquisto con la tutela dei terzi sono diverse.

Secondo un primo orientamento⁶⁷, dovrebbe farsi dipendere la natura personale o comune del cespite dall'atto di provenienza: ove, infatti, da questo non emerga l'intento liberale, le esigenze di tutela dei traffici, devono necessariamente tradursi nella caduta in comunione. Ne consegue che, a fronte di una donazione indiretta, il bene potrà essere considerato personale solo se la stessa sia stata realizzata attraverso negozi in cui sia esplicitato l'intento liberale ad onta del mezzo tecnico impiegato (adempimento del terzo, contratto a favore del terzo etc.).

Altra parte della dottrina⁶⁸ ritiene risolvibile il problema ricorrendo ad un'applicazione analogica dell'art. 179 co. 2, secondo cui per escludere dalla comunione legale i beni rientranti nelle lettere c), d) ed f) dello stesso articolo, è necessaria una dichiarazione di non opposizione del coniuge escluso. Si osserva, infatti, che la norma non è riferita anche alla lett. b) solo nella misura in cui, per la fattispecie della donazione diretta, non si rende necessaria alcuna dichiarazione posto che l'esclusione dal regime legale è *in re ipsa* desumibile dalla natura stessa dell'atto. Ciò non implica, tuttavia, che ove necessario, come appunto nella donazione indiretta, ricorrendo identità di *ratio*, non ci si possa agevolare della dichiarazione del coniuge escluso.

A questi orientamenti, si affiancano quelli di coloro⁶⁹ che, sostenendo che la natura personale dell'acquisto debba in ogni caso prevalere, ritengono che essa possa emergere anche successivamente mediante una dichiarazione unilaterale di conferma della esclusione, avente natura di confessione stragiudiziale, resa dal coniuge estromesso dall'acquisto essendo questi il solo ad avere interesse a che il bene non sia escluso della comunione legale.

⁶⁷ CANGIANO, *Comunione legale e donazioni indirette*, cit.,

⁶⁸ CIANCI, *Donazioni indirette e comunione legale*, in *Famiglia e diritto*, 2001

⁶⁹ AUCIELLO, BADIALI, IODICE, MAZZEO, *La volontaria giurisdizione ed il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuale ed applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2000, p. 518 e ss.

Sulle medesime premesse, infine, chi⁷⁰ afferma che l'immobile acquistato a seguito di una liberalità atipica dalla quale non sia desumibile l'esclusione dalla comunione sarebbe 'personale' nei rapporti interni tra coniugi e 'comune' nei rapporti con i terzi.

Appare, in definitiva, quanto mai opportuno, sotto il profilo redazionale, che il notaio evidenzi nell'atto a titolo oneroso la vicenda donativa e ciò non soltanto per quello che si dirà appresso, ovverosia per garantire un equilibrio tra la vicenda anticipatoria e quella successoria, ma anche, come si osserva, per superare le incertezze legate al regime patrimoniale del bene.

Nell'ipotesi in cui, invece, dall'atto di provenienza non risulti alcun riferimento alla liberalità, la soluzione proposta da quella parte della dottrina che si è occupata della questione con un taglio più marcatamente operativo⁷¹ è quella della *expressio causae* da realizzarsi attraverso negozio ricognitivo o di accertamento⁷².

Evidentemente, una simile soluzione, determinando, seppur sotto il profilo della risultanza formale e non sostanziale, una modifica piuttosto rilevante del regime giuridico cui è soggetta la *res* è percorribile nella misura in cui non risultino dai registri immobiliari formalità pregiudizievoli contro il coniuge escluso dalla comunione atteso che, altrimenti, l'operazione si tradurrebbe in una indebita lesione degli interessi del terzo.

Per completezza di indagine è opportuno evidenziare come l'esigenza prospettata potrebbe sorgere nel contesto di una più ampia operazione di sistemazione familiare o a prescindere e al di fuori della stessa.

Quanto alla prima ipotesi, rinviando a quanto si dirà con più analiticità appresso, si può richiamare all'attenzione ciò che nella pratica avviene molto di frequente, ovverosia l'esigenza dei genitori, al fine di non creare presupposti per future liti, di definire gli equilibri patrimoniali della famiglia realizzando, a bi-

⁷⁰ RIMINI, *L'acquisto da parte di un coniuge di un immobile con denaro fornito da un terzo e l'ambito di applicazione dell'art. 179 lett. b) c.c.*, in *Corriere giuridico*, 2001, n. 5, p. 645 ss.

⁷¹ IACCARINO, *Liberalità indirette*, cit., p. 174 ss.

⁷² Per i cui profili tecnici-operativi si rinvia a quanto detto sub parag. 4 cap. 3.

lanciamento di una donazione immobiliare indiretta già effettuata a favore di uno dei figli, una donazione a favore dell'altro della casa familiare.

Il notaio potrà suggerire alle parti di stipulare, contestualmente all'atto di donazione, un atto ricognitivo in virtù del quale il figlio donatario indiretto riconosca che la provvista per acquistare l'abitazione gli venne, in realtà, fornita dai genitori (c.d. *pronuntiatio contra se*) e i genitori confermino il fatto storico enunciato.

Ove la vicenda risulti ulteriormente complicata dalla circostanza che il donatario indiretto risultava, al momento del perfezionamento della liberalità, già coniugato in regime di comunione legale, si potrà opportunamente far intervenire nell'atto ricognitivo anche il coniuge escluso allo scopo di fargli rendere una dichiarazione di conferma dell'esclusione del bene dal patrimonio comune.

Sotto il profilo pubblicitario, trascrivendo l'atto di donazione a favore del figlio attuale donatario diretto della casa familiare (per continuare con l'esempio), si darà contestualmente pubblicità all'atto ricognitivo contenuto nel medesimo documento. Tale atto avrà meri effetti dichiarativi in quanto sia la donazione indiretta che la conseguenziale esclusione dalla comunione si erano già verificati per essere la seconda evenienza sostanziale conseguenza della prima.

Nell'ipotesi, invece, in cui la donazione e l'atto ricognitivo, non avvengano nel medesimo contesto ci si può avvalere delle conclusioni cui è pervenuta quella parte della dottrina⁷³ secondo la quale, nell'ipotesi prospettata, non sarebbe impedita la trascrizione ai sensi dell'art. 2647 c.c. o l'annotazione al contratto di liberalità indiretta atteso che, quando la pubblicità di un atto giova alla certezza dei traffici giuridici essa, a prescindere dal principio della tassatività, deve sempre essere attuata⁷⁴.

Questa soluzione, sembra meglio adattarsi anche all'ipotesi, molto frequente, della donazione indiretta inespressa rispetto alla quale la dichiarazione resa dal coniuge escluso risulterebbe molto poco coerente con il profilo causale

⁷³ AUCIELLO, BADIALE, IODICE, MAZZEO, *La volontaria giurisdizione ed il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 519

⁷⁴ MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, Milano, 1995, p. 448.

emergente dalle dichiarazioni negoziali delle parti (il tutto senza voler considerare i margini di operatività molto più ridotti che alla fattispecie in commento residuano dopo l'introduzione degli obblighi di tracciabilità dei mezzi di pagamento derivanti dalla L. 248/2006).

c) *mandato a donare*.

L'art. 778 sancisce la nullità del mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione. La norma è posta a presidio del carattere strettamente personale della donazione e in risposta all'esigenza di evitare l'esposizione del patrimonio del donante all'eccessiva generosità del mandatario⁷⁵.

Essendo questa la ratio, appare coerente come compatibile a legge sia, invece, l'ipotesi in cui il donante predisponga il mandato in modo da contenere la libertà di scelta del mandatario entro specifici confini oggettivi e soggettivi (rispettivamente, il c.d. mandato a donare *quae volēs ex art. 778, co. 3* e *cui volēs ex art. 778, co. 2*).

Poiché una delle tante possibilità per perseguire una causa liberale in modo indiretto è rappresentata proprio dal mandato, occorre rilevare se il citato art. 778 debba ritenersi applicabile anche alle liberalità indirette in virtù del rinvio effettuato dall'art. 809.

A titolo di esempio, si pensi al caso in cui mandante conferisce incarico al mandatario, di acquistare un bene che solo in parte sarà ritrasferito in esecuzione dell'incarico gestorio in tal modo risultando il secondo direttamente beneficiario della differenza di valore tra quanto acquista e quanto ritrasferito. Si pensi, ancora, al caso in cui il disponente, non volendo apparire quale donante, conferisce incarico al mandatario, attribuendogli quanto all'uopo necessario, di ef-

⁷⁵ BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, vol. XII, 4, Torino, 1961 p. 148.

fettuare un'attribuzione donativa in favore di un terzo destinatario della liberalità così programmata⁷⁶.

Ulteriore declinazione di questa ultima ipotesi è quella del mandatario a cui viene chiesto di acquistare in nome proprio un bene per incarico del donante, che gli fornisce il denaro necessario, e trasferirlo al beneficiario donatario indiretto. Ancora donazione indiretta è quella attuata mediante un mandato senza rappresentanza, cioè mediante interposizione reale di persona⁷⁷.

Un'ulteriore possibilità è quella di impiegare il c.d. mandato irrevocabile senza obbligo di rendiconto.

Un valido contributo alla soluzione del problema al vaglio è stato fornito dalla giurisprudenza⁷⁸ che ha esaminato la validità di una liberalità indiretta realizzata attraverso un mandato a vendere ad un prezzo, per accordo tra le parti, notevolmente superiore a quello di mercato.

La Suprema Corte ha dedotto che l'art. 809 deve essere interpretato restrittivamente ovvero nel senso che alle liberalità atipiche non si applicano tutte le altre norme da esso non richiamate; ne consegue che l'art. 778, che detta limiti al mandato donare, non essendo richiamato dal citato 809, non è applicabile al mandato stipulare un *negotium mixtum cum donationem*.

In particolare, si è sottolineato che l'unicità e l'inscindibilità sono connotati della natura giuridica del negozio misto, che tale non sarebbe se si potesse nell'atto scindere la vendita dalla donazione in modo da fare corrispondere a ciascuna causa negoziale un proprio oggetto.

In realtà, come ha osservato la dottrina preferibile⁷⁹, anche il mandato irrevocabile può contenere una causa di attribuzione di poteri al mandatario non onerosa e a corrispettività strumentale alla indiretta gratuità.

⁷⁶ CARRABBA, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2009p. 818

⁷⁷ LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, vol. XXII, Milano, 1984, p. 333 e ss.

⁷⁸ Cass., sez. II, 19 novembre 1992, n. 12181.

⁷⁹ PALAZZO, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, VI, p. 133 e ss.

In tal caso, risulta evidente che non si tratterebbe del negozio misto bensì della contemporanea stipulazione, con lo stesso mezzo formale, di due contratti distinti non più misti l'uno all'altro.

Inoltre, sempre tal senso, si è sostenuto che ben può costituire donazione indiretta sia il mandato ad amministrare dato ad un soggetto con l'obbligo di versare le rendite o altre somme di denaro ad altro soggetto (che è il beneficiario della liberalità indiretta) sia il prelevamento, in forza di regolare delega, del denaro depositato sul conto corrente del padre, prima della di lui morte ed in osservanza del desiderio di compensare la figlia per l'assistenza che gli ha prestato⁸⁰.

In conclusione, sembra preferibile ritenere che la nullità prevista dall'art. 778 per le donazioni è incompatibile con le liberalità atipiche che utilizzano lo schema del mandato per il perseguimento di un beneficio a favore del mandatario o di un terzo. Pertanto, se il vantaggio per il donatario indiretto risulta perseguito tramite modulo oneroso eventualmente concluso con un terzo estraneo al rapporto mandante-mandatario, tale negozio non sarebbe soggetto da un'eventuale azione di restituzione⁸¹.

Diversamente, la natura di norme materiali delle disposizioni che regolano la collazione, l'azione di riduzione (espressamente richiamate all'art. 809) consentirà agli eredi del mandante (donante) di far valere nei confronti del mandatario-donatario o del terzo beneficiario i rimedi della collazione e della riduzione⁸².

⁸⁰ Tribunale Monza, 25 gennaio 2001. Tale sentenza ha considerato il caso in esame come una donazione indiretta remuneratoria.

⁸¹ CARNEVALI, *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 11, p. 131; CARRABBA, *Le donazioni*, cit., p. 820.

⁸² LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* cit., p. 334 e 335.

d) *beni futuri*.

Ci si è chiesti se il divieto di donare beni futuri contenuto nell'art. 771, tradizionalmente giustificato con l'esigenza di tutelare il donante da atti dispositivi avventati (ovvero di beni di cui il donante potrebbe non conoscere attualmente il valore o con riferimento ad un momento futuro rispetto al quale il donante non sa in quali condizioni economiche si troverà) si estende anche alle liberalità indirette.

Dottrina autorevole⁸³ ritiene che la norma citata debba, per prudenza, essere annoverata tra quelle applicabili anche alle liberalità indirette ma non sono mancate voci di segno contrario⁸⁴.

e) *forma*.

Come è noto, il rigore formale richiesto dall'art. 782 c.c. si giustifica in considerazione delle gravità delle conseguenze economiche della donazione e dell'esigenza di protezione del donante.

In ordine alla necessità che anche le donazioni indirette seguano la medesima disciplina in punto di forma, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, come sopra evidenziato, si esprimono in senso negativo ritenendosi che i vincoli formali debbano essere solo quelli eventualmente richiesti per il negozio materialmente impiegato.

Sul piano sistematico l'affermazione si reputa suffragata dagli artt. 1875 e 1350 n. 5 c.c. che, rispettivamente, escludono la necessità di forma pubblica per la rendita vitalizia a favore del terzo, «quantunque importi una liberalità» e per la rinuncia avente ad oggetto diritti reali immobiliari, efficaci modalità per raggiungere un effetto donativo.

⁸³ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 864.

⁸⁴ IACCARINO, *Liberalità indirette*, cit., p. 182 – 184.

f) *donazione obnuziale.*

La fattispecie di cui all'art. 785 individua la sua peculiarità nella circostanza che la donazione non ha bisogno, per il suo perfezionamento, dell'accettazione dei donatari assumendo però rilievo preminente, affinché la stessa produca effetti, che segua effettivamente il matrimonio⁸⁵.

Parte della giurisprudenza⁸⁶ ritiene che la norma sia applicabile anche alla donazione indiretta ma sembra preferibile la tesi sostenuta dalla giurisprudenza più recente⁸⁷ che, argomentando dalla circostanza che quella in commento è figura tipica, ha posto in evidenza l'incompatibilità della stessa con liberalità indirette.

In particolare la Corte argomenta dal fatto che la donazione in commento deve essere calata in un negozio formale essendo l'atto pubblico funzionale all'esigenza di far constare formalmente la particolare connotazione finalistica che contraddistingue l'attribuzione patrimoniale, eseguita da uno degli sposi o da un terzo in funzione di un futuro determinato matrimonio. Tale connotazione, evidentemente, non potrebbe rinvenirsi nell'ambito di fattispecie indirette nelle quali la finalità suddetta, ancorché in concreto perseguita, rileverebbe solo quale movente finale degli atti di disposizione patrimoniale tra loro collegati, ma non sarebbe fatta assurgere a elemento tipizzante del contratto⁸⁸.

g) *revoca per ingratitudine.*

Ammissibile in virtù del formale richiamo di cui all'art. 809 c.c. che preclude, dunque, il sorgere di qualunque dubbio al riguardo. Con particolare rife-

⁸⁵ PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, p. 269; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 52.

⁸⁶ Cass. sez. II, 15 gennaio 1986, n. 171, in *Giur. It.*, 1987, I, p. 730 e, nello stesso senso, Cass. sez. II, 27 luglio 2000, n. 9872.

⁸⁷ Cass., sez. II, 12 luglio 2006, n. 15873

⁸⁸ In tal senso, in giurisprudenza: Cass. 4 aprile 1973, n. 945, in *Rep. Foro. It.* 1973, ad vocem *Donazione*; in dottrina: CARRABBA, *Le donazioni*, op. cit., p. 288; PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 284 secondo i quali il matrimonio assume valore causale dell'attribuzione liberale.

rimento al concetto di ingratitudine nel contesto di donazioni indirette, la Cassazione⁸⁹ ha sancito come sia suscettibile di rientrare nella norma in commento il perpetrarsi di tradimenti dal parte del coniuge donatario indiretto della (ex) casa coniugale.

h) *donazione indiretta e volontaria giurisdizione.*

Con una buona dose di semplificazione stante la complessità del tema e l'importante dibattito dottrinale e giurisprudenziale ancora in atto, assume una certa rilevanza, se non altro per le ricadute pratiche di non poco momento, qualche cenno sulla diversità di disciplina tra le donazioni dirette ed indirette nel punto di intersezione che si crea con la volontaria giurisdizione allorquando donatario sia un minore.

In tema di donazione diretta, nell'ipotesi specifica di donazione da un genitore al figlio, la legge richiede un'autorizzazione del giudice tutelare per l'accettazione ai sensi dell'art. 320 c.c.

Detta accettazione, evidentemente, non potrà essere effettuata dal genitore donante esercente la potestà atteso che, a voler ritenere il contrario, la donazione si tradurrebbe, nei fatti, in una fattispecie a carattere unilaterale.

Su queste premesse, larga parte della dottrina⁹⁰, prevalente, ritiene di poter applicare l'art. 317 c.c. in forza del quale «nel caso di lontananza, incapacità o altro impedimento che renda impossibile a uno dei genitori l'esercizio della potestà, questa viene esercitata in modo esclusivo dall'altro». Per tale via detta accettazione, debitamente autorizzata, potrà essere effettuata dal genitore non donante.

⁸⁹ Cass., sez. II, 28 maggio 2008, n. 14093, in *Corriere giuridico*, 2008, n. 7, p. 904, con nota di CARBONE.

⁹⁰ MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1980, 169 3 162 e ss.; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, p. 447; SANTARCANGELO, *L'accettazione di donazioni dai genitori ai figli*, in *Notaro*, 1976, p. 63; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, vol II, Milano, 2003; SANTARCANGELO, *Formulario notarile commentato*, a cura di G. Petrelli, vol. V, t., I, Milano, 2008; p. 415; *Commissione degli studi civilistici del Notariato, Nomina del curatore speciale per l'accettazione di donazione dal genitore a figli*, Studio, p. 2024, del 15 dicembre 1998; MONACO-MORGIGNI, *Della donazione da genitore a figli*, in *Rivista del Notariato*, 1988, p. 687.

Altra parte della dottrina⁹¹, seguendo un risalente arresto della Cassazione⁹², ritiene invece necessaria la nomina di un curatore speciale in considerazione del duplice conflitto di interessi del genitore non donante che potrebbe essere indotto, a discapito degli interessi del donatario minore, o a non accettare la donazione per ragioni legate alle proprie aspettative successorie sul patrimonio del coniuge donante o, all'opposto, ad accettare la donazione al fine di sottrarsi all'obbligazione alimentare di cui all'art. 433 c.c. (posto che primo obbligato non sarebbe più lui ma il figlio donatario).

A prescindere da quale sia la soluzione preferibile occorre rilevare che in materia di donazione indiretta la dottrina tende a ragionare diversamente.

Con specifico riguardo al contratto a favore del terzo si rileva, infatti, che la circostanza che l'acquisto da parte del terzo sia contraddistinto, sotto il profilo degli effetti, da un'automaticità analoga a quella del legato e che, inoltre, il dan- te causa sia, giuridicamente, il promittente-terzo e non lo stipulante-donante, implica l'esclusione a monte del problema dell'autorizzazione richiesta dall'art. 320 c.c.⁹³

Con riguardo, invece, alla possibilità del minore di rendere la dichiarazione di volerne profittare, secondo la dottrina prevalente, occorrerà l'intervento dei genitori debitamente autorizzati ai sensi dell'art. 320 c.c. dal giudice tutelare⁹⁴.

Molto interessante, in argomento, è la ricostruzione di chi⁹⁵ ritiene che, invece, che la norma di cui all'art. 320 c.c. che subordina espressamente l'accettazione delle donazioni dirette da parte dei genitori all'autorizzazione del

⁹¹ FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., 2113; SALINI, *Ancora sull'accettazione della donazione che il padre faccia al figlio minore*, in *Rivista del Notariato*, 1962, p. 42.

⁹² Cass. 19 gennaio 1981, n. 439, in *Vita notarile*, 1981, p. 75 con nota di CORSI e in *Diritto di famiglia*, 1982, p. 1185 con nota di BARNINI.

⁹³ SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 207; TRIMARCHI, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 581; VELLANI, *Contratto a favore di terzi ed autorizzazioni giudiziali per gli acquisti del minore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 61. La tesi opposta, alquanto isolata, è sostenuta da DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, vol. I, Milano, 1962, 111. In giurisprudenza: Cass. 5 gennaio 1985, n. 11; Cass. 4 febbraio 1988, n. 1136.

⁹⁴ MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, cit., p. 77; DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, cit., vol. I, Patria potestà, Milano, 1962, p. 113, nt. 128; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 208; TRIMARCHI, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 581; VELLANI, *Contratto a favore di terzi ed autorizzazioni giudiziali per gli acquisti del minore*, cit. p. 60 e ss.

⁹⁵ IACCARINO, *Liberalità indirette*, cit., pp. 201 - 206

giudice tutelare, non potrà trovare applicazione alla dichiarazione di volerne profittare del contratto a favore di terzo non essendo la norma richiamata espressamente dall'art. 809 c.c. e avendo la stessa una portata eccezionale che la rende non suscettibile di applicazione analogica. Secondo questo orientamento, se ne potrebbe concludere che con il contratto a favore del terzo non si richiede l'autorizzazione giudiziale né per la stipula né per l'eventuale dichiarazione di volerne profittare.

CAPITOLO 2

IL SISTEMA DI TUTELE A FAVORE DEL LEGITTIMARIO. IL PROBLEMA DELLA PROVENIENZA DONATIVA.

La circostanza che gli strumenti di trasmissione della ricchezza alternativi al testamento integrino liberalità indirette implica che gli stessi, pur emancipati dal sistema delle successioni nella fase genetica, in essa tornino o possano tornare ove sia, negozialmente o giudizialmente, disvelata la loro reale portata causale.

Al fine di comprendere la reale portata e utilità di un'indagine volta ad individuare alternative negoziali al testamento, appare, dunque, passaggio ineludibile un esame del sistema delle tutele offerte al legittimario avverso le vicende negoziali inter vivos a mezzo delle quali, anche indirettamente, il de cuius abbia leso i suoi diritti successori.

La particolare pregnanza e pervasività di detti strumenti di tutela rappresenterà il punto di partenza per l'indagine successiva volta ad esporre le principali soluzioni offerte dagli interpreti per ovviare al problema della provenienza donativa, una delle principali ragioni per le quali, nella pratica negoziale, si è abusato (e si abusa) degli strumenti c.d. parasuccessori e della donazione indiretta.

1. La lesione quantitativa dei diritti del legittimario: l'azione di riduzione e di restituzione.

Il diritto alla legittima non può essere in alcun modo sacrificato dal testatore integrando un diritto intangibile di alcune categorie di successori come risulta testualmente dall'asciutta formulazione di cui all'art. 457, co. 3, il quale stabilisce che «le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari».

A salvaguardia di questo principio l'ordinamento predispone due forme di tutela: una prima è quella rappresentata dalle azioni di riduzione e restituzione le quali incidono *ex post* sulla volontà lesiva, una seconda, ancora più pre-

gnante, quella di cui all'art. 549 c.c., che incide sulla volontà testamentaria sin dalla sua formazione⁹⁶.

L'azione di riduzione integra uno strumento posto a tutela del legittimario che non abbia ricevuto nulla dalla successione del suo dante causa (c.d. pretermissione) ovvero che abbia ricevuto meno di quanto gli spetterebbe per legge.

Affinché vi sia pretermissione del legittimario, è necessario non solo che questi non sia istituito erede, ma anche che il testatore abbia disposto, con istituzioni universali compiute a beneficio di terzi, dell'intero suo asse ereditario⁹⁷: nell'ipotesi in cui il testatore rediga un testamento in cui nomini erede un estraneo in una quota corrispondente alla disponibile senza contemplare minimamente il legittimario, quest'ultimo, infatti, non potrà dirsi pretermesso se, all'indomani dell'apertura della successione legittima, dalla devoluzione a suo favore della restante parte del patrimonio, risulti comunque soddisfatto nelle sue ragioni.

La lesione degli interessi del legittimario può essere integrata anche nell'ambito della successione legittima e, quindi, pur in mancanza del testamen-

⁹⁶ Come rilevato in dottrina, esistono due forme di intangibilità, quella qualitativa e quella quantitativa. «La prima vuol significare che il legittimario ha diritto solo a conseguire un valore pari alla quota spettantegli. La seconda vuol significare che il legittimario ha il diritto di conseguire la quota stessa in natura; ha il diritto, cioè, di conseguire una quota formata, in proporzione alla sua entità, di una parte di ogni cespite ereditario. [...] Il codice vigente ha seguito il principio della intangibilità quantitativa (o di valore): il testatore, cioè, è libero, nella formazione della quota del legittimario, di stabilire i beni che intende assegnare come quota del patrimonio» In tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza edizione a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, p. 518-519. Ciò, tuttavia non legittima, secondo l'opinione prevalente, l'idea che il testatore possa comporre le quote anche con denaro non ereditario o, addirittura, con ragioni di credito verso il coerede. Il testatore, in altre parole «può, in omaggio al principio della intangibilità quantitativa, soddisfare le ragioni dei legittimari con beni di qualsiasi natura, ma questi beni devono essere compresi nell'asse ereditario». In tal senso anche Cass. 28 giugno 1968, n. 2202 e, in dottrina, PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954 p. 60; FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-564 in commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1968, p. 109, MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 224. In ordine alla possibilità del testatore di sortire effetti analoghi alla tacitazione di legittima con beni non ereditari cfr MAGLIULO, *La tacitazione della legittima con beni non ereditari*, in *Notariato*, 2001, p. 412.

⁹⁷ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in Tratt. dir. civ. e comm. già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 2000 il quale precisa che «se così non fosse, infatti (ad esempio perché le istituzioni a favore di terzi, pur essendo in quote ideali, coprono solo una porzione dell'asse; o perché il testamento contiene solo disposizioni a titolo particolare, anche se di fatto tali da esaurire l'intero patrimonio del *de cuius*) si aprirebbe la successione legittima (con riguardo al patrimonio di cui non si sia disposto o, a seconda dei casi, per l'individuazione – sempre necessaria – di un erede) ed il legittimario, erede per legge, potrebbe tutt'al più risultare leso, non preterito.»

to. Ciò si spiega con il fatto che essa può dipendere non soltanto da disposizioni testamentarie a titolo di eredità o di legato ma anche dall'attività dispositiva posta in essere dal *de cuius* in vita a mezzo di donazioni e liberalità.

D'altro canto i diritti dei legittimari, proprio in virtù dei pericoli rappresentati dall'attività negoziale *inter vivos*, non sono calcolati semplicemente sul c.d. *relictum*, ovvero su ciò che del patrimonio del *de cuius* residui al momento dell'apertura della successione⁹⁸, ma sul risultato di un calcolo che al *relictum* detrae i debiti⁹⁹ e 'riunisce' fittiziamente le donazioni¹⁰⁰ (art. 556 c.c.).

Sarebbe altrimenti offerta al *de cuius* una strada fin troppo facile per eludere le norme poste a tutela dei legittimari.

⁹⁸ La prima operazione da compiere è quella di formare la massa dei beni relitti. «A tale scopo è necessario accertare quali beni il defunto ha lasciato morendo e determinare il valore che essi avevano al momento della morte, perché è in questo momento che si fissa il diritto del legittimario». In tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 518 – 519. La dottrina ritiene che i beni appartenenti al *de cuius* sotto condizione sospensiva non debbano calcolarsi mentre, invece, si debba tenere conto dei diritti subordinati a condizione risolutiva. In tal senso 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; CICU, *Le successioni*, Milano, 1947, p. 270; FERRI, *Dei legittimari, Art. 536-564*, cit., MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 177. Come rileva CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 519 «si debbono altresì calcolare i beni che hanno formato oggetto di alienazioni simulate, in caso di simulazione assoluta od anche relativa, qualora il negozio simulato non abbia i requisiti di forma e sostanza previsti per il negozio dissimulato, perché essi non sono in realtà usciti dal patrimonio del defunto. [...] ed anche dei beni oggetto dei legati di specie e dei crediti, salvo che siano inesistenti o di dubbia esigibilità. Il *relictum* comprende anche le aziende e il relativo avviamento come pure il valore dei beni che il *de cuius* abbia acquistato con patto di riservato dominio, indicando tra le passività il debito delle rate di prezzo non ancora pagate».

⁹⁹ «È questa operazione di mero calcolo che si fa sulla carta. I debiti non sono soltanto quelli contratti dal defunto ma anche quelli sorti in occasione della morte: spese funerarie, di sepoltura, per la pubblicazione del testamento, per l'apposizione di sigilli, per la redazione dell'inventario etc.» così CICU, *Le successioni*, cit., p. 263. Occorre precisare che devono detrarsi anche i debiti che il defunto aveva verso il legittimario ma non i legati che, se di specie, sono calcolati sul *relictum* costituendo valori attivi, se obbligatori, invece, nemmeno sul *relictum* non costituendo attività né debiti dell'eredità quanto, piuttosto, debiti dell'erede (o del legatario in caso di sublegato). Non devono, inoltre essere computate le obbligazioni naturali e le obbligazioni sotto condizione sospensiva stante la loro inattualità (diversamente le obbligazioni sotto condizione risolutiva). Da notare che, diversamente dal modello francese, il nostro codice precisa che la detrazione dei debiti si fa solo sul *relictum*. Pertanto, se non c'è *relictum* ma vi sono debiti, la quota di legittima può sussistere ugualmente, perché essa andrà calcolata sui beni donati.

¹⁰⁰ Si tratta di operazione meramente contabile non influendo, nell'immediato, sulla situazione giuridica dei beni donati. Non rientrano nel computo le donazioni nulle atteso che l'azione volta a far valere il vizio è parte del *relictum*. Da notare che nell'eventualità in cui il legittimario scegliesse, nonostante tutto, di agire in riduzione senza il preventivo esercizio dell'azione di nullità, il vizio non potrà essere rilevato d'ufficio dal giudice atteso che il comportamento del legittimario si ritiene integri conferma. Così MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciali. Successione necessaria*, cit., p. 194 ss. In ordine alle donazioni da computare ai fini del calcolo della riunione fittizia si richiamano generalmente le norme in materia di collazione di cui agli artt. 741-744 c.c. con l'eccezione delle donazioni modali che vanno computate senza la detrazione del controvalore del *modus* (diversamente da quel avviene in punto di collazione).

Le modalità di calcolo dei diritti di riserva e il sistema di tutele dell'azione di riduzione e di quelle di restituzione sono espressione del prevalente interesse che l'ordinamento dimostra per la categoria dei legittimari ai quali è di fatto riconosciuto il potere di ripristinare il patrimonio ereditario in un meccanismo in grado di travolgere, in ultima analisi, la stessa volontà del testatore.

Ciò induce, giustamente, a una lettura disincantata del concetto di libertà testamentaria che, nell'accezione di 'libertà dispositiva', può trovare un effettivo riscontro solo con riferimento alla quota disponibile.

Il sistema della riduzione si traduce, infatti, in uno strumento di correzione e riformulazione della volontà del *de cuius* con cui il Legislatore sembra voler riportare sulla 'retta via' espressioni di volontà ritenute non ammissibili in un abbraccio paternalistico che per alcuni, forse non a torto, integra un'inaccettabile compressione della libertà dispositiva dei privati.

L'unica possibilità che un'attività dispositiva *mortis causa* non perfettamente 'conforme' ha di 'resistere' è, in ultima analisi, legata alla volontà del legittimario il quale è posto nelle condizioni di poter decidere se attivare i meccanismi di tutela a lui offerti dall'ordinamento o, piuttosto, mantenere ferma la volontà del testatore anche se contraria, in tutto o in parte, al dettato legislativo in tema di successione necessaria¹⁰¹.

Non è un caso se nel contesto della successione legittima, parte della dottrina ritenga, coerentemente, che i meccanismi della riduzione debbano tradursi

¹⁰¹ Occorre rilevare che, secondo l'opinione dominante in dottrina è ammessa l'azione surrogatoria dei creditori del legittimario che trascuri di agire con loro pregiudizio. Ciò in quanto si tratta di un diritto a contenuto patrimoniale ma anche perché la legittimazione che la legge riconosce agli aventi causa del legittimario è conferma del fatto che per il Legislatore l'azione non ha carattere personale. PINO, *La tutela del legittimario*, cit., p. 69; SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 316; MENGONI, *Successione per causa di morte*, p. 242. L'irrelevanza della persona dal lato attivo non implica irrilevanza della persona dal lato passivo. Infatti, da questo punto di vista, l'azione è personale nella misura in cui non è esercitabile *erga omnes* o verso qualsiasi possessore o proprietario dei beni oggetto delle disposizioni riducibili, ma solo contro i destinatari delle disposizioni medesime (donatario, erede, legatario). Dal carattere personale e non reale consegue, come effetto processuale, l'assenza di litisconsorzio necessario essendo richiesta la presenza in giudizio solo del legittimario e del destinatario della liberalità lesiva: cfr. Cass. 27 settembre 1996, n. 8529 e Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414. Ciò non toglie che l'opportunità per il legittimario di chiamare in causa tutti i legittimati passivi può essere opportuno al fine di ottenere una sentenza opponibile nei confronti di ciascuno di essi. In tal senso SALA, art. 533, in *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini e Confortini, Torini, 2007, p. 404.

in una automatica rideterminazione delle quote dei successori non legittimari senza che si renda necessario l'esperimento di alcuna azione: non operando, infatti, la riduzione su un negozio posto in essere dal defunto, non si presenta quell'esigenza – il lasciare cioè al legittimario la scelta tra il rispettare la volontà del defunto e il far valere i propri diritti – che costituisce la ragione per la quale la riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni deve ritenersi subordinata all'esercizio di un'apposita azione¹⁰².

I mezzi di tutela della riduzione e delle due azioni di restituzione hanno lo scopo di garantire al legittimario quanto necessario a 'creare' (in caso di pretermissione) o integrare (in caso di lesione) la sua quota dando luogo ad un sistema che, complessivamente inteso, è dotato di una natura recuperatoria *latu sensu* reale avendo come fine quello di attribuire materialmente al legittimario una quantità di beni necessaria ad integrare la quota lesa o, in caso di pretermissione, a crearla.

Tale natura è desumibile dal disposto di cui all'art. 560 c.c. che, secondo la dottrina più accreditata, può estendere i suoi confini applicativi oltre l'ambito testualmente previsto degli immobili, arrivando a coprire anche le disposizioni, non espressamente contemplate, poste in essere a titolo di legato, nonché le donazione aventi ad oggetto beni mobili e le disposizioni *mortis causa* a titolo di erede¹⁰³.

¹⁰² In tal senso PINO, *La tutela del legittimario*, p. 32 ss. nonché MENGONI, *Successione per causa di morte*, Parte speciale, cit., p. 77 ss., 102 ss., 230 ss. nonché, in giurisprudenza, Cass. 6 marzo 1980 n. 1521

¹⁰³ La norma stabilisce che la riduzione debba essere effettuata separando dal bene la parte necessaria ad integrare la quota di riserva del legittimario. Come precisa CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 540-541 «Nel caso, invece, in cui il bene oggetto di legato o di donazione non sia comodamente divisibile, il secondo comma dell'art. 560 stabilisce che esso debba essere assegnato per l'intero, distinguendo due casi. Se il valore del bene supera il valore della disponibile per un ammontare superiore al quarto del valore della stessa disponibile (ad esempio valore della disponibile pari a 100, valore del bene donato o legato pari a 150; l'eccedenza è uguale a 50, quindi maggiore del quarto della disponibile che è pari a 25), il bene viene assegnato in natura al legittimario, salvo l'obbligo per quest'ultimo di corrispondere al legatario o donatario un conguaglio in denaro pari al valore della disponibile. Se, invece, il valore del bene supera il valore della disponibile per un ammontare pari o inferiore al quarto del valore della stessa disponibile, il legatario o il donatario potrà trattenere il bene, salvo, per lui, l'obbligo di compensare in denaro il legittimario. [...] In ogni caso il legislatore configura facoltà e non obblighi: se colui al quale il bene dovrebbe essere assegnato non vuole essere destinatario di tale assegnazione (ad esempio perché non ha la disponibilità per poter effettuare il conguaglio), il bene dovrà essere venduto all'incanto».

Si tratta, quindi, di una tutela particolarmente forte e tale assunto trova un'ulteriore conferma nella circostanza che la legge garantisce la restituzione dei beni immobili e dei beni mobili registrati con liberazione da ogni peso e ipoteca (art. 561), da oneri reali e servitù e da ogni diritto reale o personale di godimento o di garanzia costituiti *medio tempore* dal legatario o dal donatario.

La natura reale dell'azione di riduzione trova tuttavia delle eccezioni nel principio in forza del quale i frutti sono dovuti al legittimario dal giorno della domanda; dall'applicabilità dell'art. 2652 n. 8 (di cui meglio si dirà appresso) e dalla circostanza che i pesi e le ipoteche restano comunque efficaci se, apertasi la successione del donante, al momento della domanda di riduzione (intervenuta entro dieci anni dall'apertura della successione) siano trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, essendo però fatto salvo l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni.

Il termine ventennale può tuttavia essere sospeso dal legittimario che si opponga ai sensi dell'art. 563 c.c. (norma su cui si tornerà nel prosieguo).

Potendo rinviare, quanto alle modalità della riduzione, alle disposizioni di cui agli artt. 554 e 555 c.c., ciò che preme sottolineare in questa sede è l'effettiva incidenza che la pronuncia del giudice ha sull'atto dispositivo lesivo, sulla vicenda successoria del legittimario e sulla vicenda successoria in generale.

E così:

a) rispetto alla pretermissione (nell'accezione già specificata), il legittimario, con la sentenza di riduzione, ottiene la dichiarazione di inefficacia delle disposizioni a carattere universale contenute nel testamento nella misura in cui queste eccedano la disponibile e la conseguente sua chiamata nella quota ereditaria così resa libera¹⁰⁴.

Per l'effetto, si crea uno stato di comunione ereditaria fra l'erede (o i coeredi testamentari) e il legittimario, cui spetta, altresì, il compossesso, *pro quota*, dei beni ereditari;

¹⁰⁴ MENGONI, *Successione per causa di morte*, Parte speciale, *Successione necessaria*, p. 76; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 44 ss.

b) rispetto alla lesione integrata da una chiamata, per legge o per testamento, in una quota inferiore a quella di riserva, il legittimario ottiene la devoluzione di un'ulteriore quota realizzandosi una modificazione della comunione ereditaria, già esistente, con incremento della quota a lui spettante;

c) rispetto alla lesione determinata dal peso di un legato o di una donazione eccedente la disponibile, l'azione non incide sulla delazione ma rende parzialmente inefficace il lascito testamentario o la donazione creandosi sul bene oggetto di riduzione una situazione di comunione fra legittimario e legatario o donatario con quote determinate secondo la pronuncia del giudice.

In caso di inefficacia totale sorge, invece, in capo al legittimario il diritto alla restituzione del bene oggetto di legato o donazione attraverso l'azione di restituzione.

Quando, è bene precisare, la dottrina parla di 'inefficacia relativa' lo fa con riferimento alla circostanza che l'inefficacia che travolge le disposizioni testamentarie incompatibili con i diritti del legittimario è posta in funzione del solo legittimario che ha agito ponendosi, dunque, solo a suo favore la funzione 'integrativa' o 'creativa' della riduzione: non potrà avvantaggiarsi, dunque, della pronuncia del giudice il legittimario che, pur leso, non abbia agito¹⁰⁵.

In tal senso la differenza rispetto all'azione di nullità che, pur potendo essere impiegata per finalità di recupero di beni al patrimonio, va a beneficio di tutti essendo il suo fine quello di dimostrare che l'atto con cui il *de cuius* ha disposto del suo diritto non è in realtà risultato idoneo a determinarne la fuoriuscita del bene dal patrimonio del disponente.

¹⁰⁵ Come è stato correttamente rilevato perché sussista l'efficacia lesiva della disposizione ridotta, si deve ammettere che la stessa sia efficace e, quindi, valida: «la validità della disposizione è addirittura presupposto dell'azione. [...] Al contrario in caso di invalidità (nullità o annullabilità), esse devono essere impugnare con le relative azioni che, se esercitate vittoriosamente, non si limitano a rendere le disposizioni impugunate semplicemente inefficaci nei confronti dell'atto, ma fanno sì che l'oggetto delle disposizioni rientri per l'intero nell'asse» Così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 531 ss. che aggiunge « La sentenza di riduzione non attua un nuovo trasferimento dei beni al patrimonio del defunto, ma opera in modo che il trasferimento, posto in essere dal defunto con le disposizioni lesive, si consideri non avvenuto nei confronti del legittimario. Costui, pertanto, acquista i beni non in forza della sentenza, bensì della vocazione necessaria (titolo legale) che, per effetto della sentenza stessa si produce in suo favore».

Carattere autonomo, analogamente, ha l'azione di simulazione assoluta o quella volta a provare la simulazione relativa¹⁰⁶.

L'azione di riduzione, esperibile solo nei confronti dei legatari, dei donatari e degli eredi - dunque 'personale' - è capace, come evidenziato, di dare luogo ad una riformulazione della volontà testamentaria nonché di incidere, quando abbia ad oggetto le donazioni effettuate dal testatore, sulla volontà negoziale con cui il *de cuius* ha disposto in vita del suo patrimonio.

Ove tale volontà negoziale *inter vivos* o *mortis causa* abbia avuto esecuzione (evenienza, questa, molto probabile in caso di donazione e abbastanza probabile in caso di legato) sarà necessario associare alla riduzione lo strumento recuperatorio offerto dalle azioni di restituzione.

Diversamente, la restituzione non risulterà necessaria nell'ipotesi in cui il legittimario sia già nel possesso dei beni oggetto della disposizione ridotta o quando la disposizione ridotta sia testamentaria a titolo universale atteso che con il solo esercizio della riduzione, il legittimario viene reso destinatario di una quota astratta pari a quella che gli spetta per legge¹⁰⁷.

La prima azione di restituzione è quella diretta contro il beneficiario della disposizione lesiva ridotta. Anche questa è, dunque, azione 'personale' essendo esperibile contro soggetti determinati e, precisamente, contro gli onorati delle disposizioni lesive e non contro i terzi acquirenti.

La seconda viene, invece, in gioco nell'ipotesi in cui il convenuto abbia alienato i beni *prima* della trascrizione dell'azione di riduzione¹⁰⁸.

¹⁰⁶ In tal senso cfr. quanto detto sopra nella nt. 100

¹⁰⁷ Non si rende necessario un recupero materiale di beni atteso che al pretermesso saranno assegnati cespiti ereditari solo all'indomani della divisione alla quale questi avrà preso parte in ragione della quota astratta di eredità a lui riconosciuta dalla legge e accertata dal giudice.

¹⁰⁸ Come rilevano SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 308; GIANNATTASIO, *Delle successioni, disposizioni generali – Successioni legittime*, Torino, 1959, p. 341-342, CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 5, I, Torino, 1997, p. 417 ss. nonché MENGONI, *Successione per causa di morte*, Parte speciale, *Successione necessaria*, cit., p. 305 e, in giurisprudenza, Cass. 22 marzo 2001 n. 4130, l'art. 563 c.c., sebbene letteralmente consideri solo l'ipotesi di alienazione dei beni donati, deve ritenersi applicabile anche quando siano alienati dagli onerati beni che abbiano costituito oggetto di disposizione testamentaria.

Infatti, ove il terzo abbia acquistato dal donatario, legatario o erede in pendenza del giudizio di riduzione (per gli immobili vale la priorità della trascrizione della domanda di riduzione rispetto a quella dell'acquisto, pur se precedente) si applicherà l'art. 111 c.p.c. con la conseguenza che, in caso di soccombenza, anche l'avente causa del beneficiario della disposizione lesiva sarà tenuto a restituire il bene.

Nell'ipotesi in cui, invece, tale alienazione sia avvenuta *prima* della trascrizione della domanda di riduzione, il legittimario dovrà iniziare un autonomo giudizio di restituzione nei confronti del terzo acquirente, chiunque egli sia, e ciò in considerazione del fatto che l'azione di riduzione non ha effetto immediato nei confronti di quest'ultimo.

L'esperibilità dell'azione nei confronti di chiunque sia nella disponibilità del bene induce a ritenere che questa ipotesi di restituzione abbia, diversamente dalla prima, natura reale¹⁰⁹.

Ma tale realtà non è necessariamente idonea a far conseguire al legittimario la disponibilità del bene giacché su tale azione insiste, *ex ante*, la doppia condizione del preventivo e vittorioso esperimento dell'azione di riduzione e della preventiva e infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario della disposizione lesiva¹¹⁰ (563, 1) e, *ex post*, quella del mancato esercizio da parte del terzo acquirente della facoltà riconosciutagli dall'art. 563, comma 3, di non restituire la cosa in natura pagandone l'equivalente in denaro¹¹¹.

Un simile meccanismo, posto in funzione di tutela del terzo acquirente, è conforme alla natura dell'azione di riduzione con la quale il legittimario non

¹⁰⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 308; GIANNATTASIO, *Delle successioni, disposizioni generali – Successioni legittime*, cit., p. 341-342; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 417 ss.; MENGONI, *Successione per causa di morte*, Parte speciale, *Successione necessaria*, cit., p. 305. In giurisprudenza: Cass., 22 marzo 2001, n. 4130.

¹¹⁰ «In altri termini, se il beneficiario della disposizione ridotta non è più in possesso della cosa, ha l'obbligo di pagarne l'equivalente al legittimario che abbia agito in riduzione, con la conseguenza che solo la sua insolvenza permette al legittimario di agire in restituzione contro il terzo acquirente costituendo una condizione dell'azione stessa». In tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 571

¹¹¹ La dottrina ritiene che non si tratti di un'obbligazione con facoltà alternativa, bensì di un diritto potestativo di riscatto del bene mediante il pagamento del suo valore in denaro, grazie al quale il terzo riacquista la proprietà del bene (o comunque il diritto di possessore poziore) che aveva perduto a causa della retroattività relazione dell'azione di riduzione. In tal senso MENGONI, *Successione per causa di morte*, Parte speciale, *Successione necessaria*, cit., p. 308 ss.

contesta il diritto di proprietà del beneficiario né la legittimità del titolo del suo diritto (che è, anzi, da considerare quale presupposto).

L'azione di riduzione, infatti, è diretta a recuperare non il bene (in ciò la differenza con la rivendica) ma un 'valore' essendo posta a tutela di una quota di riserva che si rappresenta come quota frazionaria del tutto.

Tale pretesa di valore, quindi, ben potrà essere soddisfatta senza materiale apprensione della *res* attraverso il patrimonio del beneficiario dal *de cuius*.

Ove, però, ciò non dovesse verificarsi e, quindi, ove il patrimonio del donatario o del legatario non dovesse risultare sufficientemente capiente da sopportare le sue pretese (di valore), il legittimario avrà la facoltà di avvalersi degli strumenti di tutela più marcatamente reali del secondo tipo di azione di restituzione e, in conseguenza, reintegrare materialmente il patrimonio del *de cuius* del bene indebitamente uscito dallo stesso rivolgendolo la propria pretesa nei confronti dei successivi acquirenti secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima (art. 563, 1 – 2).

Gli acquisti dei terzi sono dunque travolti perché a venire meno è il titolo del loro dante causa e, dunque, in applicazione del principio generale del *resolutio iure dantis, resolvitur et ius accipientis*¹¹².

2. Segue: la tutela del terzo acquirente.

Dalla panoramica normativa sopra esposta è possibile desumere come il Legislatore, nel contemperamento degli interessi del legittimario e di quelli del terzo acquirente, abbia consapevolmente inteso prediligere il primo limitando la tutela del secondo al solo tentativo di preventiva escussione cui si è fatto cenno.

Alla base della normativa, dunque, appare evidente come si ponga con assoluta preminenza l'interesse della famiglia: il Legislatore, infatti, avrebbe potuto, senza coinvolgere il terzo acquirente, limitare le pretese riconosciute al le-

¹¹² L'azione di riduzione è, infatti, munita di efficacia retroattiva non solo fra le parti ma anche verso i terzi come si evince dall'art. 561 c.c. il quale stabilisce, al 1° comma, che il vittorioso esercizio dell'azione di riduzione comporta la restituzione degli immobili e dei beni mobili registrati liberi da ogni peso od ipoteca di cui il beneficiario di disposizione testamentaria lesiva o il donatario può averli gravati (salvo i limiti di retroattività di cui si è detto sopra).

gittimario nel giudizio di riduzione alla sola tutela del credito nei confronti del beneficiario dal *de cuius*. La scelta assunta è stata, invece, quella di riconoscere al legittimario un potere sulla *res* e sulle vicende giuridiche ad essa connesse in quanto derivazione di una attività dispositiva che, a monte, lo stesso donante non era nelle condizioni patrimoniali di poter realizzare incidendo le stesse su una quota del patrimonio indisponibile.

La netta preferenza accordata al legittimario rispetto a chi sia stato beneficiario a titolo gratuito dal *de cuius*, d'altra parte, la si può constatare in misura ancora più pregnante nella disposizione di cui all'art. 562 c.c. (di cui si dirà appresso) che addirittura riconosce una tutela restitutoria, seppur attenuata da un punto di vista quantitativo, anche nei confronti del donatario beneficiario da una donazione pienamente coperta dalla disponibile.

Si tratta sicuramente di una scelta di politica del diritto, suscettibile di mutare nel tempo ma che, per il momento, pur suscitando le riserve di buona parte della dottrina, ha trovato un'ulteriore conferma nella più recente riforma intervenuta con la L. 80/2005.

Il sistema induce l'interprete ad un'opportuna considerazione della donazione quale strumento che, da un lato, non può, per le sue ricadute successorie, essere assimilato *sic et simpliciter* a qualunque altro mezzo di trasmissione della ricchezza e, dall'altro, come strumento che, diversamente dalle comuni fattispecie negoziali, permette al disponente di procedere, con effetti immediati, alla sistemazione del suo patrimonio per il tempo successivo alla morte¹¹³.

Le norme in materia successoria impongono, in altre parole, al disponente che abbia eredi legittimari, di tenere in debita considerazione le ricadute successorie di ogni sua donazione invitandolo a considerare ciascuna di esse alla

¹¹³ AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013, p. 491 ss. «Non a caso, la storia delle dottrine e ancor più quella delle codificazioni civili, rivela la ricorrente tendenza ad accostare donazione e testamento: così è per il *Code civil*, che affianca, all'interno di un titolo unitario, la disciplina generale della « *donation entre vifs* » e del « *testament* », come modi di disposizione dei diritti a titolo gratuito; così è, ancora, per il Codice civile del 1865, che mantiene, sia sul piano della collocazione topografica, sia sul piano definitorio (*ex art. 1050*, la donazione è « atto » e non contratto) la distanza tra donazione e categoria contrattuale. Distanza che il codificatore del 1942 colmerà nella descrizione della fattispecie, che l'art. 769 costruisce esplicitamente come « contratto », ma manterrà viceversa nella scelta della *sedes materiae*.»

stregua di una disposizione *mortis causa*: e così, se la donazione è posta in essere a beneficio di un legittimario in conto di legittima non si pongono problemi atteso che il peso del lascito sarà da imputare alla quota indisponibile a questi riservata, in caso contrario, invece, il donante dovrà imputare idealmente quanto dona alla (futura) quota disponibile e stare attento a non superare il limite di legge con altre donazioni¹¹⁴.

Si tratta senza dubbio di un meccanismo che non può offrire alcuna certezza neanche al donante ‘più attento’ se si tiene conto che un patrimonio, vivente il suo titolare, è sempre suscettibile di variazioni in aumento o in diminuzione con correlativa variazione della quota disponibile. Il tutto senza considerare l’incidenza di vicende non strettamente patrimoniali quali nascite, morti, matrimoni, divorzi etc. da cui dipenda il variare del numero di legittimari.

Appare evidente come la precisa scelta del Legislatore possa avere fortissime ripercussioni sulla circolazione dei beni donati essendo nella pratica dei rapporti molto difficile che l’acquirente si assuma il rischio di acquistare un bene che potrebbe essergli sottratto.

Quest’ultimo, infatti, per quanto possa essere assicurato dal donatario (o legatario) venditore, non sarà mai nelle condizioni di poter conoscere le vicende patrimoniali e familiari di chi ha donato al suo dante causa, né le condizioni patrimoniali di quest’ultimo al fine di verificare la sussistenza dei presupposti perché il tentativo della preventiva escussione vada a buon fine.

Il tutto senza considerare che, a restituzione intervenuta, egli si troverà a dover rivolgere la sua pretesa risarcitoria ad un soggetto, qual è il suo dante causa, il cui patrimonio si è già rivelato incapiente a contenere le pretese del legittimario che ha tentato inutilmente di escutere il suo patrimonio.

Sulla spinta della dottrina più interessata a favorire la circolazione dei beni donati, il Legislatore è intervenuto nel 2005 con la citata riforma con la quale, novellando l’art. 563 cod. civ., si è tentato di affievolire la granitica tutela dei legittimari.

¹¹⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 482.

La novella, tuttavia, non solo non è stata in grado di soddisfare le aspettative delle menzionate correnti dottrinali ma, a giudizio di chi scrive, non ha fatto che riconfermare la scelta di sistema volta a prediligere nettamente le istanze familiari rispetto a quelle circolatorie.

A norma dell'art. 563 c.c., come novellato si prescrive che i terzi possano fare salvi gli acquisti immobiliari quando siano trascorsi, al momento in cui l'azione di riduzione è iniziata, venti anni dalla trascrizione della donazione¹¹⁵ ne deriva, correlativamente, che l'azione di restituzione è subordinata ad un ulteriore presupposto che si aggiunge a quelli già esposti sopra¹¹⁶.

Ove, quindi, detta condizioni non risulti verificata, il legittimario potrà solo chiedere la condanna del donatario al pagamento dell'equivalente in denaro del bene donato con la conseguenza di vedere frustrate le proprie pretese nel caso in cui il patrimonio del donatario risulti insufficiente¹¹⁷.

Ai legittimari potenzialmente lesi dalla disposizione posta in essere dal testatore è, però, attribuito il potere di notificare al donatario o ai suoi aventi

¹¹⁵ Di fatti, come precisa DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 83 ss., ove, pur essendo decorso il ventennio dalla donazione, la trascrizione dell'azione di riduzione risulti anteriore alla trascrizione della donazione a prevalere sarà comunque il legittimario trovando applicazione, in questo caso, la disciplina di cui all'art. 2652, n. 8.

¹¹⁶ Occorre rilevare che l'art. 563, co. 1, c.c. richiede che prima della scadenza del termine di venti anni dalla trascrizione della donazione, a dover essere esercitata è l'azione di restituzione e non quella di riduzione. Come rilevato «L'interpretazione letterale della disposizione, sostenuta da parte della dottrina, non crea problemi di carattere pratico nel caso in cui, apertasi la successione e non essendo ancora decorso il termine di venti anni dalla donazione, il legittimario agisca contemporaneamente in riduzione contro il beneficiario della disposizione lesiva e in restituzione contro il suo avente causa. Tuttavia, nel caso in cui le due azioni non sia proposte non contestualmente, ma successivamente l'una all'altra (e cioè l'azione di restituzione dopo il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione e l'infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario), potrebbe accadere che, pur domandata l'azione di riduzione nei venti anni dalla trascrizione della donazione, poi, invece, il legittimario si trovi a dovere proporre l'azione di restituzione oltre il ventennio». Così CAPOZZI, *Successione e donazioni*, cit., p. 576; PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo legge n. 80/2005*, in *Vita notarile*, p. 762 ss., 2005; COSTOLA, *I diritti dei legittimari e la circolazione degli immobili donati nella l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1115. Si considera preferibile un'interpretazione non letterale, ma sistematicamente orientata dell'art. 563 c.c. che riconosca al legittimario che abbia esercitato l'azione di riduzione nel ventennio dalla trascrizione della donazione, l'esercizio dell'azione di restituzione anche se il ventennio sia nel frattempo decorso.

¹¹⁷ Nel caso, invece, di alienazioni traslativo-costitutive, come si è detto sopra, ossia di pesi o ipoteche sul bene oggetto della donazione ridotta ai sensi dell'art. 561, co. 1, c.c., il decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione fa sì che il legittimario che agisce in riduzione possa ottenere la restituzione del bene, rimasto nella disponibilità del donatario, ma non libero dai vincoli di cui eventualmente il donatario medesimo lo abbia gravato. In questo caso, tuttavia, vi è l'obbligo per il donatario di compensare in denaro i legittimari, in conseguenza del minor valore dei beni. Così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 574.

causa un atto stragiudiziale di opposizione al fine di sospendere il corso del ventennio¹¹⁸.

Il diritto dell'opponente è personale (cioè non surrogabile *ex art.* 2900), revocabile e preventivamente rinunziabile, anche con intervento nell'atto di donazione, fermo, è bene precisare, l'art. 557, 2 c.c. che impedisce la rinuncia all'azione di riduzione (anche mediante assenso alla donazione lesiva) prima dell'apertura della successione integrando la stessa un patto rinunciativo vietato ai sensi dell'art. 458 c.c. ma, ancora più a monte, registrandosi un difetto di legittimazione da parte dei futuri eredi che, prima dell'apertura della successione, sono, rispetto al patrimonio ereditario, titolari solo di un'aspettativa di fatto giuridicamente non tutelata.

L'eventuale revoca va annotata a margine della trascrizione dell'opposizione, mentre la rinuncia preventiva va trascritta, quale atto contrario ad atto trascrivibile (qual è l'opposizione).

L'opposizione, come opportunamente evidenziato in dottrina e sopra anticipato, opera sul piano processuale alla stregua di una condizione per l'esercizio dell'azione, analogamente a quanto prevede lo stesso art. 563, 1 c.c. per la preventiva escussione o l'art. 564, 1 c.c. per l'accettazione beneficiata.

Si tratta senza dubbio di un onere, non solo gravoso, perché legato alla mera conoscibilità della trascrizione della donazione e, dunque, alla conoscenza delle operazioni dispositive poste in essere dal (futuro) *de cuius*, ma anche impossibile da osservare per quei legittimari, quali coniuge o discendenti (salvi gli artt. 803 e 2652, n. 1), che sopravvivano dopo venti anni dalla donazione.

¹¹⁸ È sorta questione in dottrina se l'opposizione integri ipotesi di sospensione o, piuttosto, di interruzione. Viene preferita in dottrina la tesi della natura sospensiva con la conseguenza che, cessato l'effetto sospensivo ventennale determinato dalla opposizione, il termine ricomincia a decorrere dal punto in cui era stato sospeso con l'opposizione. In tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 586; VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 555 ss., 2005 che precisa come il Legislatore abbia introdotto un'eccezionale ipotesi di sospensione di un termine di decadenza; CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle L.L. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. not.*, 1269 ss., 2006; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, cit., p. 77; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa del beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa ma timida*, in *Studium juris*, 1129 ss., 2005. Ritengono, invece, che l'atto di opposizione abbia un effetto interruttivo, GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in *Giust. Civ.*, 6 ss., 2006 e LANDINI, *Modifiche in tema di riduzione delle donazioni introdotte dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro It.*, V, 2006, p. 149 ss.

In sintesi, il legislatore del 2005 ha mantenuto inalterata la tutela dei legittimari nella sua impostazione ante riforma per l'ipotesi di successione che si apra entro il ventennio dalla trascrizione della donazione e anche dopo il ventennio ove i legittimari che si ritengano potenzialmente lesi abbiano trascritto un atto di opposizione.

Laddove, invece, ed è qui la novità della novella, la successione del donante dovesse aprirsi dopo i venti anni dalla donazione e non dovesse, frattanto, essere intervenuto alcun atto di opposizione, il terzo acquirente dal donatario potrà ritenere salvo il proprio acquisto beneficiando della 'disattivazione' della connotazione reale dell'azione di restituzione che il Legislatore prevede possa essere esperita nei suoi confronti.

Ove, invece, il bene donato fosse ancora nella disponibilità del donatario questi sarà tenuto, anche dopo il decorso dei venti anni, a restituire il bene potendosi avvantaggiare solo dell'applicazione dell'art. 561 c.c.

La riforma, come si diceva, ha certamente deluso le aspettative di tutta quella parte della dottrina che si attendeva una soluzione più significativa ai problemi di circolazione dei beni di provenienza donativa soprattutto se si considera che la possibilità che i legittimari rinuncino all'opposizione non esclude la necessità che dalla trascrizione della donazione decorrano venti anni¹¹⁹.

Nonostante tutto, si è trattato di un passo in avanti atteso che lo stesso è stato compiuto nel contesto di un sistema in cui, nel rapporto tra legittimari e terzi acquirenti, a prevalere, si ripete, sono ancora nettamente i primi.

Si potrebbe, anzi, dire che rispetto a questi presupposti il Legislatore si sia spinto ai limiti delle sue possibilità se si tiene conto del fatto che prima

¹¹⁹ Secondo la dottrina preferibile, per le donazioni perfezionate anteriormente all'entrata in vigore della riforma, il c.d. ventennio, per la proposizione dell'opposizione, inizierebbe a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge; con la conseguenza ulteriore che solo dopo venti anni da questo momento, in difetto di opposizione, gli aventi causa del donatario non sarebbero più assoggettati ad azione di restituzione. Così GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa del beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa ma timida*, cit., p. 1137 e IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari tecnico-applicativi*, in *Riv. not.*, 2005, p. 943 ss.; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, p. 59, nt. 5

dell'apertura della successione i potenziali eredi, anche se legittimari, hanno sul compendio ereditario, come anticipato, un'aspettativa di mero fatto che non riceve tutela giuridica: riconoscere loro un interesse attuale con riferimento a vicende traslative inerenti ad un patrimonio rispetto al quale gli stessi sono da considerare estranei, ancorché legittimari, è senza dubbio una forte presa di posizione (nonostante le limitate ricadute pratiche).

Oltre allo strumento dell'art. 563 c.c., per gli acquirenti a titolo oneroso di beni immobili vale il disposto dell'art. 2652 n. 8 c.c. in forza del quale se la trascrizione della domanda di riduzione è eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione, periodo di decadenza corrispondente a quello di prescrizione dell'azione, la sentenza che l'accoglie non pregiudicherà i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda, a prescindere dalla buona fede.

Questa regola vale anche per i pesi costituiti con contratto trascrivibile (ad es. servitù, usufrutto - art. 2643 n. 8) e per le ipoteche di cui all'art. 561 (che non a caso fa espresso richiamo alla norma in commento) atteso che l'art. 2652 n. 8, oltre alle trascrizioni, fa salve, alle stesse condizioni, le iscrizioni.

Per i beni mobili vale invece, oltre al predetto decorso del termine ventennale, che non può, tra l'altro, essere interrotto con l'opposizione, il principio possesso in buona fede vale titolo (art. 563, 1 seconda parte).

Il terzo acquirente che non possa far salvo il proprio acquisto può, però, come si è anticipato sopra, liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose acquistate, pagando l'equivalente in denaro (art. 563, 3).

Si tratta, secondo taluni, di un potere di riscatto o, più propriamente, di un potere che si inquadra nell'ambito delle obbligazioni con facoltà alternativa mentre è escluso che possa parlarsi di scelta tra obbligazioni alternative.

Tale potere va però negato in caso di acquisto in mala fede del bene mobile dopo l'apertura della successione e, in caso di beni immobili e di mobili re-

gistrati, nell'ipotesi in cui la trascrizione dell'acquisto sia successiva alla trascrizione dell'azione di riduzione (ovvero quando opera l'art. 111 c.p.c.) atteso che il terzo acquirente aveva tutti gli strumenti per avvedersi dell'intervenuta trascrizione della domanda giudiziale e, correlativamente, della lite pendente.

Se il bene è perito per causa imputabile al donatario e ai suoi aventi causa o se la restituzione non può essere richiesta contro l'acquirente (perché, ad esempio, essendo mobile, è stato acquistato dal terzo in buona fede o, essendo immobile, sia decorso il termine ventennale di cui all'art. 563), il legittimario ha una ragione di credito per l'equivalente nei confronti del donatario.

Se però questi è in tutto o in parte insolvente, soccorre la disposizione di cui all'art. 562 c.c. che, in modo in verità un po' criptico, statuisce come il valore dei beni non recuperati debba essere detratto dalla massa ereditaria, restando impregiudicate le ragioni di credito del legittimario e dei 'donatari antecedenti' contro il donatario insolvente (art. 562).

Al fine di comprendere il funzionamento della norma può essere di aiuto un esempio. Si immagini che il *de cuius* abbia fatto in vita tre donazioni rispettivamente di 40, 20, 20 ed abbia lasciato per testamento 40 all'unico figlio.

La quota di riserva del figlio, a norma dell'art. 537 c.c., è pari alla metà del valore della riunione fittizia, ovvero 60. A tale risultato si perviene, ai sensi dell'art. 556 c.c., detraendo dal *relictum* di 40 i debiti (che si ipotizzano pari a zero) e aggiungendo le donazioni nel loro valore complessivo di 80 (40-0+80: 2). È possibile, dunque, rilevare una lesione per 20 che, in mancanza di disposizioni testamentarie lesive, è stata evidentemente cagionata dall'ultima donazione del corrispondente valore effettuata in vita dal *de cuius*.

Se il legittimario, agendo contro detta donazione, è posto nelle condizioni di poter integrare la propria quota di riserva, la vicenda, naturalmente, si chiuderà.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'ultimo donatario dovesse risultare insolvente, soccorre l'art. 562 con il quale il Legislatore sceglie di seguire una strada mediana rispetto alle due soluzioni astrattamente possibili di scaricare il peso dell'insolvenza interamente sul legittimario (lasciandolo quindi titolare di un

credito attualmente inadempito) o, piuttosto, sul donatario antecedente (rendendolo destinatario di una pretesa che in caso di adempimento del primo donatario non gli sarebbe stata certamente rivolta).

In base alla soluzione di cui all'art. 562, si procede, invece, a detrarre il valore del bene non recuperato dall'asse.

Tornando all'esempio, il risultato è che il valore su cui calcolare la quota del legittimario sarà di 100 e non già di 120 (40-0+80-20) con la conseguenza che la quota di riserva sarà di 50 e non di 60 e che il legittimario potrà rivolgersi per 10 (e non già per 20) al donatario precedente, il quale salverà una parte della propria donazione.

Poiché in tal modo la perdita è divisa tra legittimario e donatario precedente, entrambi mantengono impregiudicate le proprie ragioni di credito nei confronti del donatario insolvente.

L'art. 562 è norma eccezionale, perché coinvolge, nell'azione di riduzione ed eventualmente in quella di restituzione, pregresse donazioni, di per sé non lesive e che tali non possono divenire sol perché il legittimario non reintegra la propria quota con riguardo alla donazione successiva.

Pertanto l'insolvenza del donatario cui ricollegare la tutela della norma in commento non può essere estesa analogicamente al caso di impossibilità di conseguire il compenso di cui all'art. 561, quando il legittimario recupera sì il bene, ma gravato da pesi o ipoteche per decorso ventennio (tanto più in considerazione del fatto che egli avrebbe potuto evitare il danno opponendosi).

3. Il rimedio dell'art. 549 c.c.

L'art. 549 c.c. si pone a presidio del diritto alla riserva dei legittimari riconoscendo loro uno strumento di tutela ancora più pregnante di quello offerto dall'azione di riduzione e da quelle di restituzione di cui agli artt. 554 e 555 c.c.

La norma, infatti, tutela l'intangibilità della legittima, facendo divieto al testatore di porre a carico della quota di riserva di spettanza del legittimario pesi

o condizioni che finirebbero con il comprimere il beneficio patrimoniale che a quest'ultimo la legge assicura con il conseguimento del lascito¹²⁰.

La tutela offerta dalla norma, diversamente da quella ottenibile con l'azione di riduzione, opera indipendentemente dall'intervento dell'autorità giudiziaria potendo, il legittimario, limitarsi a non considerare apposto al lascito di sua spettanza il peso che, nelle forme dell'elemento accidentale, del legato etc., il testatore abbia previsto a suo carico¹²¹.

Questa norma consente di affermare che quello a tutela delle ragioni del legittimario è un sistema a doppio binario: da un lato, infatti, l'ordinamento reagisce nei confronti di lesioni quantitative dei diritti di riserva con l'azione di riduzione (e restituzione), dall'altro, è prevista una reazione, anche più forte, per l'ipotesi in cui la legittima sia gravata da pesi o condizioni comunque capaci di incidere sulla quota di riserva limitandone il pieno godimento o la libera disponibilità da parte del legittimario e dando, così, luogo a una lesione di tipo non quantitativo ma, in senso lato, qualitativo¹²².

Come evidenziato, infatti, il nostro ordinamento positivo afferma il principio dell'intangibilità quantitativa e non qualitativa della legittima, nel senso che il testatore è libero, nella formazione della quota del legittimario, di stabilire quali beni assegnare come quota del patrimonio. Ciò, tuttavia, non si pone in contrasto con la volontà dell'ordinamento di garantire al legittimario il conseguimento di una quota che, oltre a corrispondere nel *quantum* alle previsioni della legge in tema di successione necessaria, sia tale da garantirgli il pieno godimento e la libera disponibilità dei diritti che la compongono¹²³.

¹²⁰ BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 146.

¹²¹ Si ritiene preferibile la tesi della nullità sostenuta, tra gli altri, da FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-56, cit., p. 103; SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria*, Padova, 1936, p. 71; COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, a cura di COVIELLO, II, Napoli, 1915, 71; CICU, *Le successioni*, cit., p. 227; PINO, *La tutela del legittimario*, cit., p. 119.

Tra i sostenitori della tesi dell'inefficacia relativa, MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessari*, cit., p. 95 ss. Tra i sostenitori dell'annullabilità, CARIOTA-FERRARA, *Un caso di legato a carico dei legittimari lesi* in *Riv. Dir. civ.*, I, 1959, 511.

¹²² FERRI, *Dei legittimari*, art. 536-564, cit., 103

¹²³ Con riferimento all'applicabilità della norma in commento al legatario in sostituzione di legittima, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 507 ritiene preferibile la tesi negativa atteso che il legato ex art. 551 c.c. è attribuzione alternativa alla quota di riserva. Dello stesso avviso sono TAMBURRINO, *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1364; CANTELMO, *I legittimari*, Padova, 1991, 85; IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, 24; ZAMPA-

Quella di cui all'art. 549 c.c., quindi, è norma di chiusura volta ad evitare tutta quella serie di ipotesi in cui il testatore, pur se nel rispetto formale del *quantum*, vanifichi il lascito attraverso una serie di disposizioni autonome come, ad esempio, i legati, un onere o una condizione.

La dottrina tradizionale, per spiegare la fattispecie, propone l'esempio dell'attribuzione a favore del legittimario di un lascito esattamente corrispondente alla quota a lui riservata dalla legge ma rivolto a favore della comunione legale: una disposizione del genere, certamente compatibile con le norme in materia di successione necessaria (dato che al legittimario non perviene meno di quanto questi dovrebbe avere), integra comunque un'lesione del diritto di riserva in quanto il libero godimento e la libera disponibilità di quanto assegnato sarà limitato in ragione dell'applicabilità al lascito delle norme in materia di comunione legale (che escludono una legittimazione individuale pro quota).

Normalmente quando il testatore affida alla scheda testamentaria le proprie disposizioni è al momento dell'apertura della successione (e a fronte del calcolo della riunione fittizia e dell'imputazione *ex se*) e non prima che si potrà verificare la sussistenza e l'entità della lesione dei diritti del legittimario.

Conseguenza di ciò è che una disposizione impeccabile al momento della redazione del testamento potrebbe non esserlo più al momento dell'apertura della successione e, viceversa, che una disposizione apparentemente lesiva dei diritti di riserva perché esuberante il valore che la disponibile ha al momento della redazione della scheda testamentaria potrebbe, invece, non risultare idonea a integrare una lesione degli interessi del legittimario allorquando, all'indomani dell'apertura della successione, il patrimonio ereditario risulti cresciuto al punto da far rientrare quelle disposizioni entro i confini della disponibile.

GLIONE, *I misteriosi confini del divieto di pesi e condizioni sulla legittima: il rapporto con il legato in sostituzione*, in *Dir. e giur.*, 2007, 280 ss. *Contra*: FERRI, *Successioni in generale*, Art. 512-535 cit., 123; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 150. Con le medesime argomentazioni ZAMPAGLIONE, *I misteriosi confini del divieto di pesi e condizioni sulla legittima: il rapporto con il legato in sostituzione*, cit., 283 osserva che ricostruire l'attribuzione ex 551, 2° comma, come istituzione di erede – segnatamente nella quota di legittima – e non come legato, porta a ritenere che sia ad essa applicabile (a differenza di quanto accade per il legato ex art. 551 c.c.) l'art. 549.

Quanto detto non vale per l'art. 549 c.c. che colpisce la volontà specifica del testatore di incidere sulla quota di legittima e di alterarla sotto quel profilo *latu sensu* qualitativo facendo gravare sulla stessa «pesi» e «condizioni».

Si parla di lesione *qualificata, aggravata* ma soprattutto *attuale* atteso che l'invalidità della volontà testamentaria è riscontrabile già al momento in cui la disposizione viene 'confezionata' in modo da sottrarre al legittimario la possibilità di avere un pieno godimento della legittima.

Non si dovrà, quindi, diversamente dalle ipotesi di lesione quantitativa, attendere l'apertura della successione per constatare la lesione dei diritti di riserva in quanto, diversamente da quelle riducibili, le disposizioni contrarie all'art. 549 cod. civ. sono patologiche già nella causa atteso che l'ordinamento non consente al testatore di incidere su quegli elementi di pieno godimento e libera disponibilità che devono contraddistinguere la quota di riserva.

D'altra parte rispetto a disposizioni in cui non ricorre una lesione di tipo strettamente quantitativo, si registrerebbe un difetto dei presupposti dell'azione di riduzione per il cui esercizio è richiesto che il legittimario 'quantizzi' la lesione imputando quanto ricevuto dal *de cuius* a titolo di successione e di donazione in conto di legittima.

In altre parole, la reazione prevista dal legislatore per una lesione quantitativa non sarebbe 'coerente' con la lesione ex art. 549 atteso che per quest'ultima si deve prescindere da quegli accertamenti sulla consistenza dell'asse e da questioni di imputazione *ex se* potendosi, già al momento della redazione della scheda testamentaria, rilevare il difetto dell'attribuzione a favore del legittimario.

Per quel che attiene al profilo sanzionatorio, l'orientamento oggi prevalente e preferibile è quello per il quale, essendoci un divieto consegnato dal legislatore ad una norma di carattere imperativo, la sanzione debba essere quella

della *nullità* con la conseguenza che l'azione volta a farla valere sarà imprescrittibile e la legittimazione estesa a chiunque abbia interesse¹²⁴.

Con riferimento, invece, alle fattispecie riconducibili alla norma occorre fare riferimento ai pesi e alle condizioni, richiamate testualmente, ma anche ai legati che la dottrina ritiene possano pacificamente essere ricondotti nella fattispecie.

Per *pesi* si intende tutto ciò che incide quantitativamente, oltre che qualitativamente, sulla quota dei legittimari come, ad esempio, un'obbligazione modale: non tollererebbe *modus*, ad esempio, la disposizione istitutiva di un figlio nella quota di legittima o una disposizione con cui il testatore voglia alterare il principio di proporzionalità tra i coeredi spostando i debiti dall'uno all'altro e facendoli gravare sul legittimario¹²⁵.

La *condizione*, poi, è strumento particolarmente suscettibile di essere travolto della norma in commento, atteso che con la stessa il testatore non dà semplicemente luogo ad una limitazione quantitativa o qualitativa del lascito (come accadrebbe in caso di onere o legato) ma rende, piuttosto, incerta l'intera attribuzione a beneficio del legittimario.

Dal punto di vista ricostruttivo, la dottrina ha sovente ricondotto il divieto di condizioni sulla legittima alle norme relative alle condizioni impossibili o

¹²⁴ Parte della dottrina, in passato, ha parlato dell'*annullabilità* della disposizione lesiva dell'art. 549 con la conseguenza che spetterebbe al legittimario agire per far valere l'invalidità. La tesi è stata giustamente contestata perché, quando si parla di diritti del legittimario, si fa riferimento a istanze superindividuali: si tutela il legittimario perché si tutela un sistema di valori che non permette di ricondurre all'interesse individuale del legittimario la validità o l'invalidità di una disposizione. Altra dottrina ha parlato di *inefficacia relativa* della disposizione a carico della legittima che non avrebbe effetto al momento dell'apertura della successione e che potrebbe essere fatta valere solo dal legittimario a favore del quale la disposizione è posta.

¹²⁵ In dottrina ci si è domandati se costituisca peso la clausola di sostituzione del legittimario. La risposta non può che essere negativa: la sostituzione, sebbene ricalchi il meccanismo della condizione risolutiva (nella misura in cui la delazione successiva è subordinata alla circostanza che la prima non vada a buon fine) è uno strumento che il testatore utilizza per gestire le sopravvenienze e, nello specifico, la circostanza che il legittimario non possa o non voglia accettare e prescinde completamente dal trattamento qualitativo. A una diversa soluzione si perviene, invece, nell'ipotesi in cui la rinuncia del legittimario dia luogo alla rappresentazione a favore del discendente (es. istituzione del figlio e rappresentazione del nipote): in questo caso la sostituzione sarà riducibile nella misura in cui il rappresentante vanta i medesimi diritti di riserva dell'ascendente rappresentato. Non costituisce un peso nemmeno la nomina dell'esecutore testamentario che è figura prevista proprio per l'esecuzione delle disposizioni affidate alla scheda testamentaria.

illecite (art. 634 c.c.) e ha fatto applicazione della c.d. regola sabiniana in forza della quale la condizione illecita, quindi nulla, non comporta la nullità dell'intera disposizione a meno che questa condizione non abbia costituito unico motivo determinante e risulti dal testamento.

Ma se è indiscutibile l'applicabilità della regola sabiniana, è però necessario porre in evidenza la diversità tra le due norme: benché, infatti, la reazione dell'ordinamento sia la stessa (la nullità), l'art. 549 non colpisce il profilo illecito della condizione ma il semplice fatto dell'apposizione di una condizione sulla quota di legittima¹²⁶.

Dunque, da un punto di vista ricostruttivo (e a prescindere dalle ricadute in termini di validità della disposizione che, come detto, non variano) è necessario sapere 'incanalare' nell'una o nell'altra disposizione la fattispecie a seconda del vizio concretamente riscontrabile atteso che è suscettibile di essere travolta dall'art. 549 c.c. anche una condizione lecita¹²⁷.

Quanto al legato, secondo l'orientamento prevalente e preferibile si devono distinguere tre ipotesi: a) il legato a carico dell'eredità *tout court*; b) il legato imposto al legittimario beneficiario non solo della quota legittima ma anche della disponibile; c) il legato sulla legittima.

Mentre nella prima e nella seconda ipotesi il vizio della disposizione del testatore non è quello della invalidità ma quello della riducibilità, nella terza ipotesi, invece, non occorre attendere l'apertura della successione al fine di verificare se il danno patrimoniale prodotto sulla quota di legittima sia giuridicamente rilevante¹²⁸ atteso che la contrarietà della volontà del testatore alla legge è

¹²⁶ SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit. 295; CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1328 ss.; MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 95 ss.

¹²⁷ Come rileva CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 480: «Se la condizione o l'onere sono di per sé stessi leciti, allora, applicando l'art. 549, 2° comma, essi sono nulli solo parzialmente, ossia nella misura in cui eccedono la porzione di quota disponibile attribuita al legittimario. Se, al contrario, la modalità è di per sé illecita, rispetto al suo contenuto, essa allora viene meno interamente ai sensi dell'art. 634 o, rispettivamente, dell'art. 647, 3° comma.»

¹²⁸ Sul punto CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 480: «In questo caso, infatti, non essendo il legittimario istituito neppure in una parte della disponibile, è certo che il legato grava per intero sulla quota riservata. Esso, quindi, non è semplicemente riducibile (come nel caso in cui, gravando almeno in parte sulla disponibile, ne ecceda il valore), ma si configura come un vero e proprio peso sulla legittima (o modalità decrementativa della quota di eredità attribuita), come tale soggetto alla sanzione prevista dall'art. 549 c.c.».

già riscontrabile nel modo in cui l'attribuzione *mortis causa* è stata congegnata essendo la stessa *causalmente* idonea a pregiudicare i diritti del legittimario ad ottenere una quota in libero godimento e piena disponibilità¹²⁹.

4. La provenienza donativa.

Dalle considerazioni sopra riportate è possibile concludere che, ove la successione del donante si apra dopo venti anni dalla trascrizione della donazione ma i legittimari abbiano esercitato il diritto di opposizione (e anche a prescindere dall'opposizione, nel caso di morte del donante prima dei venti anni dalla trascrizione della donazione), l'acquirente di immobile o mobile registrato, analogamente a quanto accadeva prima della riforma, non potrà dirsi al sicuro se non dopo la prescrizione dell'azione di riduzione (dunque dopo dieci anni dall'apertura della successione) o, in alternativa, anche prima dei dieci anni, ove ricorra la rinuncia all'azione da parte di tutti i legittimari.

La principale ragione della scarsa affidabilità dell'acquisto di un bene di provenienza donativa è, quindi, da rinvenire nella circostanza che al legittimario del donante che risulti leso nei suoi diritti di riserva e che abbia preventivamente e inutilmente rivolto la propria pretesa nei confronti di disposizioni testamentarie lesive a titolo di legato o di eredità (art. 554 c.c.), è data la possibilità di agire

¹²⁹ L'argomento per il quale anche a questa terza ipotesi dovrebbe applicarsi il rimedio della riduzione in ragione della disparità di trattamento che altrimenti si riserverebbe al legittimario istituito nella sola legittima rispetto al legittimario istituito nella legittima e anche nella disponibile è contestabile perché solo nel secondo caso si pone il problema di capire se ed in quali termini il legato posto a carico dal testatore possa aver pregiudicato il diritto al *quantum* del legittimario (rendendosi di conseguenza necessario lo spostamento della verifica dei presupposti dell'azione al momento dell'apertura della successione). Esempio: il testatore istituisce nella quota di legittima l'unico figlio legittimario e per la restante parte del patrimonio l'amico Mevio; in più lega a Filano 100 a carico dell'eredità. Il legato non è nullo ex art. 549 ma solo riducibile perché non è posto sulla sola legittima: si tratta di una disposizione potenzialmente lesiva nel *quantum* della legittima e come tutte le disposizioni di questo tipo la valutazione dovrà essere effettuata all'apertura della successione. La stessa cosa quando la disposizione sia posta a carico dei legittimari istituiti nella legittima e disponibile: non è possibile essere certi della lesione della legittima perché può darsi che la disposizione sia così ampia da consentire agevolmente al legittimario di adempiere il legato e, allo stesso tempo, di non vedere lesi i suoi diritti. L'irrelevanza di questa disposizione in termini di lesione dei diritti del legittimario la si potrà conoscere solo all'apertura della successione in base alla composizione dell'asse ereditario e solo imputando al legittimario quanto ricevuto; lo si potrà sapere, in altre parole, solo applicando gli strumenti che il Legislatore impiega per le lesioni quantitative

in riduzione contro i donatari (art. 555 c.c.) a prescindere dalla circostanza che questi ultimi siano ancora nella disponibilità materiale del bene donato.

Nell'ipotesi in cui nel patrimonio del convenuto donatario non dovessero essere presenti né il bene donato e né valori idonei a soddisfare la sua pretesa di riservatario, infatti, al legittimario è riconosciuta la possibilità di 'inseguire' il bene donato attraverso lo strumento dell'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente.

Nonostante quest'ultimo, ai sensi dell'art. 563, co. 3, c.c., sia posto nelle condizioni di poter evitare la materiale restituzione della *res* corrispondendo al legittimario agente l'equivalente in denaro¹³⁰ e nonostante gli sia riconosciuta la possibilità di agire nei confronti di chi gli ha venduto il bene, ovvero il donatario, per la restituzione di quanto pagato¹³¹ è evidente che l'acquirente di bene donato

¹³⁰ Tale possibilità deve, però, essere esclusa in caso di acquisto in mala fede del bene mobile dopo l'apertura della successione e, in caso di beni immobili e di mobili registrati, nell'ipotesi in cui la trascrizione dell'acquisto sia successiva alla trascrizione dell'azione di riduzione, quando, cioè, opera l'art. 111 c.p.c., atteso che il terzo acquirente aveva tutti gli strumenti per avvedersi dell'intervenuta trascrizione della domanda giudiziale e, correlativamente, della lite pendente.

¹³¹ Il donatario-alienante sarà tenuto a risarcire detta perdita a titolo di garanzia per evizione o perché si ritiene tale garanzia dovuta anche nel caso in esame o perché si ha avuto l'accortezza di estendere tale garanzia mediante apposita clausola inserita nel contratto di alienazione. Per una trattazione esaustiva di tali meccanismo vedasi IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa del donatario tra presente e futuro*, in *Riv. Not.*, 1998, fasc. 6, p. 1129 ss.; MAGLIULO, *Il problema delle 'provenienze donative' tra vecchie questioni e nuove norme*, in *Novità e problemi in materia di circolazione, Quaderni del Notariato – Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai*, 2009, p. 92 ss. Diversa considerazione per il caso in cui l'atto di disposizione oggetto di riduzione non costituisca l'immediato titolo di provenienza del venditore. La dottrina ritiene che, escusso infruttuosamente il donatario, il legittimario si rivolgerà all'attuale proprietario, senza poter vantare alcuna pretesa nei confronti di coloro cui il bene sia pervenuto nei passaggi intermedi. Ciò posto, la sussidiarietà della responsabilità del terzo avente causa (desumibile indirettamente dalla condizione della preventiva escussione posta alla base dell'azione di restituzione contro i terzi aventi causa) sta anche a significare che l'obbligato principale è il beneficiario della disposizione lesiva (successivo venditore) e che, pertanto, sia sempre costui a dovere sopportare economicamente le conseguenze della riduzione del suo titolo di acquisto. In conseguenza l'avente causa evitto sarà abilitato a rivolgere la sua pretesa nei confronti dell'originario donatario nonostante questi non sia stato suo diretto avente causa. Ciò posto, tuttavia, non si può non rilevare come in virtù di una clausola d'uso che si ritiene di riscontrare costantemente nella compravendita immobiliare (e che si suole ricondurre alla prassi notarile), parte della dottrina sostiene che il venditore trasmetta normalmente al compratore anche il diritto di agire in garanzia nei confronti del proprio dante causa, cosicché, l'ultimo acquirente, nella misura in cui la legge gli consenta di far valere la subita evizione nei confronti del suo venditore, potrà, in via di principio, rivolgersi direttamente anche a tutti i danti causa precedenti. Il problema, unitamente ai dubbi dottrinali in ordine all'idoneità dell'azione di evizione a ricomprendere anche fatti successivi alla vendita allorché la causa dell'evizione sia anteriore (come nell'ipotesi della riduzione) è oggetto di vivo dibattito in dottrina. Cfr. CACCAVALE, *La rivalsa dell'acquirente che abbia subito l'azione di restituzione del legittimario leso*, in *Giust. civ.*, 2001, II, p. 457.

è esposto ad un rischio particolarmente elevato soprattutto se si tiene conto del fatto che le vicende familiari (e di conseguenza successorie) del donante, anche ove conosciute, sono suscettibili di modificarsi con grande facilità potendo il numero di legittimari (e di conseguenza l'entità della disponibile posta a 'copertura' della donazione) variare in conseguenza di nascite, morti, matrimoni, divorzi etc.

A questo può aggiungersi che, per accedere allo strumento dell'azione di restituzione contro il terzo acquirente, il donatario-venditore deve essere risultato titolare di un patrimonio non sufficientemente capiente da sopportare le pretese del legittimario nel preventivo tentativo di escussione prescritto dall'art. 563, 1. Ma se il patrimonio del donatario-alienante è risultato tale da verificare la condizione cui è subordinata l'azione di restituzione contro il terzo acquirente, verosimilmente, lo stesso risulterà incapiente anche rispetto alla pretesa dell'acquirente evitto.

Da quanto detto è possibile desumere come alla base della normativa si ponga con assoluta preminenza l'interesse della famiglia: il legislatore, infatti, avrebbe potuto, senza coinvolgere il terzo acquirente, limitare le pretese riconosciute al legittimario alla sola tutela del credito nei confronti del beneficiario *de cuius*. La scelta assunta è stata, invece, quella di riconoscere al legittimario un potere sulla *res* e sulle vicende giuridiche ad essa connesse in quanto derivazione di una attività dispositiva che, a monte, lo stesso donante non era nelle condizioni patrimoniali di poter realizzare incidendo le stesse su una quota del patrimonio indisponibile.

L'inadeguatezza della novella del 2005 a dare una risposta soddisfacente al problema rende ancora attuali le numerose tesi con cui la dottrina e la prassi notarile cercano di rispondere all'annoso problema della provenienza donativa.

Si tratta senza dubbio di un terreno molto scivoloso perché se un limite tutt'ora esiste è perché ancora attuale è l'interesse del Legislatore a dare preminente rilievo alla tutela dei legittimari rispetto alle istanze economiche poste alla base della circolazione di beni.

Il rischio di forzare eccessivamente i confini entro i quali all'interprete è dato muoversi è, in altre parole, altissimo.

4.1 La fideiussio indemnitas.

Tra i rimedi per tutelare il terzo acquirente (o la banca che prenda il bene di provenienza donativa in garanzia) particolarmente diffuso nella prassi notarile è lo strumento della fideiussione indennitaria a mezzo della quale (i) il *donante* o, in alternativa, (ii) i *legittimari* o (iii) una *banca* garantiscano l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria che sorgerebbe a carico del donatario-venditore per l'ipotesi in cui il terzo acquirente dovesse essere privato del bene a fronte del vittorioso esperimento dell'azione di restituzione¹³².

Tuttavia, con riferimento all'ipotesi in cui la garanzia fideiussoria sia offerta dal donante o dagli stessi legittimari si darebbe luogo ad un meccanismo in base al quale l'esperimento vittorioso da parte di questi ultimi dell'azione di riduzione, determinando l'acquisto della qualità di eredi e, in conseguenza, l'assunzione di una responsabilità per il passivo ereditario, farebbe ricadere sugli stessi un debito la cui attualità dipenderebbe, in ultima analisi, dalla loro scelta di esperire o meno l'azione di riduzione.

La coincidenza tra quanto i legittimari potrebbero ottenere dal terzo e quanto sarebbero tenuti a corrispondergli in dipendenza della fideiussione determinerebbe, nei fatti, il venire meno dell'interesse ad agire ai sensi dell'art.

¹³² Il rimedio proposto consiste allora nell'intervento di un soggetto che si costituisce fideiussore nei confronti dell'acquirente a garanzia dell'obbligazione risarcitoria nascente dal fatto dell'evizione (e a carico del donatario-alienante). Si tratta, quindi, di quel particolare tipo di fideiussione denominata «*fideiussio indemnitas*» volta a garantire non l'obbligazione principale del donatario alienante ma l'obbligo di risarcire la perdita subita dal terzo avente-causa. Sul punto vedasi MAGLIULO, *Il problema delle 'provenienze donative' tra vecchie questioni e nuove norme*, in *Novità e problemi in materia di circolazione*, cit., p. 99 ss., per il quale la fideiussione in esame non necessita dell'indicazione dell'importo massimo garantito ex art. 1399 c.c. La fideiussione non sarebbe infatti prestata a garanzia di un'obbligazione futura ma di una obbligazione condizionale che trae origine da un contratto già esistente al momento del rilascio della fideiussione e munito di tutti i requisiti di determinatezza richiesti dalla legge.

100 c.p.c. integrando, per tale via, elusione del divieto di rinuncia all'azione di riduzione prima della morte del donante ex art. 557, co. 2 c.c.¹³³.

Ciò senza considerare che, nell'ipotesi di fideiussione prestata dai legittimari vi sarebbe sempre il rischio della sopravvenienza, successivamente alla prestazione della fideiussione, di altri legittimari che, pertanto, non sarebbero vincolati ad essa¹³⁴.

I dubbi espressi dalla giurisprudenza più recente¹³⁵ attengono, però, alla presunta incompatibilità con la disposizione di cui all'art. 549 c.c.¹³⁶.

La violazione dell'art. 549 c.c., rilevata dal Tribunale di Mantova con riferimento ad una vicenda successoria non dissimile da quella in commento¹³⁷,

¹³³ Il punto, in verità, non è così pacifico posto che, come correttamente rilevato da MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, fasc. I, p. 93, i legittimari conserverebbero diritti di minore incidenza che potrebbero rendere ancora utile l'esercizio dell'azione di riduzione: il diritto di regresso contro il debitore originario, inutile nell'immediato posta l'acclarata incapienza del patrimonio del donatario (condizione di esercizio dell'azione di restituzione contro i terzi acquirenti), potrebbe riacquisire utilità in caso di un suo ritorno *in bonis*. Nel caso, invece, di un'ipotetica rinuncia *tout court* all'azione di riduzione non residuerebbe, invece, alcun diritto dei legittimari nei confronti del donatario.

¹³⁴ Diversamente per la fideiussione prestata dal donante i cui obblighi, se non fosse per i rilievi giurisprudenziali di segno negativo (di cui appresso), si estenderebbero indistintamente a tutti i legittimari.

¹³⁵ Trib. Mantova Sez. II, 24 febbraio 2011 in *Notariato*, 2012, 1, 21 con nota di LAZZARO, *Una pronuncia innovativa sulla fideiussione del donante*.

¹³⁶ Tradizionalmente la dottrina si è soffermata sui dubbi di compatibilità con l'art. 458 c.c. ancorché con riguardo all'ipotesi in cui la garanzia sia prestata dal donante. In tal senso vedasi IEVA, *cit.*, in *Riv. Not.*, 1998, 6, pp. 1129 ss. il quale ritiene che «altro profilo problematico attiene alla possibile contrarietà di una simile convenzione al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. per il tramite dell'art. 1344 c.c.». Posto, infatti, che la garanzia diverrebbe attuale (sia quanto all'oggetto che quanto ai soggetti del rapporto fideiussorio) solo dopo l'apertura della successione (atteso che è solo da tale momento che l'evento per il quale la stessa è prestata potrebbe verificarsi), l'evento morte finirebbe con l'integrare un elemento causale della fattispecie e non semplicemente accidentale. In tale ultimo senso, invece, MAGLIULO, *cit.*, in *Novità e problemi in materia di circolazione*, *Quaderni del Notariato – Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai*, 2009, p. 92 ss. secondo il quale l'obbligazione fideiussoria sorgerebbe immediatamente tra il donante-fideiussore e l'avente causa del donatario e solo il suo adempimento sarebbe differito, al verificarsi di determinate circostanze, al momento della morte del donante. I successivi acquirenti del bene donato potranno, poi, avvantaggiarsi della fideiussione non perché l'obbligazione sorga direttamente a loro favore al momento dell'apertura della successione del donante, ma in quanto l'avente causa del donatario cederà il credito ad essere garantito al successivo acquirente e così via a catena. In sostanza, al momento del perfezionamento della fideiussione, l'obbligazione sorgerebbe immediatamente a carico del donante e a favore del terzo avente causa dal donatario, salvo il successivo subentro di altri soggetti in tale rapporto obbligatorio quali eredi del debitore o aventi causa dal creditore.

¹³⁷ Il fatto: Tizia, vedova di Caio, agiva in giudizio asseverando la nullità della fideiussione rilasciata dal defunto marito in base alla quale quest'ultimo si assumeva la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni derivanti da operazioni bancarie di varia natura (cd. fideiussione omnibus) poste in essere dal figlio Sempronio. Tra le clausole della fideiussione veniva prevista la solidarietà ed indivisibilità dell'obbligazione nei confronti dei successori ed aventi causa del fideiussore. Pochi giorni dopo la concessione della garanzia, il figlio contraeva un mutuo che lo stesso

sarebbe da ravvisare nella circostanza che per mezzo del congegno successorio, così come risultante dall'assetto di interessi cui il testatore ha contribuito a dare luogo, anche in vita, attraverso l'assunzione della garanzia fideiussoria, verrebbe fatto pesare sul lascito a titolo di legittima un meccanismo condizionale di carattere potestativo a fronte del quale, i legittimari lesi nei diritti di riserva risulterebbero indotti a non esperire le azioni poste a tutela dei loro diritti al fine di evitare un'ulteriore compressione del *relictum* e, dunque, della loro quota ereditaria, per il sorgere dell'obbligazione indennitaria predisposta dal *de cuius* donante.

Infatti, in conseguenza dell'assetto patrimoniale predisposto dal testatore, il vantaggio che questi ultimi potrebbero conseguire a fronte dell'esperimento delle azioni poste a tutela dei loro diritti di riserva sarebbero del tutto vanificati dal contestuale sorgere del debito derivante dal patto di garanzia.

In altre parole, è vero che, come rilevato in dottrina, non potrebbe rientrare nella nozione di peso ai sensi dell'art. 549 c.c. l'obbligazione contratta in vita dal *de cuius*¹³⁸ (atteso, tra l'altro, che prima dell'apertura della successione gli eredi, anche legittimari, sono titolari, rispetto al futuro compendio ereditario, di un'aspettativa di mero fatto, dunque giuridicamente non tutelata) ma è anche vero che, nell'ipotesi di specie, il rapporto obbligatorio, concepito in modo tale da divenire attuale solo a fronte di un determinato comportamento dei legittimari (successivo all'apertura della successione), si contestualizza in un congegno che non è semplicemente limite alla quota di riserva ma *negazione* della stessa

garantiva con un'iscrizione ipotecaria su un bene immobile ricevuto in donazione dal padre alcuni anni prima oltre che con la fideiussione precedentemente concessa il cui importo, tra le altre cose, era pari alla somma richiesta a mutuo. A parere del Tribunale, tale fideiussione sarebbe nulla in quanto posta in essere al solo fine di garantire l'istituto contro il rischio della possibile futura inefficacia, ai sensi dell'art. 561 c.c., dell'iscrizione ipotecaria e non avrebbe invece assolto alla sua funzione tipica di offrire al creditore la possibilità di soddisfare il suo credito agendo anche sul patrimonio del fideiussore. La sentenza è stata criticata da parte della dottrina che sostiene che alle conclusioni dei giudici di merito si potrebbe pervenire solo con riferimento alla fideiussione prestata al preciso scopo di garantire i danni derivanti al creditore ipotecario per la sopravvenuta inefficacia dell'ipoteca ex art. 561 c.c. e non con riferimento alla *fideiussione omnibus*. In tal senso LEO, *La prima pronuncia sulla fideiussione a garanzia degli aventi causa del donatario*, in BDN, Segnalazioni Novità Giurisprudenziali, 8 aprile 2011: TESTA, *Il problema della tutela dei legittimari e l'interesse alla certezza dei traffici giuridici*, in *Immobili e proprietà*, 2012, fasc. 8-9, p. 525.

¹³⁸ IACCARINO, *Le liberalità non donative*, cit., p. 8

stante la volontà del testatore di sterilizzarne la sua caratteristica più significativa, ovvero la conseguibilità anche contro la volontà testamentaria.

In ragione delle cose dette, dunque, una simile condizione, ove posta a carico del lascito, sarebbe causalmente nulla ai sensi dell'art. 549 senza che si renda necessaria alcuna indagine in ordine alla liceità o meno dell'evento dedotto in condizione.

Ciò nonostante è il caso di rilevare come l'inibizione degli strumenti predisposti dal legislatore per la tutela dei diritti del legittimario, integrerebbe in ogni caso una condizione illecita ai sensi dell'art. 634 in ragione del fatto che il divieto di impugnazione, quando volto a inibire una tutela giurisdizionale posta in funzione di interessi non privatistici ma pubblicistici (quali, appunto, sono i diritti dei legittimari) viene ritenuta illecita.

Appare appena il caso di precisare, come correttamente rilevato dai giudici di Mantova con riferimento al caso sottoposto alla loro attenzione, che, non derivando la lesione dei diritti del legittimario da una disposizione testamentaria quanto, piuttosto, da uno strumento *inter vivos* congegnato, tuttavia, in maniera tale da produrre effetti sul fenomeno successorio, alla lesione dell'art. 549 c.c. e, dunque, alla nullità della fattispecie ai sensi dell'art. 1418 c.c. si perviene indirettamente per il tramite dell'art. 1344 c.c.

Nel contesto del rimedio fideiussorio, l'unica soluzione idonea a evitare l'effetto distorsivo sopra evidenziato sembra rimanere, dunque, solo quello della fideiussione bancaria o della polizza fideiussoria assicurativa. L'effetto della fideiussione sarebbe, in questo caso, solo quello di garantire all'avente causa dal donatario che subisse l'evizione a seguito della riduzione, la possibilità di ottenere una somma di denaro che lo stesso potrebbe anche utilizzare per liberarsi dall'obbligo di restituire il bene in natura ex art. 563, co. 3 c.c.

Tale soluzione pur essendo, da un punto di vista teorico, idonea a scongiurare i pericoli della corrispondente garanzia prestata direttamente o indirettamente dai legittimari, appare, tuttavia, un rimedio poco utile nella prassi contrattuale essendo i suoi costi molto alti (soprattutto se connessi alla vita di un

donante giovane) ed essendo poco probabile che un istituto di credito presti una garanzia per un tempo che potrebbe essere anche molto lungo.

Sempre da un punto di vista meramente pratico non si può, inoltre, non fare cenno alla circostanza che, pretendendo l'ente fideiussore, a garanzia del regresso da esercitarsi nei confronti del debitore garantito, un'iscrizione ipotecaria o, in alternativa, un pegno di titoli, si deve presupporre che il debitore (il donante-venditore) abbia una disponibilità patrimoniale tale da poter sostenere, oltre al costo della fideiussione, gli oneri aggiuntivi rappresentati dalle predette garanzie¹³⁹.

È dunque alto il rischio che la vendita risulti, in ultima analisi, non conveniente.

4.2 Il mutuo dissenso.

Una soluzione astrattamente percorribile al fine di agevolare il trasferimento di un bene donato senza i timori delle azioni a tutela dei diritti dei legittimari è data dal negozio di mutuo dissenso, strumento concepito al fine di permettere ai contraenti di eliminare la fattispecie negoziale rispetto alla quale le stesse abbiano maturato un ripensamento.

Con riferimento all'ipotesi della donazione, la prima conseguenza dello scioglimento del vincolo contrattuale è il ritorno dei beni donati nel patrimonio del donante, il quale potrà procedere alla loro alienazione o alla costituzione sugli stessi di diritti di godimento o di garanzia senza che gli acquirenti o i soggetti a favore dei quali vengono costituiti tali diritti possano essere pregiudicati dall'esercizio di eventuali azioni di riduzione.

Una simile operazione implica, tuttavia, che siano vanificati gli effetti sostanziali dell'originaria donazione, evenienza, questa, cui le parti contraenti potrebbero, nella realtà, non avere alcuna intenzione di dare luogo. Ove, quindi, il donante non voglia ripristinare lo *status quo ante* ma sia, piuttosto, animato dal desiderio di agevolare il donatario permettendogli di alienare più agevol-

¹³⁹ Così IACCARINO, *Liberalità indirette*, cit., 16.

mente il bene donatogli, questi potrà senz'altro procedere con una successiva donazione del denaro costituente il corrispettivo a favore del donatario oppure potrà perseguire indirettamente tale intento donativo stipulando con il terzo acquirente un contratto ai sensi dell'art. 1411 c.c.

È chiaro che, a fronte di questa operazione, ad entrare nell'orbita delle azioni poste a tutela dei legittimari sarà il denaro donato direttamente o indirettamente ma ciò non toglie che il fine della salvezza dell'immobile e della tutela del terzo acquirente potrà dirsi perseguito.

Le cose, tuttavia, non sono così semplici come possono sembrare: sebbene l'ammissibilità del negozio risolutorio nel nostro ordinamento sia indiscutibile, stante la previsione testuale di cui all'art. 1372 c.c., maggiori perplessità desta l'autonomia causale della fattispecie, non riconosciuta unanimemente dalla dottrina.

Nonostante l'operazione di rimozione dal mondo giuridico di una fattispecie negoziale sia certamente praticabile, gli interpreti si attestano su due fondamentali posizioni. Da una parte, si pongono coloro che, puntando sull'autonomia causale della fattispecie, ritengono che il mutuo dissenso non soggiaccia a contingenze quali l'intervenuta esecuzione delle prestazioni obbligatoria¹⁴⁰; dall'altra, invece, si pongono coloro¹⁴¹ che, non credendo

¹⁴⁰ Per tutti si rimanda a LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980; CAPOZZI, *Mutuo dissenso – donazione di bene immobile – Atto di risoluzione – Ammissibilità – Effetti*, in *Vita Not.*, 1973, 607 ss. e ID. *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.* 1993, 635 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 735 ss.; MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili provenienti da donazione)*, in *Riv. Not.*, 2004, 1, p. 129; GIRLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2009, 1, p. 181 ss.; CHIAROMANNI, *Note sul mutuo dissenso a margine di un decreto del Tribunale di Macerata*, in *Vita not.*, 2009, p. 130 ss. In giurisprudenza si rileva, invece, il recente intervento della Cass. Civ. 6 ottobre 2011, n. 20445 in *Riv Not.*, 2012, 5, 1180, con nota di DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratto con effetti reali* e in *Giust. Civ.*, 2012, 9, 2043, con nota di CORONELLA, *Il mutuo dissenso quale atto di risoluzione convenzionale. Forma*. La rilevanza della sentenza consiste nell'esplicita enunciazione del principio generale di risolvibilità consensuale, con effetti ripristinatori, anche di contratti che abbiano già prodotto effetti reali. Per la Cassazione, infatti, «l'effetto ripristinatorio è espressamente previsto (art. 1458 c.c.) per il caso di risoluzione per inadempimento anche dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali, non essendo dato, pertanto, riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale». La Corte ribadisce comunque l'obbligo di adottare la forma richiesta dalla legge affermando, in particolare, che «lo scioglimento per mutuo consenso di un contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la cui conclusione, ai sensi dell'art. 1350 n. 1 c.c., è richiesta la forma scritta ad substantiam, deve anch'esso risultare da atto scritto». La Corte stessa sembra, tuttavia, in qualche modo contraddirsi quando, nella medesima sentenza, descrive la risoluzione del con-

nell'autonomia causale della fattispecie, ritengono che il potere dei contraenti di manipolare e controllare il negozio da loro creato debba essere 'contenuto' entro i limiti della produzione degli effetti (in special modo traslativi) da parte dello stesso.

Secondo l'orientamento da ultimo citato, dunque, di mutuo consenso si potrà parlare solo con riferimento ad un contratto non ancora eseguito, residuando alle parti, in tutte le altre ipotesi, la sola possibilità di porre in essere un contronegozio a parti invertite e con effetti opposti a quello precedentemente concluso attraverso il quale ricostituire *ex nunc* (che è cosa diversa dal ripristinare) lo *status quo ante*¹⁴².

Volendo seguire l'indirizzo del contronegozio, però, è giocoforza concludere che il problema della provenienza donativa, lungi dall'essere risolto, atteso che la donazione rimarrebbe in vita, potenzialmente si aggraverebbe per l'aggiungersi dell'ulteriore fattispecie donativa con cui il bene è tornato nella sfera giuridico-patrimoniale del donatario.

Gli acquirenti dei beni originariamente donati da parte dell'originario donante o i creditori ipotecari a favore dei quali venissero costituite ipoteche da parte dell'originario donante nel cui patrimonio sono rientrati i beni donati per effetto della seconda donazione, correrebbero, quindi, il rischio di un'azione di riduzione eventualmente esercitata dai legittimari del donatario che, nel compiere una donazione a favore del proprio donante, ha dato luogo ad una fattispecie certamente soggetta alla disciplina dell'azione di riduzione e restituzione.

La concreta utilizzabilità dello strumento del mutuo dissenso per i fini che a noi interessano e, dunque, al fine di eliminare un titolo di provenienza di-

tratto per mutuo dissenso come «un nuovo negozio uguale e contrario a quello da risolvere» e dove parla di «nuovo trapasso del bene». Leggendo il testo completo della motivazione pare quindi che, nonostante l'enunciazione di principio la Cassazione, in realtà, non sia ancora riuscita ad emanciparsi del tutto dalla concezione della vicenda in esame come contro-negozio.

¹⁴¹ In dottrina: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 691; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Cicu-Messineo, Milano, 1962, p. 1024; BIONDI, *Le donazioni*, cit.. In giurisprudenza: Cass. civ., 15 maggio 1998, n. 4906, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 1046; Cass. Civ., 7 marzo 1997, n. 2040, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 360 e in *Notariato*, 1997, 6, 517 con commento di GRADASSI, *Requisiti formali della risoluzione consensuale di compravendita immobiliare*; Cass. civ., SS.UU. 28 agosto 1990, n. 8878, in *Riv. Not.*, 1991, 5, 490; Cass. civ. 20 dicembre 1988, n. 6959, in *Giust. Civ. Mass.* 1988, 12 e in *Vita Not.*, 1988, I, 1185.

¹⁴² In tal senso GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1034.

venuto ‘scomodo’ in punto di circolazione del bene donato, è dunque strettamente legata all’adesione a quell’indirizzo che individua nel negozio di mutuo dissenso una fattispecie negoziale con causa autonoma.

Nonostante la dottrina sia di questo avviso, le oscillazioni della giurisprudenza, impongono all’interprete una certa cautela nell’utilizzo di uno strumento che potrebbe trasformarsi in ulteriore ostacolo.

Con riferimento ai profili tributari, certamente rilevanti nell’individuazione dello strumento più adatto allo scopo, occorre rilevare come l’Agenzia delle Entrate configuri l’atto di risoluzione consensuale, a prescindere dalla tesi sulla natura del negozio cui si voglia aderire, come una fattispecie dispositiva autonoma che, come tale, deve essere soggetta alle imposte proporzionali¹⁴³.

4.3 Novazione della donazione.

La novazione è il contratto consensuale con il quale le parti del rapporto obbligatorio sostituiscono all’obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso (art. 1230).

Nel momento in cui è raggiunto l’accordo novativo si determina l’estinzione (non soddisfattoria) del primo rapporto obbligatorio e la costituzione di un nuovo rapporto.

Dal punto di vista oggettivo, si rileva, la modificazione cui si riferisce il Legislatore non può consistere in una modificazione accessoria dell’obbligazione (art. 1231), ma deve risolversi in un mutamento che comporti incompatibilità dell’oggetto della nuova obbligazione con quella precedente (novazione reale) ovvero in un mutamento del titolo (novazione causale), vale a dire un’incompatibilità tra la causa del contratto originario e di quello nuovo.

¹⁴³ Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 329/E del 14 novembre 2007.

È proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi che è possibile individuare un meccanismo di tutela del terzo acquirente dal donatario¹⁴⁴ atteso che quest'ultimo e il donante potrebbero novare il contratto originario di donazione in un contratto di vendita così modificando (invero assai profondamente) la causa della fattispecie da loro conclusa sostituendo alla causa originaria dell'arricchimento del patrimonio del donatario per spirito di liberalità, la causa della vendita costituita dallo scambio della cosa verso il corrispettivo del prezzo¹⁴⁵.

Conseguenza di questa nuova declinazione del profilo causale sarà, chiaramente, la disattivazione dei rimedi posti a tutela dei legittimari dell'originario donante, ora venditore, atteso che, il depauperamento del patrimonio di quest'ultimo non è avvenuto a titolo gratuito ma a fronte di un'attività dispositiva che ha determinato una variazione del patrimonio del loro dante causa, oltre che in diminuzione, anche in aumento e che agli stessi non è concesso mettere in discussione¹⁴⁶.

¹⁴⁴ ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione di beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2007, 4-5, p. 944 ss.

¹⁴⁵ Quanto alla pubblicità della novazione causale nei registri immobiliari, si è recentemente pronunciata la giurisprudenza di merito Trib. Avellino, 31 maggio 2012, in *Riv. Not.*, 2012, 4, p. 968 con nota di PETRELLI, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione*. I giudici di merito, ammettendo alla pubblicità pur in assenza di una espressa disposizione di legge che la preveda, ha implicitamente riconosciuto la legittimità sostanziale di tale negozio. Il Tribunale giustifica la necessità di tale pubblicità sulla considerazione che «il diritto trasferito, in un primo momento, con l'atto di donazione, non è identico ad un diritto trasferito con un atto di compravendita; il primo è instabile e risolubile per effetto della sua assoggettabilità ad azione di riduzione con effetti nei confronti dei terzi, ex artt 563 e 2652 n. 8 c.c.; il secondo è, invece, un diritto stabile non suscettibile di venire meno per tale ragione. La novazione causale modifica, quindi, nel suddetto senso il diritto già trasferito, ed è di tale modifica che occorre dare pubblicità nei registri immobiliari a mezzo della trascrizione» ai sensi dell'art. 2645 c.c. che impone la trascrizione di ogni atto che produca taluno degli effetti menzionati nell'art. 2643 c.c.

¹⁴⁶ Evidenti anche i vantaggi sotto il profilo tributario: considerato che con la novazione della donazione non si realizza alcun trasferimento, l'operazione negoziale sarà soggetta al pagamento dell'imposta di registro con l'aliquota del 3% prevista dall'art. 9 della tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131. Con riguardo, invece, all'imposta ipotecaria di cui al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, a voler considerare la sostituzione della causa della precedente donazione non idonea a determinare un nuovo trasferimento, la sua pubblicità, funzionale alla sola indicazione della trasformazione della causa donativa, richiederà una trascrizione in rettifica che sconsiglierebbe l'imposta ipotecaria nella misura fissa di 169 euro come previsto dall'art. 3 della tariffa allegata al citato decreto legislativo

Il problema di questa ricostruzione è, come pure evidenziato con riferimento al mutuo consenso, che lo scopo che le parti intendono perseguire può non essere quello di risolvere la liberalità. Se, dunque, il meccanismo mantiene la sua coerenza allorquando il donatario, attuale acquirente, paghi effettivamente il prezzo; la fattispecie si carica di una certa ambiguità allorquando la vendita diventi veicolo di una donazione indiretta oppure allorquando all'acquirente sia restituito il prezzo tramite una successiva donazione di denaro atteso che verrebbero meno i presupposti sostanziali posti alla base del sistema di tutele dei diritti dei legittimari.

Sebbene la dottrina che si è occupata più da vicino della questione ritenga che sia la nuova donazione ad essere soggetta alla riduzione da parte dei legittimari (circostanza, questa, che, analogamente a quanto rilevato nel precedente paragrafo, varrà a ritenere perseguito l'obiettivo di tutela del terzo acquirente dal donatario), le maggiori perplessità avanzate nella prassi contrattuale ineriscono all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è oggetto dell'azione di riduzione ciò di cui si sia effettivamente arricchito il donatario e non lo strumentale incremento patrimoniale rappresentato dalla dazione di denaro. Si tratta, oltre che di un orientamento ormai consolidato, di un criterio di indiscutibile equità in grado di riequilibrare la diversa disciplina che, in materia di collazione distingue tra donazione di denaro, soggetta al principio nominalistico, e la donazione di beni mobili e immobili il cui valore, invece, dovendo essere calcolato al momento dell'apertura della successione e non della donazione (artt. 747 e 750), permette ai legittimari non donatari di riequilibrare il trattamento successorio tenendo anche conto della possibile rivalutazione.

Lo strumento della novazione, in definitiva, può essere ritenuto idoneo allo scopo ogni qual volta le parti modificano realmente il titolo della fattispecie negoziale tra loro intercorsa e non in maniera simulata.

Altro aspetto che merita di essere rilevato è rappresentato dal ruolo rivestito dal donante la cui partecipazione, per il fine ultimo della circolazione del bene donato, appare indispensabile a meno che nella donazione non venga calato un patto di opzione di un contratto di novazione che ponga il donatario nelle

condizioni di poter decidere, anche nei confronti degli eredi (ove questi, frattanto, siano subentrati all'originario donante), se e quando modificare la *causa donationis* in *causa venditionis*.

È evidente che, ove la novazione sia effettuata con gli eredi sarà ancora meno probabile il permanere di una causa donativa, indiretta o diretta *a latere*, essendo assai difficile che questi accetteranno di restituire il prezzo pagato dal donatario o di rimmettergli il debito.

Alle perplessità emerse nella pratica negoziale si aggiungono le critiche piuttosto nette della più recente dottrina in argomento¹⁴⁷, secondo cui novare la causa della donazione modificando pattiziamente il titolo di una proprietà acquisita è operazione preclusa sia allo strumento novativo, sia a quello meramente modificativo. Ne consegue che la provenienza donativa non può venir meno, senza il venir meno dell'acquisto (cioè senza il risolversi dell'effetto su cui esso si fonda) posto che con il contratto si possono, sì, modificare ed estinguere rapporti giuridici (ed anche singole situazioni giuridiche soggettive) ma certamente non si può ridefinirne il fondamento causale, senza incidere sulla loro stessa esistenza.

In conseguenza, secondo questo orientamento, è senz'altro configurabile un intervento delle parti sulla precedente loro manifestazione d'autonomia, idoneo a mutarne il significato; ma ciò avverrà, o dichiarandone l'erroneità materiale e correggendola (rettifica), o facendone emergere la non corrispondenza al

¹⁴⁷ AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013, p. 491 ss. il quale nega l'ammissibilità della figura della novazione «contrattuale» della donazione capace di dare luogo ad un mutamento della causa donativa originaria in causa di scambio senza passare per un effetto estintivo-costitutivo ma, piuttosto, mantenendo fermo l'effetto attributivo. Scettico in ordine alla possibilità di identificare il referente oggettivo della novazione nel contratto, piuttosto che nel solo rapporto obbligatorio, l'Autore contesta aspramente la ricostruzione della fattispecie come fonte di un effetto meramente 'sostitutivo' (funzionale a garantire al donatario il mantenimento della titolarità ma con una diversa causa giustificativa) rilevando l'errore di identificare gli effetti della novazione con quelli del contratto meramente modificativo, fattispecie che, d'altra parte, nemmeno potrebbe venire in aiuto stante «la ricostruzione, ormai pacifica in dottrina, della modificazione pura come mutamento non estintivo [che] può assicurare la sopravvivenza del rapporto originario, solo a condizione che gli elementi nuovi risultino tali da non trasformarlo nella sua struttura e nella sua configurazione giuridica [...]». L'autore continua evidenziando che «pensare che un accordo successivo possa trasformare la causa donativa in causa di scambio, equivale ad attribuire al privato, non il potere (che senz'altro gli compete) di modificare o estinguere effetti già prodottisi, ma quello di ridefinire il significato della regola contrattuale» che, una volta definita dalle parti e ricevuta dall'ordinamento è divenuta competenza esclusiva della norma. «Novare la donazione in compravendita equivale [... ad] avocare alle parti un potere riservato alla legge e al giudice.»

reale volere (documentando cioè l'accordo simulatorio attraverso una ripetizione dello stesso in forma idonea alla trascrizione), ovvero, datane la non erroneità e la corrispondenza al voluto, risolvendo gli effetti della fattispecie e riattribuendo la proprietà — così recuperata dal donante — attraverso una compravendita.

4.4 Riserva di disporre ex art. 790 c.c.

La dottrina¹⁴⁸, al fine di perseguire lo scopo della garanzia del terzo acquirente dal donatario, ha dato nuova vitalità ad una norma che trova raramente applicazione nella pratica negoziale, qual è l'art. 790 c.c., in forza del quale al donante è data la possibilità di riservarsi la facoltà di disporre di «qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati».

Secondo la dottrina che ha analizzato la fattispecie¹⁴⁹, l'esercizio della facoltà di disporre — personale e, come testualmente previsto, non trasmissibile agli eredi — è da tradurre in una condizione risolutiva meramente potestativa¹⁵⁰ capace di far tornare la quota parte della donazione oggetto della riserva nel patrimonio del donante con effetto *ex tunc*.

L'utilizzo della fattispecie per i fini che a noi interessano importa, chiaramente, che oggetto della riserva sia il bene che il donatario ha in animo di alienare al terzo il quale, una volta ritornato nel patrimonio del donante per effetto della condizione risolutiva, potrà essere alienato da quest'ultimo senza il rischio che l'acquisto del terzo sia reso bersaglio dei mezzi di tutela dei legittimari.

La peculiarità della fattispecie in commento impone, quindi, che oggetto della donazione non sia il solo bene immobile (come avviene nella maggior par-

¹⁴⁸ IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa del donatario tra presente e futuro*, cit., p. 1137; TASSINARI, *La donazione con riserva di disporre di cose determinate nell'attività notarile, Lezione tenuta nel settembre 2007 presso l'Associazione Civil Law Centro studi per la formazione del Notariato di Napoli, consultabile sul sito www.civillaw.it*.

¹⁴⁹ TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* a cura di Cicu-Messineo, XXII, Milano, 1956, p. 465.

¹⁵⁰ Sulla cui ammissibilità cfr. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 450 – 452

te delle donazioni) ma anche un altro bene, anche mobile o fungibile, quale una somma di denaro.

In mancanza di una normativa specifica, in dottrina ci si è chiesti quale debba essere la proporzione tra il valore dell'immobile e la somma di denaro e una risposta convincente è da rinvenire nell'opinione di quella parte della dottrina che ritiene come la donazione *a latere* debba avere un oggetto sostenuto da un autonomo spirito di liberalità essendo certamente censurabile di frode alla legge, e come tale nulla, una donazione puramente formale.

Come giustamente rilevato, la regolamentazione della facoltà di disporre da parte del donante dovrà, poi, essere puntualmente disciplinata e 'arginata' al fine di non tradursi in un'alea eccessiva per il donatario.

Ma anche in questi profili, a giudizio di chi scrive, è particolarmente alto il rischio di rinvenire profili negoziali in odore di frode. La clausola contrattuale concepita, come pure è stato sostenuto, nel senso che l'atto di disposizione del donante possa avere luogo «anche nel caso in cui il donatario abbia necessità di realizzare liquidità per l'acquisto di un'abitazione più grande di quella in oggetto e per le future esigenze del suo nucleo familiare» appare un po' problematica se si tiene conto che la riserva di cui all'art. 790 c.c. sembra dover essere intesa quale strumento nella disponibilità del donante e, quindi, in funzione degli interessi di quest'ultimo risultando declinazioni della volontà eccessivamente sbilanciate a favore del donatario quantomeno sospette, se non del tutto incompatibili con la norma.

Ad ogni buon conto occorre rilevare come anche questo strumento richieda la cooperazione del donante (che sarà il solo ad essere legittimato alla vendita una volta verificata la condizione risolutiva di cui al 790 c.c.) e si traduca in una serie di 'accorgimenti' giuridici con cui le parti debbano avere, preventivamente, avuto cura di comporre la fattispecie donativa.

Così come nelle precedenti ipotesi analizzate, si deve fare i conti con la reale volontà del donante il quale potrebbe voler solo cooperare con il donatario in modo da agevolare le operazioni di vendita del bene donato, senza tuttavia privarlo dell'arricchimento patrimoniale allo stesso procurato con la donazione.

Anche in questo caso un simile intento del donante potrà essere realizzato attraverso una successiva donazione avente ad oggetto la somma di denaro corrisposta dal terzo a titolo di prezzo o attraverso la predisposizione di un contratto ai sensi del 1411 cod. civ.

Altro profilo rilevante è che la condizione risolutiva in cui si traduce la riserva del donante dovrà essere opportunamente pubblicizzata, ai sensi dell'art. 2659, ult. co. c.c., facendone menzione nella nota di trascrizione.

Ne consegue che eventuali atti dispositivi del donatario, senz'altro leciti, saranno sottoposti alla condizione risolutiva potestativa dell'esercizio del diritto da parte del donante.

4.5 Il Trust.

Una recente dottrina¹⁵¹ ha individuato un valido e convincente strumento di agevolazione della circolazione di beni di provenienza donativa nell'istituto del trust, recepito nel nostro ordinamento con la L. 16 ottobre 1989, n. 364 con la quale è stata ratificata la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 e di cui si attende un recepimento definitivo e anche codicistico con l'approvazione della legge di cui al disegno n. 2322 del 2010 recante 'Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea'.

L'operazione negoziale che a noi interessa vede protagonista il donatario il quale, una volta venduto il bene di provenienza donativa potrebbe, contestualmente, costituire la somma ricevuta in controprestazione in un trust a beneficio dell'acquirente e con *trustee* individuato di comune accordo con quest'ultimo.

¹⁵¹ VALAS, *Trust e circolazione di immobili di provenienza donativa o testamentaria*, in *Immobili e proprietà*, 2009, 1, p. 15 e ss.

La somma costituita in trust, infatti, verrebbe posta a tutela dell'acquirente per l'ipotesi in cui questi dovesse subire l'azione di restituzione da parte dei legittimari del donante o gli ulteriori aventi causa¹⁵².

Nell'ipotesi, assai diffusa, in cui l'acquirente dovesse avvalersi, per il pagamento del prezzo, di una somma concessa a mutuo da un istituto di credito, sarà possibile porre il trust a beneficio anche della banca riconoscendole una posizione di preminenza rispetto allo stesso acquirente. In conseguenza a colui che subisce l'evizione di quanto acquistato per effetto dell'azione di restituzione vittoriosamente esercitata dal legittimario leso, sarà devoluto quanto costituito in trust al fine di compensare la perdita subita e, eventualmente, consentirgli di avere la disponibilità della somma necessaria per l'esercizio della facoltà di trattene quanto acquistato pagando l'equivalente in denaro.

In una seconda fase, scongiurato il pericolo della restituzione (per essere, frattanto, intervenuta la rinuncia dei legittimari, spirato il termine ventennale di cui al 563 c.c.) il trust muterebbe il suo beneficiario nel disponente.

I limiti di questo rimedio sono rappresentati, chiaramente, dal vincolo impresso alla somma di denaro corrisposta a titolo di prezzo: sebbene la dottrina che si è occupata più da vicino di questa vicenda ritenga che lo strumento del trust sia sufficientemente elastico da permettere al donatario-alienante che abbia intenzione di reinvestire la somma corrisposta a titolo di prezzo di sostituire, tramite chiaramente l'intermediazione del trustee, quest'ultima con un immobile; rimangono forti i limiti di utilizzabilità del trust ogni qualvolta il venditore voglia, per esempio, limitarsi ad entrare nella disponibilità delle liquidità ottenuta dalla vendita¹⁵³.

¹⁵² Mentre, invece, coloro che beneficerebbero del reddito prodotto dai beni costituiti in trust nel corso della sua durata, sono invece il donatario-alienante o chi questi, eventualmente, si riserva di indicare per atto *inter vivos* o *mortis causa*.

¹⁵³ LAFFRANCHI, *La problematica degli immobili di provenienza donativa alla luce di recenti tesi dottrinali e pronunce giurisprudenziali*, in *Rivista Notarile*, 2013, 2, p. 62 «Qualora il donatario abbia bisogno di quanto ricavato dalla vendita per comprare altra abitazione, provvederà il trustee ad acquistarla con i fondi costituiti in trust e a concederla in uso, gratuito o con rimborso spese, al donatario. La segregazione del fondo in trust viene garantita, senza alcuna soluzione di continuità, in quanto l'utilizzo dei fondi costituiti in trust per l'acquisto di altra abitazione implica che anche quest'ultima sia soggetta al trust».

Un altro limite, a giudizio di chi scrive, potrebbe essere rappresentato dalla possibile frustrazione delle esigenze di investimento del terzo acquirente.

Atteso, infatti, che dall'apertura della successione alla consolidazione del fenomeno successorio possono intercorrere anche molti anni, è forte il rischio che il terzo acquirente possa, a fronte di una rivalutazione dell'immobile oggetto di acquisto (anche a fronte dei suoi interventi), trovarsi comunque a subire un danno dalla semplice garanzia di restituzione del prezzo pagato.

Appare dunque opportuno implementare la tutela dell'acquirente con correttivi capaci di coprire il danno derivante dall'evizione ben parametrando il valore dell'importo posto a garanzia con l'entità del danno che quest'ultimo subirebbe dall'esercizio dell'azione di restituzione da parte del legittimario del donante.

Problema, quest'ultimo, che, vale la pena evidenziare, non è, invece, rinvenibile nello strumento della fideiussione bancaria che, a prescindere dalla scarsa convenienza sul piano economico (come rilevate sopra), è concepita in modo da garantire al terzo acquirente che preferisca, ai sensi del 563 c.c., corrispondere ai legittimari agenti in restituzione il controvalore del bene acquistato, il riottenimento di detto controvalore e, dunque, di una somma il cui importo è parametrato al momento in cui tale facoltà è esercitata e che, dunque, non sarà limitata al solo prezzo della vendita.

4,6 La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti degli aventi causa del donatario.

Negli ultimi anni la dottrina si interroga sulla possibilità, per i potenziali futuri legittimari, di rinuncia, ancora prima della morte del donante, all'azione di restituzione nei confronti dei terzi aventi causa del donatario.

Richiamando quanto già evidenziato sopra con riguardo all'autonomia ontologica e giuridica tra l'azione di riduzione e le due azioni di restituzione, la dottrina¹⁵⁴ argomenta rilevando come la rinuncia alla sola azione di restituzione

¹⁵⁴ MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, cit., p. 105

nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario non varrebbe a integrare violazione dell'art. 557, co. 2, c.c. rimanendo impregiudicata la facoltà del legittimario di esercitare l'azione di riduzione una volta divenuto attuale, all'indomani dell'apertura della successione, il suo diritto alla riserva. La disciplina codicistica, si rileva¹⁵⁵, non riconosce, d'altra parte, in capo al legittimario un diritto assoluto da soddisfarsi sul bene oggetto della donazione, come risulta dalla circostanza che, ove risulti fruttuosa l'escussione del patrimonio del donatario, non si pongono i presupposti dell'azione nei confronti dei suoi aventi causa.

Successivamente alla riforma operata dalla L. 80/2005, inoltre, gli elementi a favore della legittimità all'azione di restituzione sembrano più consistenti¹⁵⁶ posto che è lo stesso legislatore, come sopra ampiamente rilevato, a prevedere talune ipotesi in cui la tutela del legittimario viene privata del rimedio recuperatorio¹⁵⁷.

Sarebbe irragionevole ritenere che l'interesse ad agire verso il terzo acquirente dal donatario sia disponibile con riferimento al periodo successivo al ventennio e che invece non lo sia con riguardo al periodo antecedente¹⁵⁸.

A sostegno si fa altresì riferimento alla recente giurisprudenza, di cui meglio si dirà nel capitolo terzo, che ha negato la natura reale della tutela dei legittimari nei casi di donazioni indirette. Se nel caso di donazione indiretta il legittimario leso non ha mai il diritto di agire in restituzione contro il terzo avente causa, non si vedrebbe perché il potenziale legittimario non possa volontariamente rinunciare a quello stesso diritto in relazione ad una donazione diretta.

¹⁵⁵ TORRONI, *Azione di riduzione ed azioni di restituzione: alcuni riflessi intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. Not.*, 2011, 3, p. 699.

¹⁵⁶ PENE VIDARI – MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. Not.*, 2006, 3, p. 717 ss.

¹⁵⁷ Ma, ancora prima della riforma, in tal senso IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, 4, p. 404 ss. contra IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, cit., p. 944; CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c.: conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. Not.* 2005, 5, p. 1033 ss.

¹⁵⁸ D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di beni di provenienza donativa*, in *Riv. Not.*, 2011, 6, 1293 ss.

Sostenere il contrario equivarrebbe a creare un solco ancora maggiore tra provenienze donative dirette e indirette¹⁵⁹.

La dottrina si è inoltre soffermata sulla possibile violazione dell'art. 458 c.c. rilevando come nell'ipotesi di rinuncia all'azione di restituzione non ricorrerebbero le ragioni di tutela cui tradizionalmente si fonda il divieto dei c.d. patti rinunciativi.

Inoltre, si rileva, mentre nell'art. 557 c.c. il legislatore, nonostante il divieto sancito dall'art. 458 ha ritenuto di dover ribadire che non si può rinunciare all'azione di riduzione vivente il donante, non si è espresso in tal senso con riguardo all'azione di restituzione nell'art. 563¹⁶⁰.

4,7 Strumenti non idonei allo scopo.

Strumenti inefficaci e, dunque, inidonei allo scopo sono l'ampliamento della garanzia evizionale, la pattuizione della solidarietà dell'impegno traslativo, la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere.

Quanto alla garanzia evizionale posta normalmente a carico del venditore (nonché donatario) ma estesa convenzionalmente in modo da ricomprendere evenienze successive alla vendita quali l'esercizio dell'azione di riduzione e restituzione da parte dei legittimari del donante (per chi non ritenesse la garanzia tipica già di per sé idonea a includere il fatto evizionale della restituzione), è necessario rilevarne la sostanziale inutilità.

Come già evidenziato, infatti, l'azione del legittimario può essere diretta nei confronti dell'avente causa del donatario solo laddove sia soddisfatta la condizione della preventiva escussione del suo patrimonio e, dunque, solo dopo che quest'ultimo sia risultato incapace di assorbire le pretese del legittimario agente.

¹⁵⁹ Cass. civ., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, 5, p. 508, con nota di IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazione indiretta sono sicuri* e in *Riv. Not.*, 2011, 1, p. 189, con nota di SCUDIERI, *Donazioni indiretta e lesione di legittima: rimedi esperibili e procedure azionabili a tutela dei legittimari lesi*.

¹⁶⁰ IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazione indiretta sono sicuri cit.*, CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c.: conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati cit.*, p. 1034.

Ebbene, la pretesa risarcitoria del terzo acquirente nei confronti del donatario/venditore in virtù di detto ampliamento della garanzia per l'evizione, andrebbe di fatto a dirigersi verso un soggetto di cui è stata già accertata l'insolvibilità!

Un simile strumento si carica quindi di una portata di tutela assai risibile a meno che lo stesso non sia associato ad uno degli altri strumenti in commento.

Anche la pattuizione della solidarietà dell'impegno traslativo, pure escogitata dalla prassi notarile, non può essere ammessa. L'operazione presupporrebbe la conservazione da parte del donante di un diritto limitato sul bene donato quale, ad esempio, il diritto di uso o quello di abitazione nonché l'assunzione, nell'ipotesi della vendita congiunta con il donatario, di una responsabilità solidale dell'impegno traslativo.

Questa cautela, abbinata all'ampliamento della garanzia per l'evizione con riferimento anche alle cause sopravvenute, sarebbe di per sé idonea a indurre i legittimari a non esercitare le azioni a tutela della loro legittima atteso che il vittorioso esperimento delle stesse implicherebbe il maturare a loro carico del peso dell'obbligazione risarcitoria rispetto alla quale è stata convenuta la solidarietà del donante e del loro dante causa.

Analogamente a quanto si è detto per la garanzia fideiussoria assunta direttamente dal donante, è individuabile nel rimedio in commento un meccanismo fraudolento lesivo dei diritti dei legittimari atteso che anche in questo caso gli eredi saranno di fatto costretti a rinunciare all'azione di riduzione al fine di evitare il risarcimento del danno che si porrebbe a loro carico a causa della solidarietà pattuita dal loro dante causa.

Con riferimento all'utilizzo dello strumento della risoluzione per inadempimento dell'onere, v'è da rilevare, invece, che alla considerazione circa la sua inidoneità rispetto al fine si debba pervenire con meno perentorietà rispetto alle ipotesi su menzionate, in ragione del fatto che lo strumento della risoluzione ex art. 793 c.c., a cagione della sua retroattività, appare astrattamente idoneo a privare l'acquisto del terzo di qualunque rischio.

L'inefficienza è da rinvenire in tutta una serie di profili di carattere pratico a cominciare dalla oggetto dell'onere, passando per l'esigenza di cooperazione del donante e a finire con i tempi certamente molto dilatati che si richiederebbero per la pronuncia del giudice (salvo, chiaramente, che il terzo non accetti di effettuare l'acquisto in pendenza della condizione sospensiva dell'accoglimento della domanda di risoluzione).

5. Conclusioni.

Da quanto evidenziato, i rimedi effettivamente utilizzabili nella prassi contrattuale per agevolare la circolazione di beni di provenienza donativa non sono, in fin dei conti, così numerosi.

Appare utile concludere l'indagine con una sintesi fondata su tre indici: quello dell'efficacia, ovverosia dell'idoneità a perseguire lo scopo; quello dell'efficienza, ovverosia della idoneità a perseguire lo scopo con i minor costi/sacrifici e quello dell'economicità.

Certamente, in termini di efficacia la fideiussione bancaria o la polizza fideiussoria rappresentano gli strumenti più adeguati di tutela subito seguiti dal trust. In terza posizione, in ragione della maggiore complessità negoziale, è da collocare la riserva di disporre di cose determinate ai sensi dell'art. 790 c.c. tenuto anche conto che, diversamente dagli altri due strumenti citati, quest'ultimo richiede che la stessa donazione sia stata perfezionata con determinate caratteristiche.

A seguire (e nell'ordine) la novazione, il mutuo consenso e la risoluzione per inadempimento dell'onere la cui applicabilità è fortemente condizionata dagli indirizzi giurisprudenziali.

La novazione, come evidenziato, sembra non particolarmente praticabile nell'ipotesi, invero più frequente, del donante intenzionato a mantenere ferma, seppur solo nella sostanza, la liberalità a favore del donatario; il mutuo consenso che, nonostante l'orientamento dottrinale prevalente, è rischioso per le ricadute che potrebbe avere l'affermarsi in giurisprudenza dell'indirizzo che lo ricostrui-

sce come contronegozio; la risoluzione per inadempimento in ragione degli ostacoli di carattere pratico pressoché inevitabili che comporta.

Sotto il profilo dell'economicità, invece, l'indagine è destinata quasi a ribaltare l'elencazione appena effettuata: al primo posto è da collocare la novazione tenuto conto che la stessa non dà luogo ad alcun trasferimento (evenienza che si traduce in una forte convenienza in punto di imposta di registro e ipotecaria); al secondo, la risoluzione per inadempimento dell'onere i cui costi sono rappresentati soprattutto dai tempi della giustizia; subito dopo la riserva di disporre di cose determinate ai sensi dell'art. 790 c.c.; il mutuo consenso; il trust e la fideiussione bancaria. Il tutto fermo restando le perplessità evidenziate sopra.

Sotto il profilo dell'efficienza: 1) trust; 2) riserva di disporre di cose determinate; 3) fidejussione; 4) risoluzione per inadempimento dell'onere; 5) novazione; 6) mutuo consenso.

CAPITOLO 3

DONAZIONI INDIRETTE E TUTELA DEI LEGITTIMARI: EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E PRASSI CONTRATTUALE.

Sarà affrontata l'evoluzione giurisprudenziale in materia di donazioni indirette con riguardo ai più recenti orientamenti dottrinali che, argomentando dalla disattivazione del rimedio restitutorio nei confronti del donatario indiretto, sembrano individuare in questo strumento una valida soluzione al problema della provenienza donativa.

Detta evoluzione interpretativa, offre più moderni e convincenti profili di utilità pratica all'indagine sulle alternative negoziali al testamento.

1. L'oggetto della donazione indiretta.

Per molti anni la dottrina e la giurisprudenza si sono affannate nell'individuazione dell'oggetto delle liberalità indirette, indecise sull'opportunità di dare rilevanza al profilo più marcatamente effettuale dell'arricchimento concretamente procurato al donatario o, piuttosto, di prediligere l'aspetto del depauperamento della sfera patrimoniale del donante.

Con riferimento alla tipica e più diffusa donazione indiretta, quella relativa all'ipotesi del prezzo della compravendita pagato da soggetto diverso dall'acquirente, ha raccolto per anni molti consensi la tesi di quanti¹⁶¹, argomentando dall'art. 1923, co. 2, c.c., ritenevano che oggetto della donazione fosse il denaro. La citata norma, infatti, assoggettando esplicitamente alla disciplina della collazione, dell'imputazione e della riduzione solo quanto uscito dal patrimonio dell'assicurato e non i premi pagati dall'assicuratore all'erede, sembrerebbe

¹⁶¹ In dottrina: TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 75 e 76; PALAZZO, *Le donazioni indirette*, in *I grandi temi. La donazione*, diretto da Bonilini, Torino, 2001, p. 74. In giurisprudenza: Cass. 19 ottobre 1987, n. 4711, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 1978, 1968; Cass. 28 febbraio 1987, in *Vita notarile*, 1987, I, p. 847; Cass. 11 maggio 1973, n. 1255, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 1973, p. 662

enunciare un principio di carattere generale idoneo a trovare applicazione ogniqualvolta non vi sia corrispondenza tra ciò di cui il donante si spoglia e ciò di cui il donatario si arricchisce.

Secondo un altro orientamento¹⁶², invece, il riferimento normativo direttamente deve essere considerato l'art. 737 che, facendo obbligo al donatario di conferire in collazione quanto ricevuto in donazione 'direttamente' o 'indirettamente' sembra operare un richiamo più esplicito all'arricchimento della sfera patrimoniale del donatario e non al depauperamento di quella del donante.

Un terzo indirizzo¹⁶³, invece, esclude l'idoneità di entrambe le norme citate ad integrare un criterio decisivo per la soluzione della questione: da un lato, infatti, si è sottolineato come l'art. 1923 costituisca norma di carattere eccezionale rispetto alla quale appare una forzatura trarre un principio di carattere generale; dall'altro, invece, come l'art. 737 costituisca una norma testualmente troppo generica per voler individuare nel richiamo alla donazione indiretta un riferimento all'oggetto della donazione piuttosto che allo strumento contrattuale.

Le oscillazioni della giurisprudenza¹⁶⁴, più fortemente orientata ad aderire al secondo degli indirizzi esposti, ha indotto le Sezioni Unite¹⁶⁵ a precisare che a fronte di una donazione indiretta derivante dalla diffusissima prassi dell'intestazione di beni a nome altrui, oggetto della collazione deve essere considerato il bene e non il denaro.

Secondo la Corte, infatti, l'ascendente che con il proprio denaro paghi il prezzo di un immobile che risulti, quindi, acquistato dal discendente impiega la compravendita come uno strumento formale posto in funzione di un'operazione di arricchimento del patrimonio del donatario avente ad oggetto non il denaro ma l'immobile acquistato per mezzo dello stesso.

Gli assunti della Corte appaiono certamente coerenti con il fine della collazione che, integrando uno strumento volto a garantire una perequazione nel

¹⁶² CASULLI, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, Roma, 1950, p. 105; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 139-140.

¹⁶³ TORRENTE, *La donazione*, op. cit., p. 88.

¹⁶⁴ Per un'elencazione analitica dei diversi orientamenti giurisprudenziali a favore dell'una o dell'altra tesi vedasi BASINI, *La collazione delle donazioni*, in *I grandi temi, La donazione*, diretto da Bonilini, Torino, 2001, p. 1172 ss.

¹⁶⁵ Cass. SS.UU. 5 agosto 1992, n. 9282 in Giust. Civile, 1992, 12, I, 2991.

trattamento dei legittimari che abbiano ricevuto donazioni dal *de cuius*, viene, in questo modo, posta nelle condizioni di pervenire a risultati più aderenti alla verità storica e alla portata sostanziale delle vicende patrimoniali intervenute.

Complice, forse, l'esigenza da parte della dottrina di un intervento capace di rispondere in maniera più ampia alla questione, gli assunti della Corte sono stati, tuttavia, (*sovra*)interpretati non solo nel senso di ritenere oggetto della donazione l'immobile e non il denaro, ma anche nel senso della applicazione alle donazioni indirette di tutti i rimedi posti a tutela dei legittimari (*in primis* le azioni di riduzione e restituzione).

Già all'indomani della pronuncia in commento, tuttavia, parte della dottrina manifestava un certo scetticismo nei confronti di questa interpretazione sottolineando, da un lato, come la pronuncia si fosse limitata alla questione relativa alla collazione e, dall'altro, puntando sulla considerazione che il sistema normativo non legittima a pervenire alla conclusione che gli strumenti di tutela dei legittimari siano da intendersi un pacchetto inscindibile di tutele.

Nonostante queste voci contrarie, tuttavia, la dottrina e la prassi notarile, influenzate dalla interpretazione più ampia, sono state indotte ad approcciare alle donazioni indirette con le stesse preoccupazioni suscitate dalle donazioni dirette, in special modo in punto di circolazione dei beni di provenienza donativa.

Ciò si è tradotto nella tendenza a non enunciare le modalità di pagamento nell'atto e, in conseguenza, ad occultare la quasi totalità delle donazioni indirette con evidenti problemi di tutela dei legittimari e imbarazzi nell'ipotesi di donante intenzionato, in punto di successione, a rimediare a sperequazioni non volute tra i suoi legittimari (questione su cui si tornerà appresso).

Già prima del più recente intervento della Cassazione, come si diceva, parte della dottrina¹⁶⁶ evidenziava come alle donazioni indirette non potessero applicarsi le norme in tema di riduzione e restituzione nei confronti del terzo avente causa dal donatario. Ciò in considerazione del fatto che nelle donazioni indirette non c'è corrispondenza tra il bene acquistato e quanto è uscito dal pa-

¹⁶⁶ IACCARINO, *Donazioni indirette. Profili tributari e disciplina dell'imputazione, della collazione e della riduzione*, in *Notariato*, 2008, 3, p. 270 ss.

trimonio del donante che, come tipicamente avviene nell'ipotesi dell'adempimento del terzo, rimane del tutto estraneo al titolo in base al quale il donatario riceve indirettamente il bene in cui si sostanzia il suo arricchimento¹⁶⁷.

Se tanto è vero, il meccanismo della riduzione, che incide sul titolo dell'acquisto, non potrà essere in grado, come avviene nelle donazioni dirette, di rendere l'acquisto *a non domino* e, a fronte di ciò, di aprire la strada all'effetto restitutorio. Anzi, se anche alle donazioni indirette si procedesse con la caducazione del titolo di acquisto del donatario, il bene trasferito a quest'ultimo o la somma a lui versata dovrebbe per coerenza ritornare nel patrimonio del terzo con il quale il gratificato ha contrattato e mai nel patrimonio del *de cuius* del quale non hanno mai fatto parte!

Conseguenza di ciò è che l'azione di riduzione dovrà limitarsi ad incidere sul risultato della liberalità, ovvero sull'effetto incrementativo che la stessa ha prodotto nel patrimonio del donatario così gettando le premesse per una restituzione di detto valore al legittimario senza che sia messa in discussione la titolarità del diritto da parte del donatario e, conseguentemente, dei suoi eventuali aventi causa¹⁶⁸.

¹⁶⁷ CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 131 ss.

¹⁶⁸ Il punto merita una precisazione in considerazione della non uniformità di opinioni espresse in dottrina. In via di premessa, acclarato che per la dottrina preferibile (che ha trovato, poi, riscontro nella Cass. 11296/2010) il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione non comporta il ritorno del bene nel patrimonio ereditario del donante (non avendo mai fatto parte dello stesso), ne consegue che è precluso che qualunque pretesa avente oggetto la *res* possa individuare il suo fondamento *iure hereditatis* in forza della vocazione necessaria, in quanto il titolo ereditario attribuisce diritti sui beni del *de cuius* (o su beni che per effetto della riduzione possono ritornare, in senso figurato e non giuridico stante quanto detto sopra con riguardo agli effetti dell'azione, nel suo patrimonio) ma non su beni di altri soggetti. Secondo CARNEVALI, *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 11, p. 75 e DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 111, allorché il donatario sia ancora nella disponibilità della *res* donata, l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione garantirebbe comunque (una sorta di) tutela reale al legittimario ponendosi a carico del donatario l'obbligo di trasferirgli il bene (che, in mancanza di adempimento spontaneo, potrebbe essere recuperato anche per il tramite dell'art. 2932 c.c.). Altra parte della dottrina, invece, ritiene che ciò non sia possibile perché l'acquisto del legittimario leso deve avvenire necessariamente *iure hereditatis* dal *de cuius* e non attraverso un negozio *inter vivos* posto in essere con il donatario. Il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione non potrebbe pertanto determinare l'inefficacia del titolo in forza del quale il donatario ha acquistato e a cui il donante è rimasto estraneo, ma determinerebbe l'inefficacia del solo accordo tra donante e donatario. Ne consegue che, tolta efficacia a tale accordo, sorgerà in capo al donatario solo l'obbligazione di restituire per equivalente quella parte di arricchimento ottenuto ormai non più sorto causalmente. La sentenza di riduzione determinerà quindi, in capo al legittimario leso solo il sorgere di un mero diritto di credito che non potrà produrre alcuna efficacia riflessa nei confronti

Come si è anticipato, questi orientamenti hanno trovato una conferma in una recente pronuncia della Cassazione (11496/2010) che, quasi a voler riprendere il discorso iniziato con la pronuncia del 1992, ha manifestato a chiare lettere quel convincimento già diffuso circa l'inapplicabilità alla riduzione delle liberalità indirette del principio della quota di legittima in natura, connaturale, invece, all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile (art. 560).

Occorre precisare che, in primo luogo, la Cassazione ha correttamente spostato l'asse del diritto del legittimario leso sul concreto arricchimento del beneficiario indiretto e quindi sul reale valore del bene acquistato da quest'ultimo (e, quindi, coerentemente con gli assunti circa l'identificazione dell'oggetto della donazione con l'immobile acquistato, non col prezzo pagato).

In secondo luogo, si è statuito che tale principio si applichi non solo nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario indiretto ma, e qui è la più rilevante innovazione, anche nei confronti dello stesso beneficiario che al momento dell'apertura della successione non abbia trasferito l'immobile a terzi¹⁶⁹.

In fin dei conti la Corte ha escluso che il legittimario possa vantare una pretesa reale nei confronti di un bene che non avendo materialmente mai fatto parte del patrimonio del donante non è legittimo che in questo torni a fronte dell'esercizio dell'azione di restituzione.

La tutela reale offerta dall'azione di restituzione è, dunque, da intendere sempre (e solo) come posta in funzione del ripristino dello *status quo ante* e, in conseguenza di ciò, non è plausibile che sia offerta al legittimario con riferimento a un bene che, essendo del tutto estraneo al patrimonio del donante, non è plausibile che in questo torni.

La *res*, dunque, non costituisce mero strumento di garanzia dell'adempimento della prestazione obbligatoria ma paracadute per il legittima-

degli aventi causa del donatario i quali non dovranno quindi temere alcuna conseguenza pregiudizievole per il loro acquisto. In tal senso AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, Studio n. 17/2009/C, approvato dalla Commissione Studi civilistici a cura del Consiglio Nazionale del Notariato il 22 aprile 2009, in *Riv. Not.*, 2009, 4, p. 827 ss.

¹⁶⁹ In tal senso AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, cit., p. 827 ss.

rio nella sola ipotesi in cui il suo ritorno nel patrimonio del donante sia comunque idoneo a ricostituire il patrimonio così come questo si presentava prima che venisse effettuata una donazione oltre i limiti della disponibile.

Sbaglia, ad avviso di chi scrive, chi ritiene, invece, che l'operazione dipenda da una degradazione dei diritti del legittimario a beneficio della buona fede e della stabilità dei traffici giuridici anche al fine di riconoscere con ciò avviato un percorso che legittimi l'interprete a una lettura meno rigorosa della tutela dei legittimari al di fuori dell'ambito delle donazioni indirette.

Come evidenziato nel capitolo 2 appare, invece, che la riforma dell'art. 563 abbia, piuttosto, confermato un atteggiamento di rigore a favore dei legittimari. La sentenza in commento, si ripete, non risponde ad una scelta di politica del diritto quanto all'incongruenza, già evidenziata in dottrina, in ordine all'applicazione del rimedio restitutorio esercitato nei confronti di un bene estraneo al patrimonio del donante.

2. Effetti nella pratica negoziale.

Come è facile arguire dalle conclusioni cui si è giunti nel paragrafo precedente, le ricadute che l'indirizzo assunto dalla Cassazione può avere sugli scambi commerciali sono notevoli, atteso che lo strumento della donazione indiretta sembra rappresentare la soluzione che meglio di ogni altra è in grado di risolvere l'annoso problema della circolazione dei beni provenienza donativa.

In via preliminare occorre rilevare che la L. 248/2006, nel predisporre misure volte a inibire il riciclaggio illecito del denaro, ha imposto al notaio di far emergere dall'atto i dati e le informazioni relative al pagamento del prezzo nelle contrattazioni immobiliari. La norma, inoltre, 'propone' al professionista una serie di canoni comportamentali sempre funzionali all'accertamento delle ragioni della movimentazione finanziaria ed economica.

Posta, quindi, la distinzione tra ciò che è necessario che ricorra e ciò che è opportuno, indubbiamente l'effetto principale della norma è stato quello di precludere la prassi, in passato diffusa, di rendere in atto dichiarazioni generiche

circa l'ammontare del corrispettivo e delle relative modalità con cui lo stesso veniva corrisposto. Sotto il profilo dell'opportunità, invece, è da ricondurre la possibilità, cui apre la norma, a che il notaio indaghi in ordine ai profili causali del rapporto negoziale tra le parti.

Nel contesto di questo già rinnovato scenario, prima del più recente arresto della Cassazione, la donazione indiretta poneva il professionista di fronte all'imbarazzo, da un lato, di rispettare gli obblighi derivanti dalla L. 248/06 e, dall'altro, di tutelare gli interessi della parte evitando indagini eccessivamente meticolose funzionali all'opportunità di esplicitare l'intento donativo e ciò al fine di evitare ogni rischio in ordine alla circolazione del bene oggetto dell'acquisto.

L'inidoneità di questo accorgimento a precludere ai legittimari lesi la prova della *causa donandi*, abbinato alla consapevolezza maturata nel 1992 dalla Cassazione circa l'oggetto delle donazioni indirette ha, quindi, indotto l'adozione di soluzioni ascrivibili, a voler essere generosi, nell'ambito degli espedienti quali la scissione, temporale e formale, della donazione del denaro occorrente per l'acquisto rispetto all'atto traslativo vero e proprio al fine di scindere il nesso di derivazione teleologica tra i due momenti.

Indubbiamente, i più recenti arresti della Cassazione dovrebbero ammantare il sistema di maggiore credibilità traducendosi, nella pratica contrattuale, in una radicale inversione di tendenza nella tecnica redazionale che dovrebbe tendere, diversamente dal passato, piuttosto che ad occultare la causa donativa, ad esplicitarla al precipuo scopo di rendere palese l'utilizzo di uno strumento immune dalla tutela reale dei legittimari del donante.

Tale modalità redazionale, tra l'altro, sarebbe funzionale ad una maggiore trasparenza, non solo sotto il profilo fiscale e, quindi, in coerenza con i più recenti interventi normativi circa le indicazioni in atto delle modalità di pagamento, ma anche con riferimento al ruolo del notaio che, liberato dai condizionamenti derivanti dalla potenziale attivazione dei rimedi posti a tutela dei legittimari, si troverebbe, oggi, nelle condizioni di poter assecondare la volontà delle parti offrendo loro la disponibilità di uno strumento contrattuale che fedelmente

rappresenti l'operazione negoziale da loro posta in essere e, anche sul piano successorio, non si presti a veicolare sperequazioni di cui, non rimanendo traccia nel mondo del diritto, i legittimari non donatari avrebbero una ragione in più per dolersi con ovvie conseguenze sul piano della serenità familiare.

Prima di stemperare i toni dell'entusiasmo con alcuni rilievi problematici, vale la pena porre in evidenza l'orientamento di quella dottrina¹⁷⁰ che ritiene che gli assunti cui è pervenuta, più recentemente, la Cassazione valgano anche a incidere su quel radicato convincimento secondo il quale la disattivazione del rimedio restitutorio non possa trovare applicazione con riferimento ad un tipico veicolo di donazioni indirette qual è il contratto a favore del terzo.

Secondo tale orientamento, infatti, se è vero che anche in questa ipotesi il beneficiario è avente causa del promittente rispetto ad uno stipulante (donante) che rimane sullo sfondo, è altresì innegabile che la partecipazione di quest'ultimo all'atto denuncia un ruolo contrattuale diverso rispetto a quello svolto, ad esempio, dal donante indiretto nell'ipotesi dell'adempimento del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c. L'operazione negoziale cui le parti danno luogo, infatti, nasce con il donante essendo solo deviate a favore del terzo gli effetti finali della fattispecie in virtù di apposita clausola contrattuale. E tale diversità è da rinvenire anche con riferimento all'ipotesi della revoca della stipulazione rispetto alla quale l'art. 1411, co. 3, giustifica la scelta di far sì che la prestazione torni ad essere rivolta allo stipulante.

Secondo la dottrina in commento, la sentenza di riduzione, incidendo solo sulla clausola di deviazione a favore del terzo, dovrebbe, negli effetti, essere assimilata alla revoca della stipulazione con la conseguenza che, così come in quest'ultimo caso la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, allo stesso modo, in seguito alla riduzione, essa rientra nel patrimonio del *de cuius*.

In conseguenza di ciò non potrà negarsi ai legittimari di quest'ultimo il diritto a richiedere la restituzione in natura non solo del bene acquistato dal terzo *donandi causa* ma anche da parte dei terzi aventi causa dal donatario.

¹⁷⁰ MENGONI, *Successioni*, cit., p. 253; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 605 ss.

Come si anticipava, la dottrina preferibile¹⁷¹ ritiene, invece, che le considerazioni della Cassazione in ordine alla circostanza che «alla riduzione delle liberalità indirette non si possa applicare il principio della quota di legittima in natura», investano ogni ipotesi di donazione indiretta rendendosi del tutto superfluo qualunque riferimento alle peculiarità dello schema negoziale concretamente impiegato essendo poco plausibile creare all'interno di una medesima categoria distinzioni e discipline diverse.

Si evidenzia, tra l'altro, che basterebbe prevedere ai sensi del 1411 che, in caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittare, la prestazione non rimanga a beneficio dello stipulante perché siano precluse le conclusioni cui perviene la citata dottrina¹⁷².

¹⁷¹ IACCARINO, *Liberalità indirette*, cit., p. 257; AMADIO, *Gli acquisti*, cit., nt. 60, p. 842 ss. il quale, pur esprimendo dubbi sulla possibilità che in questa ipotesi l'azione di riduzione, attraverso l'inopponibilità al legittimario della clausola di deviazione degli effetti, possa determinare la riattraazione del bene nel patrimonio del donante, ritiene «preferibile per il notaio, suggerire il ricorso a procedimenti negoziali alternativi, primo fra tutti proprio il modello fornito dalla c.d. intestazione di beni in nome altrui [...] così da escludere in radice qualsiasi eventualità di caducazione dell'acquisto, connessa all'esperienza dell'azione di riduzione».

¹⁷² Analogamente è a dirsi per il *negotium mixtum cum donatione*. Per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, avendo lo stesso natura di negozio indiretto esterno alla struttura del contratto materialmente impiegato per veicolare la liberalità ed avendo l'impugnativa del legittimario ad oggetto detto accordo esterno, gli strumenti di tutela della riserva farebbero sorgere, se vittoriosamente esperiti, solo un obbligo in capo al beneficiario di corrispondere al legittimario il valore dell'arricchimento non producendo alcun effetto nei confronti dei terzi subacquirenti del bene. Così DELLE MONACHE, *Successione*, cit., p. 115. Diversamente BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 481 e SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 226, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 49 i quali ritengono, al contrario, che l'accordo relativo alla realizzazione della liberalità penetri nel contenuto del contratto perfezionato dalle parti in modo che lo stesso contratto realizzerebbe sia la funzione di scambio che quella donativa. La tutela reale dei diritti di legittima sarebbe, poi, ipotizzabile dato che, contrariamente a quanto detto per le fattispecie del contratto a favore di terzo e dell'adempimento del terzo, il bene che costituisce oggetto della donazione proviene direttamente dal patrimonio del donante e risulta quindi possibile un suo ritorno nel patrimonio ereditario e un suo acquisto *iure hereditatis* da parte del legittimario che ha agito in riduzione. Nello stesso senso Trib. Lucca 13 gennaio 2005 in *Giur. Merito*, 2005, 7/8, 1531 con nota di TEDESCO, *Sulla riduzione di liberalità elargite mediante negotium mixtum cum donatione*: «se mediante *negotium mixtum cum donatione*, il *de cuius* abbia venduto ad un suo discendente l'unico immobile compreso nel suo patrimonio ad un prezzo molto inferiore al valore reale, la riduzione in favore dei legittimari lesi da tale negozio non si opera sulla quantità di denaro risparmiato dal discendente che ne è stato acquirente, ma sulla frazione dell'immobile che il *de cuius* intese non vendergli ma donargli»

3. Donazione indiretta e donazione simulata.

Come già evidenziato (cap. 1, § 5), la simulazione negoziale presenta profili di stretta affinità con la fattispecie del negozio indiretto ricorrendo, in entrambe le figure, una consapevole discrasia tra la causa tipica del negozio impiegato e l'intento pratico perseguito concretamente dalle parti.

Sotto un profilo più marcatamente teorico, può dirsi che, mentre il negozio simulato è fittizio, ossia non voluto dalle parti, il negozio indiretto è effettivamente voluto e rappresenta, anzi, lo strumento necessario per il perseguimento dei fini che le parti del negozio hanno di mira¹⁷³.

Volendo indagare la fattispecie sotto un profilo più concreto e, ai fini che ci interessano, con riguardo alle liberalità, risulta opportuno verificare le differenze tra una liberalità indiretta e una liberalità attuata mediante una vendita simulata che dissimuli una donazione (il tutto tralasciando le difficoltà operative nascenti dalle modifiche legislative introdotte dalla L. 248/06).

Secondo la dottrina dominante¹⁷⁴, seppur in contrasto con la giurisprudenza¹⁷⁵, il contratto simulato è inefficace nei confronti delle parti e di conseguenza, tornando all'esempio, tra le parti non avrà efficacia la vendita (simulata) ma la donazione (realmente voluta).

Ai fini del raffronto, sotto il profilo dell'efficacia, delle varie fattispecie che possono farsi veicolo di liberalità, assume un importante rilievo la circostanza che la natura simulata dell'atto di provenienza, ai sensi dell'art. 1415 c.c., non può essere opposta ai terzi in buona fede che hanno acquistato dal titolare apparente, salva la trascrizione anteriore all'acquisto della domanda di simulazione ai sensi dell'art. 2652, n. 4.

¹⁷³ DISTASO, *ad vocem Simulazione nei negozi giuridici*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1970, p. 366

¹⁷⁴ GALGANO, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1998, 1

¹⁷⁵ In giurisprudenza pare, infatti, prevalere l'opinione che il negozio simulato sia nullo per mancanza dell'elemento essenziale della volontà seppur efficace nei confronti del terzo di buona fede in base al principio della apparenza imputabile (Cass. 125/1981). Si è però pure sostenuto (Cass. 32/1985) che la nullità dipenderebbe dal difetto di causa. In entrambi i casi si perviene all'impossibilità di applicare gli istituti della conferma, della convalida e dell'esecuzione volontaria nonché dell'istituto della conversione del negozio nullo.

Su queste premesse è possibile rilevare che:

a) il terzo avente causa dal donatario di liberalità *diretta* è sempre attaccabile dai legittimari lesi in virtù dell'azione restitutoria;

b) il terzo avente causa del donatario *indiretto*, seguendo la teoria sopra esposta, dovrebbe essere al sicuro in quanto non attaccabile;

c) l'avente causa dall'acquirente simulato (in realtà dal donatario) è sempre salvo purché trascriva il suo acquisto prima di una eventuale domanda di simulazione.

Indubbiamente, dunque, il sistema presenta un'anomalia posto che, nell'ottica delle tutele offerta al legittimario leso nei suoi diritti di riserva e, soprattutto, nell'ottica dei terzi aventi causa del donatario indiretto (simulato acquirente), si creerebbe un'ingiustificata sperequazione.

Ciò non fa che avvalorare l'orientamento dottrinale nato all'indomani del più recente arresto della Cassazione in materia di azione di restituzione e liberalità indirette. A voler ritenere il contrario, infatti, solo con la simulazione di vendita, e non anche con la donazione indiretta, sarebbe possibile porre il terzo acquirente al riparo da rivendicazioni da parte dei legittimari ma, così facendo, finirebbero con l'essere trattate in maniera significativamente diversa fattispecie sostanzialmente identiche con molti dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale.

Come rilevato in dottrina¹⁷⁶, inoltre, non sarebbe assolutamente scontata la reazione dell'autorità giudiziaria allorquando il legittimario leso da una donazione simulata, invocasse l'applicazione non dell'art. 2652 n. 4 (trascrizione della domanda di simulazione) ma del 2652 n. 8 (trascrizione della domanda di riduzione) e ciò per il fatto che la vendita simulata, sotto il profilo sostanziale, in nulla differisce da una liberalità attuata in forma diversa dalla donazione.

Un ulteriore profilo problematico è rappresentato dalla prova della simulazione atteso che, ai sensi dell'art. 1417 c.c., alla prova testimoniale possono ricorrere solo i creditori e i terzi, non anche le parti. La domanda, ai fini

¹⁷⁶ IACCARINO, *Le liberalità indirette*, cit., p. 42.

dell'indagine che si sta conducendo è, dunque, se i successori del simulato venditore (cioè del donante) siano parti o terzi.

Secondo la dottrina¹⁷⁷, i successori delle parti si considerano terzi se a titolo particolare; mentre sono sottoposti al medesimo onere probatorio delle parti se successori a titolo universale, subentrando, gli stessi, nella medesima posizione giuridica del loro dante causa.

La giurisprudenza, tuttavia, afferma costantemente che i legittimari che impugnino per simulazione gli atti del *de cuius*, non potendo soddisfare sul *re-lictum* il loro diritto di riserva, vanno considerati terzi ai sensi dell'art. 1417 c.c. potendo, pertanto, contare anche sulla prova testimoniale senza limiti per provare la simulazione¹⁷⁸.

In buona sostanza il legittimario sarebbe terzo rispetto all'atto simulato solo se egli provi che la disposizione (donazione simulata da contratto di compravendita, nel caso di specie) costituisca lesione del proprio diritto all'integrità della quota di riserva.

Ma sul tema è certamente destinato ad incidere un più recente arresto della Cassazione¹⁷⁹ che ha tratto origine da un lite sorta con riguardo ad un contratto definitivo di compravendita nel quale era stato indicato un prezzo notevolmente inferiore a quello pattuito nel contratto preliminare e dalla successiva azione di risoluzione per inadempimento promossa dal venditore a causa del rifiuto dell'acquirente di versare la differenza fra il prezzo convenuto nel preliminare e quello dichiarato nel contratto definitivo di compravendita.

¹⁷⁷ GALGANO, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, cit., p. 59

¹⁷⁸ Cass. 30 luglio 2002, n. 11286 «ai fini della prova della simulazione di vendita posta in essere dal *de cuius* per dissimulare una donazione, può ritenersi terzo, con conseguente ammissibilità della prova senza alcun limite, l'erede legittimo che contestualmente all'azione volta alla dichiarazione di simulazione, abbia proposto domanda di riduzione delle disposizioni che assume lesive dei propri interessi di legittimario». Ma nello stesso senso: Cass. 24 febbraio 2000, n. 2093 e Cass. 21 aprile 1998, n. 4024.

¹⁷⁹ Cass. 6 settembre 2006, n. 19146, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 6, I, p. 645 ss.

Anche in questo caso la Suprema Corte - ma l'orientamento è tutt'altro che costante sul punto¹⁸⁰ - ha ammesso la prova per testi circa l'effettivo prezzo pattuito tra le parti sostenendo che i limiti alla prova della simulazione imposti dagli artt. 1414 e 1417 c.c. non si applicano quando sia stata simulata una sola clausola contrattuale, fermo restando il generale divieto di provare per testimoni i patti aggiunti a un contratto.

La legittimazione del legittimario leso quale 'terzo' ai sensi dell'art. 1417 c.c. e, a voler aderire all'indirizzo giurisprudenziale appena esposto, la generale inapplicabilità dell'art. 1417 alla simulazione relativa del prezzo, rende poco ragionevole la strada della simulazione per veicolare liberalità nella speranza di evitare i problemi di circolazione dei cespiti donati.

Ciò a maggior ragione se, con il sostegno dei più recenti arresti della Cassazione, si aderisce alla tesi dell'inapplicabilità dei rimedi restitutori di matrice reale per le liberalità indirette.

¹⁸⁰ Il problema relativo all'ammissibilità della prova per testimoni sul prezzo effettivo di vendita nel caso di simulazione (relativa) del prezzo (es. le parti dichiarano nella vendita un prezzo più basso di quello reale per ragioni fiscali) è, in verità, oggetto di una interpretazione piuttosto variabile della giurisprudenza. In una simile ipotesi sorge il dubbio se il prezzo reale debba risultare da atto scritto in quanto afferente ad un contratto che richiede tale forma *ad substantiam*. La giurisprudenza ha sostenuto la tesi negativa sulla base di una particolare ricostruzione della simulazione del prezzo la quale, non investendo l'intero contratto, bensì solo una clausola dello stesso non sarebbe da intendere quale patto aggiunto o contrario al contenuto del contratto cui applicare i limiti della prova testimoniale di cui agli artt. 1417 (che ammette la prova testimoniale solo quando l'azione sia esercitata da terzi o creditori ma non dalle parti) e 2722 (che esclude la prova testimoniale con riferimento a patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento). In base a tale impostazione, la prova sull'effettivo prezzo può essere, quindi, data anche tramite escussione testimoniale e/o presunzioni. Secondo la dottrina, invece, quella del prezzo è simulazione relativa a tutti gli effetti cui applicare l'art. 1414, 2 in tema di forma nonché le citate norme di cui agli artt. 1417 e 2722. Pertanto sarà ammissibile provare per testimoni il prezzo realmente pagato *solo* in caso di perdita incolpevole della controdichiarazione scritta (art. 2725) se essa esiste. Secondo questo orientamento – sostenuto dalle Sezioni Unite (sent. n. 7246 del 26 maggio 2007) e, più di recente, affermato dalla Seconda Sezione Civile (sent. n. 7769 del 5 aprile 2011) – quindi, il limite di prova di cui all'art. 1417 c.c. opera anche in caso di simulazione sul prezzo, avendo la prova ad oggetto un elemento essenziale del contratto avente forma scritta *ad substantiam*.

4. Enunciazione tardiva della causa liberale: l'*expressio causae*.

Come evidenziato precedentemente, l'esigenza del testatore (o, più spesso, del successore) di anticipare il trattamento successorio ad una fase precedente alla propria morte, abbinato al timore legato alle conseguenze negative che la provenienza donativa comporta con riguardo alla circolazione dei beni donati, ha indotto gli operatori del diritto non solo ad abusare dello strumento delle donazioni indirette ma anche a 'blindarle' attraverso raffinate tecniche redazionali volte a celare l'intento donativo.

La normativa nazionale appare, per ragioni da ascrivere più all'esigenza di far cassa che a quella di consolidare il patto sociale, sempre più nella direzione di reprimere l'evasione fiscale e il riciclaggio di denaro anche attraverso un attento monitoraggio dei flussi di denaro. Ciò implica, come evidenziato, una più agevole emersione della reale portata causale del negozio indipendentemente dalla volontà delle parti.

Posto che l'adesione all'orientamento dottrinale proposto nelle pagine precedenti dovrebbe indurre con ancora più sicurezza rispetto al passato ad emanciparsi da un simile modo di procedere, appare evidente come, nella pratica, l'operatore del diritto e, più nello specifico, il notaio si può trovare a dover risolvere intricate vicende patrimoniali proprio per l'uso incontrollato e poco consapevole che si è fatto e si fa delle donazioni indirette, le cui ricadute successive sono tra le cause più frequenti di liti.

È per tale ragione che, come evidenziato a più riprese nel presente lavoro, qualunque indagine sull'alternativa testamentaria sarebbe del tutto incompleta e, nell'applicazione pratica, lesiva degli interessi del disponente, se non opportunamente canalizzata nella vicenda successoria. Ciò che, in verità, in passato è raramente avvenuto, complice, come si diceva, anche una maggiore flessibilità in punto di obblighi formali nella redazione della clausola del prezzo.

Con la c.d. sistemazione familiare si intende l'operazione volta a stabilizzare la vicenda successoria riconsiderando in funzione della stessa le vicende negoziali anticipatore e alternative al testamento con cui il *de cuius* - consape-

volmente o meno - ha intrapreso l'operazione di distribuzione del proprio patrimonio per il tempo successivo alla morte.

Se tali liberalità sono state effettuate tramite donazioni tipiche a favore di tutti o solo alcuni discendenti, sarà ipotizzabile il perfezionamento di altre donazioni dirette al fine di pervenire, complessivamente, ad un trattamento di equivalenza ed imputando l'eventuale eccedenza sulla quota disponibile con dispensa da collazione.

Detta operazione sarà il frutto di un giudizio necessariamente prognostico (come si è evidenziato nel capitolo 2), posto che, in termini strettamente patrimoniali, solo dopo l'apertura della successione sarà possibile definire l'entità della quota disponibile e verificare se le donazioni intervenute in vita abbiano o meno leso le quote di legittima degli altri riservatari (il tutto senza considerare l'eventuale sopravvenienza di legittimari). Appare appena il caso di precisare che detti rischi saranno ridotti ove i disponenti (solitamente i genitori) siano avanti negli anni.

La sistemazione familiare è, invece, più complessa da realizzare allorché il disponente abbia negli anni disposto del suo patrimonio in parte con donazioni dirette e in parte con donazioni indirette (tipico il caso dell'adempimento del terzo nell'acquisto della casa di abitazione o del genitore che, nell'atto di acquisto, si costituisca parte mutuataria al fianco del figlio).

Allo scopo potrebbe essere utile ricreare una parità di trattamento mediante il riconoscimento postumo delle donazioni intervenute nel tempo; eventualità, questa, che deve, invero, tenere conto della possibilità che il donatario non abbia alcuna intenzione di rinunciare al vantaggio successorio risultante dalla realtà giuridica formale o che il donante non possa più farlo perché, per esempio, in cattive condizioni di salute.

Quanto allo strumento giuridicamente utilizzabile per la sistemazione familiare, si 'contendono il campo' 1) il negozio di accertamento, 2) la ricognizione del debito, 3) la transazione e 4) la confessione stragiudiziale ma occorre anticipare che l'indagine sconta le incertezze dottrinali sorte negli ultimi anni in merito a ciascuna di queste fattispecie.

Quanto al negozio di accertamento, data per risolta la questione molto dibattuta circa la ricevibilità dello stesso da parte del notaio¹⁸¹, occorre rilevare come lo stesso appaia, in astratto, uno dei mezzi più idonei allo scopo atteso che le parti rimuoverebbero per il suo tramite la situazione di incertezza ingenerata da un rapporto negoziale tra loro già sorto determinandone, con efficacia tra loro vincolante, l'esistenza, il contenuto e i limiti.

In concreto, però, è percorribile, con un egual grado di appagamento, la ricognizione di debito ai sensi dell'art. 1988 c.c. che presuppone un fatto – nel caso in esame la donazione indiretta – sul quale da parte del suo autore non vi è alcuna incertezza e la sua emersione giova al rafforzamento di una posizione giuridica¹⁸².

La distinzione tra le due fattispecie fondata sul binomio certezza/incertezza della situazione pregressa, molto netta sotto il profilo teorico, appare molto meno definita se osservata da un punto di vista pratico in particolare nell'ipotesi in cui l'attività di accertamento si sostanzia in un negozio unilaterale¹⁸³.

Secondo parte della dottrina¹⁸⁴, una chiave di lettura per definire gli ambiti operativi dei due negozi può essere rinvenuta nel fatto che quando la volontà tesa a disvelare la portata causale della donazione indiretta provenga dal donante

¹⁸¹ La questione è stata (ed è) quanto mai accesa in dottrina essendo da più parti paventato il rischio per il notaio di oltrepassare i limiti della propria attività invadendo la competenza dell'autorità giudiziaria con conseguente applicazione per il professionista dell'art. 28 della legge notarile. Come evidenziato da MATTERA, *I negozi notarili di accertamento dell'avvenuta usucapione*, atti del 41° raduno invernale Notai d'Italia, 10-17 febbraio 2008, la tesi negativa poggia su un equivoco di fondo, e cioè sulla convinzione per la quale il notaio, stipulando un negozio di accertamento, finirebbe con l'attribuire pubblica fede alle dichiarazioni dei contraenti e creerebbe un negozio dotato della stessa efficacia di una sentenza di accertamento. In realtà i confini di efficacia dell'atto notarile sono definiti dall'art. 2700 c.c. in virtù del quale lo stesso, tra l'altro, fa piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza. Pertanto, poiché un atto notarile di accertamento non ha e non può avere il valore di una sentenza, lo stesso non sarà mai preclusivo all'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice.

¹⁸² GIORGIANNI, ad vocem *Accertamento (Negozio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 227 ss.

¹⁸³ La dottrina tende ad ammettere l'accertamento unilaterale del donatario ritenendo che sussista l'interesse della parte alla rimozione dell'incertezza di una determinata situazione pregressa e alla conseguente – altrettanto unilaterale – vincolatività alla dichiarazione effettuata. Diversamente, tende a darsi risposta negativa alla possibilità che l'accertamento unilaterale provenga dal donante non rinvenendosi un interesse contrario all'accertamento della fattispecie.

¹⁸⁴ TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008, p. 164.

(o dal donante e donatario congiuntamente) si avrà atto ricognitivo essendo la portata effettuale del fatto storico già chiaro alle parti ancorché non espresso

Qualora, invece, l'*expressio causae* provenga dal solo beneficiario, la dichiarazione avrà la funzione di eliminare un'incertezza integrando, dunque, un accertamento. E ciò anche in considerazione del fatto che del negozio di accertamento ricorrerebbe la dichiarazione *contra se*, quale evidentemente deve essere considerata quella del donatario indiretto che disveli la natura liberale del suo acquisto.

Quanto ai confini tra la transazione e l'accertamento, la prima fattispecie si caratterizza per una bilateralità che è coesenziale alla reciprocità di concessioni con cui le parti prevengono o estinguono la lite che, rispettivamente, potrebbe sorgere o è già sorta.

Secondo autorevole dottrina¹⁸⁵, inoltre, diversamente dall'accertamento, la transazione avrebbe una diretta incidenza sulla realtà effettuale o giuridica determinandone una modificazione.

In dottrina è stato, però, giustamente evidenziato come la distinzione causale, netta teoricamente, sfumi allorché si osservi la vicenda sotto un profilo concreto: l'accertamento cui potrebbero voler dar luogo due o più fratelli donatari indiretti di cespiti di diverso valore e ammontare, infatti, avrebbe indiscutibilmente anche una funzione preventiva dell'insorgenza di una lite successoria¹⁸⁶.

La dichiarazione di parte volta ad esplicitare la causa del negozio, potrebbe, come anticipato, trovare la propria sede anche nella confessione stragiudiziale ex art. 2730 ss., integrando dichiarazione di scienza resa fuori dal processo, asseverativa di fatti posti alla base di altrui diritti (la confessione, infatti, consiste nella dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavore-

¹⁸⁵ GIORGIANNI, ad vocem *Accertamento (Negozio di)*, cit., p. 230

¹⁸⁶ In tal senso TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, cit., p. 168 il quale evidenzia anche come sia necessario sgombrare il campo dall'ipotesi di nullità per violazione del divieto dei patti successori non solo perché l'accertamento concernerebbe beni già nella disponibilità dei contraenti ma anche perché, un simile modo di procedere, risulterebbe coerente con la *ratio legis* essendo funzionale al pieno rispetto della normativa successoria.

voli e favorevoli all'altra parte)¹⁸⁷. Certamente potrebbe assumere i contorni della dichiarazione confessoria quella del donatario indiretto ma in tal senso occorre rilevare come parte della dottrina¹⁸⁸ ritiene che si dovrebbe distinguere la dichiarazione del donatario da quella del donante.

La dichiarazione del donatario, diretta a produrre certezza in quanto eliminativa di ogni dubbio circa la provenienza del denaro impiegato per l'acquisto dell'immobile dovrebbe avere natura di accertamento; diversamente natura confessoria dovrebbe avere la dichiarazione resa dal donante che, così operando, ammetterebbe un fatto effettivamente a lui sfavorevole essendogli poi preclusa qualunque azione di restituzione dei confronti del beneficiario.

A prescindere, dal mezzo concretamente impiegato il negozio di sistemazione o di *expressio causae* pone due problemi di carattere giuridico: il primo attiene alle conseguenze sulla comunione legale dei beni, il secondo alla forma.

Rinviando, con riguardo al primo problema, a quanto detto sopra (capitolo 1, § 6); quanto al secondo si evidenzia come, in mancanza di un'espressa previsione di legge in tal senso, dovrebbe vigere il principio della libertà delle forme.

A voler assecondare l'indirizzo dottrinale che propugna il c.d. principio di simmetria, si precisa che comunque sarà sufficiente la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico non essendo necessaria la presenza dei due testimoni, trattandosi dell'accertamento di una donazione indiretta (non soggetta, come già detto, alla forma della donazione ma solo a quella eventualmente prevista dalla legge per il negozio mezzo)¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Da notare, in ogni caso, che ai sensi dell'art. 2735 c.c., trattandosi di una confessione stragiudiziale che non viene resa nei confronti della parte, quale mezzo di prova, essa è liberamente apprezzabile dal giudice.

¹⁸⁸ TORRONI, *La donazione immobiliare: il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze di tutela dei legittimari e di sicura circolazione dell'immobile*. Relazione svolta al convegno sugli *Atti a titolo gratuito e circolazione dei beni. Aspetti civili e fiscali*, organizzato dal Consiglio notarile di Ancona il 27 novembre 2009 e ripreso da IACCARINO, *Le liberalità indirette*, cit., p. 162.

¹⁸⁹ Non di poco conto è la convenienza fiscale posto che concretizzandosi in atti di natura dichiarativa sconteranno l'imposta di registro in misura fissa. Inoltre, per le stesse ragioni, non potranno essere pubblicizzati e, pertanto, non saranno soggetti ad alcuna altra imposta, sia ipotecaria che catastale.

Un discorso a parte merita l'operazione di emersione dell'onere nella donazione allorquando lo stesso sia stato impiegato come strumento di liberalità indiretta. L'esempio è quello del genitore che doni ad uno dei figli l'unica abitazione di cui la famiglia dispone con l'impegno per quest'ultimo di corrispondere al fratello metà del valore dell'immobile. L'opportunità di non esplicitare l'onere nella donazione immobiliare potrebbe essere puramente fiscale, al fine di evitare di gravare il donatario di ulteriori imposte di trasferimento¹⁹⁰.

In primo luogo occorre chiedersi quale valore giuridico abbia l'onere apposto ad una donazione mediante un atto separato e successivo che non risponda ai requisiti di forma stabiliti dalla legge per la donazione essendo, se mai, contenuto in una scrittura privata o, addirittura, reso solo oralmente dalle parti.

In merito occorre evidenziare come due siano gli orientamenti.

Quello preferibile¹⁹¹ è quello che ritiene che il *modus* non sia affetto da nullità non essendo allo stesso applicabile l'art. 782 c.c. in quanto la sua funzione non è quella di accrescere o completare la donazione ma, anzi, quello di limitarla attraverso la circoscrizione del vantaggio per il donatario.

Se tanto è vero, integrando l'onere una liberalità indiretta, l'emersione successiva dell'intento donativo seguirà le stesse regole e gli stessi principi appena osservati.

Argomentando, invece, da quell'orientamento emerso presso talune Corti di merito¹⁹² che propugna l'invalidità dell'onere violativo dell'art. 782 c.c., potrebbe risultare utile inserire nel negozio di accertamento o ricognitivo della donazione anche un atto di conferma ex art. 799 c.c. al fine di sanare il vizio di forma. Legittimati saranno i potenziali eredi del donante (il coniuge, i figli o

¹⁹⁰ Ma anche, ad esempio, quello di «agevolare immediatamente un figlio, magari all'inizio della propria carriera lavorativa dandogli al contempo un margine di tempo sufficiente per adempiere la propria obbligazione nascente dall'onere a favore del fratello.» Così IACCARINO, *Le liberalità non donative*, cit., p. 165

¹⁹¹ Cass. 18 febbraio 1977, n. 739 in *Giur. It.*, 1977, I, 1, 2164 ss.; Cass. 1 marzo 1937, in *Giur. It.*, 1937, I, c. 452. VENDITTI, *La forma del contratto*, in *Trattato delle successione e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, VI, p. 727

¹⁹² Trib. Roma, 31 luglio 1969, in *Foro pad.*, 1969, I, 1069; Appello Bari 26 febbraio 1966, in *Rivista del Notariato*, 1967, p. 406; Appello Lecce, 23 febbraio 1937 in *Giurisprudenza Italiana Rep.*, Ad vocem *Donazione*, 1938, c. 262, n. 47

eventuali ascendenti) i quali, consapevoli del vizio formale, dovranno esprimere la volontà di sanarlo¹⁹³.

Da notare come nel caso di specie si avrebbe un'applicazione estensiva della norma sulla conferma posto che la stessa ricorrerebbe in un momento anteriore alla morte del donante.

Quanto alla partecipazione del donante al negozio di sistemazione familiare occorre precisare che, nell'ipotesi appena paventata, potrebbe essere preferibile escluderne la partecipazione al negozio di conferma posto il rigore di autorevole dottrina¹⁹⁴ sul punto¹⁹⁵.

¹⁹³ TAMPONI, *La nullità del contratto di donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, VI, p. 1140.

¹⁹⁴ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, *cit.*, p. 1662 secondo cui la norma di cui all'art. 799 c.c. avrebbe carattere eccezionale e pertanto non ne sarebbe ammessa un'interpretazione analogica. Pertanto una sanatoria eseguita da un soggetto diverso da quelli indicati dal legislatore, come ad esempio il donante, sarebbe nulla

¹⁹⁵ Da notare che nel caso di specie è escluso il ricorrere di una violazione del divieto dei patti successori per la decisiva considerazione che tali atti, non idonei a disporre di una futura eredità, consentiranno semplicemente di attivare dopo la morte del disponente con più efficacia i rimedi posti a tutela dei legittimari.

CAPITOLO 4

IL PROBLEMA DELLA PROVENIENZA DONATIVA NEL MODELLO FRANCESE.

Nel 2006 in Francia è caduto il divieto del patto successorio rinunciativo e la riforma, oltre a risolvere il problema della circolazione dei beni di provenienza donativa, ha aperto nuovi orizzonti di indagine per il fenomeno delle successioni contrattuali. La riforma francese ha adottato una soluzione che gli interpreti italiani immaginano da anni per stemperare i vincoli all'autonomia testamentaria derivanti dall'art. 458 c.c. In prospettiva, sarà interessante verificare se gli orientamenti dottrinali italiani nati attorno al più recente arresto della Cassazione in ordine al rapporto tra azione di riduzione e liberalità indiretta saranno in grado di sopire le richieste di riforma dell'art. 458 c.c. così sancendosi in via definitiva una discontinuità con l'esperienza giuridica francese.

1. Le successioni nel diritto comparato.

La dottrina, da tempo, è pervenuta alla consapevolezza che il diritto delle successioni rappresenta un'area del diritto privato «tematicamente inadatta»¹⁹⁶ ad una ricognizione comparatistica che non voglia limitarsi alla giustapposizione delle regole dei diversi modelli giuridici. Ciò dipende, in buona misura, dalla particolare sensibilità che le regole del sistema delle successioni presentano rispetto al contesto politico in cui ha luogo la loro evoluzione¹⁹⁷ ma, soprattutto, alla mutevolezza delle istanze sociali, sollecitate dai modelli organizzativi sempre più democratici, con riguardo ai due pilastri fondamentali della materia: la proprietà e la famiglia¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Così ZOPPINI in G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich, *A. Zoppini, Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 6a ed., Roma-Bari, 2004, p. 315.

¹⁹⁷ ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994, p. 23 secondo il quale: «la materia successoria resta condizionata in maniera sensibile dall'elemento normativo frutto delle esigenze e delle scelte politiche del potere sovrano e dei ceti egemoni».

¹⁹⁸ ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, cit., p. 316 «Appena, tuttavia, si sposta l'attenzione dalle regole ai modelli, dalle divergenze nella disciplina alle ricorrenze strutturali

Proprio partendo da questi punti di riferimento si è pervenuti, assecondando una lettura diacronica e storicistica del fenomeno successorio, all'individuazione di quattro modelli fondamentali: quello della successione familiare non proprietaria; quello della successione né familiare e né proprietaria; quello della successione proprietaria ma non familiare e, in ultimo, quello della successione proprietaria e familiare. Ciascuno dei modelli indicati, infatti, si ricollega ad un'esperienza storica: al primo corrisponde la successione nella proprietà familiare del gruppo parentale; al secondo la successione necessaria dello Stato nell'intera eredità, che è stata l'esperienza conosciuta in un breve periodo dalla Russia rivoluzionaria; al terzo la piena libertà testamentaria, che è stata la regola dell'Inghilterra a cavallo del XIX e XX secolo.

Il quarto ed ultimo modello, quello della successione proprietaria e familiare, appare, evidentemente, quello maggiormente rappresentativo delle democrazie di stampo occidentale e ciò soprattutto in considerazione della strettissima interdipendenza esistente tra strutture familiari, basi patrimoniali della famiglia e sistemi di trasmissione dei patrimoni¹⁹⁹ nei paesi di tradizione liberaldemocratica²⁰⁰, complici anche le comuni radici cristiane²⁰¹.

La complessità della questione appare evidente ogniqualvolta i due profili individuano momenti di frizione come ci insegna l'evoluzione giurisprudenziale più recente soprattutto in tema di autonomia testamentaria e libertà individuali dei successori. L'emersione di tensioni tra le istanze del proprietario/testatore, sollecitate dalla vocazione sempre più gestoria e progettuale dello strumento testamentario moderno, e quelle del successore inducono probabil-

dei sistemi, viene ad emersione il sostrato comune che unisce la disciplina delle successioni ai rapporti personali e patrimoniali filtrati dal crogiolo dell'istituzione familiare. Ciò induce a valorizzare, quale chiave di lettura dell'intero edificio successorio, i due istituti all'interno dei quali la vicenda ereditaria tradizionalmente si sviluppa: la proprietà e la famiglia».

¹⁹⁹ ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, cit., p. 11

²⁰⁰ FERRARI, *Successioni per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972, pp. 17 ss.

²⁰¹ GAMBARO – SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino 1996, p. 41 e ss. «nel settore del diritto di famiglia ove i modelli strutturali di base riflettono da lungo tempo le comuni radici cristiane, le grandi riforme degli anni settanta hanno posto in luce non solo convergenze di fondo circa gli assetti ritenuti appropriati delle relazioni familiari, ma anche il ricorso a strumenti comuni per realizzare tali assetti, come ad esempio una generale accentuazione dei poteri equitativi o discrezionali del giudice cui è demandata la soluzione dei conflitti familiari».

mente a prefigurare un ampliamento degli orizzonti di indagine con il coinvolgimento, oltre che della famiglia, di precise istanze dell'individuo quali la libertà di autodeterminazione.

D'altra parte è sotto gli occhi di tutti come l'emersione di istanze individuali all'infuori della famiglia e in alternativa alla famiglia accrescano l'insofferenza verso i rigori degli istituti tradizionali e inducano a mettere in discussione l'opportunità stessa che il diritto offra un modello ufficiale cui attenersi o derogare.

Se è possibile presumere che sarà una prospettiva più marcatamente individuale a connotare l'evoluzione dei sistemi successori²⁰², è innegabile come, storicamente, ruolo determinante abbia assunto in tal senso la famiglia che, con la sua evoluzione da unità produttiva a unità di consumo, con la sua concentrazione ad una dimensione sempre più ristretta e 'nucleare', con il mutamento di ruolo e significato dipeso dall'accrescersi dello Stato sociale ha orientato il fenomeno successorio alla redistribuzione della ricchezza prodotta essenzialmente al di fuori del consorzio familiare dai redditi da lavoro, dai risparmi, dai beni personali

Ed in questo passaggio si rinviene la strettissima correlazione tra famiglia e proprietà: con l'avvento della prima industrializzazione si è assistito ad una modificazione della ricchezza da immobiliare e mobiliare e all'abbandono di una dimensione del potere sociale come un valore patrimoniale suscettibile di trasferimenti endofamiliari. Si è parlato, efficacemente, di una 'proletarizzazione' dell'eredità²⁰³ che ha certamente stemperato e ridotto l'importanza patrimoniale del fenomeno successorio estendendone, tuttavia, al contempo, la diffusione sociale.

²⁰² Oltre all'evidenziata evoluzione giurisprudenziale in tema di condizioni di matrimonio o, in genere, coartanti, si pensi all'attenzione all'esigenze del coniuge superstite con riguardo alla casa di abitazione o alla disciplina successoria in punto di contratto di locazione rispetto alle quali emerge una connotazione più marcatamente personalistica del fenomeno successorio capace di trascendere, come dimostra il secondo esempio riportato, anche i confini della nozione civilistica di famiglia, stante l'apertura legislativa alla figura del convivente *more uxorio*.

²⁰³ CHAMPENOIS – MARMIER - DE ROTON - FAUCHEUX, *L'heritage. Recherche de sociologie du droit*, Université Paris II, 1986.

2. Il problema della provenienza donativa nel modello francese.

Anche l'esperienza giuridica francese, diretta espressione della cultura illuminista rivoluzionaria, dunque contraria a ogni forma di 'legittima' disparità dei modelli feudali di famiglia, ha strutturato il sistema delle successione sul diritto dei riservatari e, correlativamente e conseguentemente, sull'insieme di cautele volto a garantirne effettività quale il divieto dei patti successori.

Anche in questo sistema, quindi, è sorto il problema di conciliare l'esigenza di stabilità e certezza nei traffici giuridici con la natura reipersecutoria dell'azione di riduzione nei confronti dell'acquirente di beni di provenienza donativa o successoria.

Il sistema giuridico francese ha, però, risposto al problema in maniera parzialmente diversa rispetto all'ordinamento italiano e ciò, probabilmente, in ragione della più netta prevalenza che gli interpreti francesi²⁰⁴ hanno, nel bilanciamento con le istanze sottese al diritto delle successioni, riconosciuto al diritto di proprietà.

Analogamente ai percorsi dottrinali e giurisprudenziali italiani, la portata del divieto dei patti successori è stata oggetto, anche in Francia, di una progressiva riformulazione interpretativa volta a far emergere il dato 'soggettivo' e la meritevolezza dello scopo. Ciò, da un lato, in risposta alla maturata consapevolezza circa l'incapacità del divieto generale di ricomprendere in modo appagante la molteplicità di fattispecie in esso riconducibili e, dall'altro, in risposta al sopra evidenziato mutamento delle esigenze sottese al fenomeno successorio soprattutto nel contesto dell'impresa.

Ma il percorso dei due Paesi individua tratti comuni anche al di là di questo più specifico aspetto se si tiene conto dell'intervento legislativo del 2001 con cui, il legislatore d'oltralpe, ha, rispettivamente, modificato il trattamento successorio del coniuge (evoluzione analoga, poste le dovute differenze, a quella avvenuta in Italia con la riforma del 1975) ed escluso dal novero dei successori necessari gli ascendenti invitando, per tale via, indirettamente, a prediligersi, per

²⁰⁴ TERRÈ – LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 1997; CARBONNIER, *Le droit de la famille, état d'urgence*, 1998, I, 184, p. 2152.

i successori in età avanzata, forme alternative di solidarietà familiare come l'assicurazione sulla vita a tutto favore dei discendenti, con particolare attenzione ai figli naturali.

Appare tuttavia evidente come una simile scelta di politica legislativa sia il frutto della particolare forza dello Stato sociale francese, capace di garantire, diversamente da quel che avviene in Italia, un sistema previdenziale emancipato dall'esigenza di affidarsi alla famiglia e ai suoi risparmi per far fronte alle proprie, sempre più intollerabili, deficienze.

Quanto al trattamento successorio del coniuge, si evidenzia, in via del tutto incidentale (non essendo questo, se non marginalmente, il tema della presente indagine), che punto saliente della riforma del 2001 è stato il riconoscimento allo stesso, in luogo dell'usufrutto universale, di un diritto di piena proprietà su una quota dell'asse ereditario seppur con la facoltà di optare per l'usufrutto universale (art. 757) o una rendita (art. 766).

Analogamente a quanto sancito nel nostro ordinamento dall'art. 540 c.c., al coniuge superstite è, poi, riconosciuto il diritto di uso e abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e sui mobili che la arredano (art. 763 ss.); tuttavia, diversamente da quel che accade in Italia, non si tratta di una riserva qualitativa 'e' quantitativa ma solo qualitativa con la conseguenza che il valore di detti beni non deve intendersi in un'aggiunta alla quota di riserva riconosciuta per legge ma solo una modalità di conformazione e apporzionamento della stessa.

Diversamente dal nostro ordinamento, poi, è previsto, a favore del coniuge in stato di bisogno, un credito alimentare a carico dell'eredità e, inoltre, la facoltà per i coniugi in separazione di rinunciare ai diritti ereditari reciproci.

Ai fini delle questioni oggetto della presente indagine, invece, assume rilievo determinante la riforma del 2006 con cui l'ordinamento francese ha offerto una risposta diversa rispetto all'Italia, ai problemi legati alla circolazione dei beni di provenienza donativa senza ricorrere, come meglio si dirà nelle conclusioni, alla rilettura dello strumento delle liberalità indirette con cui in Italia, come evidenziato, si è immaginato di poter dare soluzione al problema.

Il legislatore francese ha sostanzialmente ampliato l'autonomia privata del testatore proprio in quell'ottica gestionale sottesa alla ricerca delle alternative negoziali al testamento di cui si è parlato nel capitolo 1 e lo ha fatto senza scardinare l'impianto tradizionale e, in particolare, senza rimuovere il divieto dei patti successori e dei diritti di riserva.

In tale ottica la novità di maggiore rilievo è certamente l'introduzione della possibilità di rinunciare all'azione di riduzione prima dell'apertura della successione, soluzione, questa, impraticabile nell'ordinamento italiano ritenendosi, come evidenziato nel capitolo 2, non solo la rinuncia preventiva violativa dell'art. 458 c.c. ma anche priva di oggetto in considerazione del fatto che, prima della morte del testatore, i successori, anche se legittimari, non vantano diritti ma solo aspettative successorie²⁰⁵ giuridicamente irrilevanti.

Altresì degne di nota sono la traduzione in valore delle liberalità lesive della riserva e la liquidazione notarile della successione nonché le *libéralités-parteges*; la *donation-parteges* e transgenerazionale e il *mandat a effet postume*.

Con riguardo alla rinuncia preventiva all'azione di riduzione, i novellati artt. 929 ss. ne riconoscono attualmente l'ammissibilità attraverso un atto notarile ricevuto alla presenza di due notai e con destinatari i soggetti determinati a favore dei quali la rinuncia è destinata ad operare.

I commentatori hanno qualificato la riforma come 'epocale' in considerazione della tramonto, che i più vi hanno voluto vedere, della riserva come diritto assoluto di ordine pubblico.

La giurisprudenza francese, poi, analogamente a quanto si ritiene in Italia dal 2006 (con riguardo, ovviamente, alle sole rinunce successive all'apertura della successione²⁰⁶), esclude i legittimari rinuncianti dal calcolo della riserva

²⁰⁵ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 442

²⁰⁶ Il quesito relativo all'individuazione della quota spettante al legittimario concorrente con altri, in presenza della rinuncia di costoro all'esperimento dell'azione di riduzione, è stato da ultimo risolto dalla Cass. S.U. 12 giugno 2006, n. 13524 che – arbitrando tra le opposte tesi - ha optato per l'assenza di espansione, rimarcando come la *ratio* dell'accrescimento releghi la figura alla successione legittima. Peraltro la soluzione è stata estesa all'evenienza della rinuncia non solo all'azione di riduzione, ma addirittura all'eredità, ciò che riesce difficilmente conciliabile con la retroattività di quest'ultima.

(art. 913, 2) così determinandosi un ampliamento della disponibile a vantaggio delle liberalità.

In queste innovazioni, la dottrina scorge importanti margini per stimolare accordi tra gli eredi e agevolare la stabilità dei traffici aventi ad oggetto beni di provenienza donativa e successoria; scopo che, tuttavia, si è inteso perseguire anche riducendo a cinque anni (art. 921) il termine di prescrizione per l'esercizio della riduzione e circoscrivendo la facoltà di revocazione per sopravvenienza dei figli alla presenza di un'espressa previsione negoziale in tal senso nel contratto di donazione (art. 960).

Ancora, la maggiore stabilità è procurata dalla facoltà accordata al donatario di sottrarsi alla portata recuperatoria dell'azione di riduzione evitando la restituzione del bene ricevuto in donazione, conseguente al suo vittorioso esperimento, attraverso il riconoscimento dell'equivalente monetario (art. 924), soluzione, quest'ultima, che il nostro ordinamento riconosce espressamente solo nell'ipotesi dell'azione di restituzione esperita nei confronti del terzo acquirente dal donatario ai sensi dell'art. 563, 3 c.c. Con la detta convertibilità della riserva in credito, la dottrina d'oltralpe ha ritenuto essere venuta meno la natura qualitativa della riserva e, correlativamente, il diritto della legittima in natura.

È, tuttavia, da notare come il legislatore francese, ancor prima della formalizzazione della rinuncia preventiva all'azione di riduzione avesse, nel 1971, riconosciuto l'ammissibilità della vendita del bene donato con l'espresso consenso dei legittimari, possibilità in Italia esclusa in ragione delle considerazioni sopra esposte.

Ulteriore considerazione riguarda la circostanza che il legislatore francese abbia deliberatamente scelto, al fine di perseguire le esigenze tipicamente sottese alla fuga dal testamento, soluzioni negoziali contraddistinte da bi- o plurilateralità proprio dilatando le maglie del divieto dei patti successori.

3. Segue. Il certificato ereditario.

Con riguardo al problema della provenienza donativa, il legislatore d'oltralpe, ha dovuto fare i conti anche con il problema, non registrato in Italia stante l'assoluta peculiarità, sotto questo profilo, del modello francese, del rafforzamento dello strumento dell'atto notorio in materia successoria.

Con la citata riforma del Code Civil intervenuta nel 2001, infatti, l'art. 730 è stato novellato mediante l'introduzione di una innovata disciplina in ordine alla formazione dell'atto di notorietà, ora non più incentrata sulla deposizione degli attestanti, ma sulle produzioni documentali degli interessati, accompagnate da una loro dichiarazione di veridicità alla presenza, non più obbligatoria, dei testimoni²⁰⁷.

Il ruolo che nel sistema delle successioni assume il certificato ereditario è, in effetti, non dissimile dall'*Erbschein* tedesco almeno quanto all'elenco delle produzioni documentali ed all'asseverazione dei richiedenti (là, peraltro, sotto giuramento), essendo, tuttavia, la differenza da rinvenire nella circostanza che in Germania la confezione del certificato è affidata al giudice delle successioni mentre in Francia ad atto ricevuto dal notaio oppure dal cancelliere²⁰⁸.

La novella, come si diceva, ha confermato la forza probante da sempre accordata all'atto notorio, disponendo (all'art. 730, 3) che esso faccia fede fino a prova contraria.

Inoltre - dopo che si è a lungo professata la regola dell'acquisto dall'erede apparente in ambito dottrinale e giurisprudenziale - si è finalmente codificato il principio della salvezza dell'acquisto del terzo la cui buona fede riposa appunto sulle risultanze di tale documento: l'art. 730, 4 afferma infatti che i terzi possono presumere la libera disponibilità dei beni in capo a chi risulta erede dall'atto di notorietà.

²⁰⁷ PICARD, *L'acte de notoriété prouve de la qualité d'héritier. L. 3 décembre 2001*, in *La Semaine Juridique Notar.*, 2002, 793.

²⁰⁸ L'atto notorio in commento, ibridato con l'*erbschein* tedesco, costituisce uno strumento attendibile e molto apprezzato anche in sede comunitaria dove è stato recepito in un progetto di diritto uniforme.

La riforma ha, peraltro, ovviamente rimarcato le responsabilità cui va incontro chi si avvalga di un atto notorio infedele.

Il legislatore francese, in definitiva, se non ha recepito la soluzione tedesca del filtro giudiziario, ne ha tuttavia ripreso il modello quanto al fondamento probatorio, documentale piuttosto che testimoniale, consistente nella produzione delle risultanze dello stato civile e di ogni altra pertinente.

La scelta è assolutamente condivisibile atteso che è in gioco l'individuazione dei soggetti chiamati in forza della successione legittima la quale - come qualcuno ha osservato - rappresenta il risvolto patrimoniale della parentela.

L'intervento di testimoni è ora rimesso alla discrezionalità del pubblico ufficiale al quale compete ascoltare chi gli paia opportuno: viene, quindi, demandato al notaio stesso un ruolo attivo, che certamente lo coinvolge e lo responsabilizza.

La prassi registra la consultazione - almeno nelle ipotesi più complesse - di "genealogisti", ossia esperti incaricati di svolgere ricerche apposite, avvalendosi degli strumenti consigliati dalla professionalità loro propria, i quali vengono poi fatti comparire nell'atto di notorietà, le cui risultanze vengono così a certificare²⁰⁹.

L'intervento di riforma in materia di certificato ereditario ha, dunque, cercato di risolvere un problema relativo ai beni di provenienza successoria e donativa tipicamente legato allo strumento dell'atto notorio che, esattamente come avviene nel modello italiano, si presta ad abusi allorquando ci si avvalga di chi, per amicizia o altri interessi, si presti ad attestare l'identità di chiamati alla successione di un defunto mai conosciuto.

²⁰⁹ ROEHRIG, *Enquête d'héritiers. Le généalogiste, la fortune et le destin*, Parigi, Tallandier, 1998.

4. Conclusioni.

La ricerca di alternative negoziali al testamento²¹⁰, stante la comune e inevitabile connotazione causale di atto di liberalità, implica un'indagine volta non tanto a verificare l'elasticità del divieto di cui all'art. 458 c.c. (come ha fatto la dottrina tradizionale che si è occupata dell'argomento) ma, più in generale, del sistema successorio nel suo complesso.

Se è vero, infatti, che la citata norma integra, per la parte relativa ai patti rinunciativi e dispositivi, un strumento di garanzia dell'effettività del sistema di tutele dei riservatari, non è men vero che esso non costituisce l'unico limite che l'ordinamento predispone allo scopo.

Il particolare interesse del legislatore a ché i diritti dei legittimari siano rispettati si traduce, infatti, non solo e non tanto nella norma di cui all'art. 458 c.c. ma nella più complessa disciplina riconducibile alle azioni di riduzione e restituzione (che gravitano attorno non già all'invalidità delle vicende negoziali lesive dei diritti di riserva, ma alla loro inefficacia) ed anche nel dogma della legittima in natura, liberamente componibile, dunque, ma con i soli beni dell'asse²¹¹.

Per tale via, come ampiamente evidenziato nel capitolo 2, i diritti di riserva rappresentano un vero e proprio limite all'autonomia dispositiva del privato, non solo e non tanto rispetto alla confezione di testamenti ma anche, e soprattutto, rispetto alla liberalità donativa che, in ragione della disciplina di coordinamento con il sistema delle successione offerto dal Legislatore, deve essere

²¹⁰ La verifica concettuale della materia successoria è invero aperta da tempo, basti pensare al tema delle successioni anomale, che attenta all'indeclinabilità del testamento quale strumento per indirizzare la successione anticipata; nonché all'intensificarsi dei fenomeni parasuccessori: atti tra vivi, liberalità, pensati per dare un assetto stabile al patrimonio in vista della propria dipartita, molti dei quali elaborati in ambiente tedesco.

²¹¹ Come è confermato dal nettamente prevalente orientamento giurisprudenziale che sancisce l'invalidità di una divisione del testatore in cui il denaro non ereditario, il c.d. conguaglio, non sia impiegato per mere finalità perequative funzionali alla divisione dell'asse ma per l'apporcionamiento integrale del dividendo. Cfr. Cass. 14 marzo 1958, n. 848; Cass. 30 agosto 1960, n. 2402; Cass. 2 ottobre 1974, n. 2560; Cass. 23 marzo 1992, n. 3599, in *Rass.dir.civ.*, 1994, 819. Nel senso che il testatore può soddisfare le ragioni del legittimario con beni di qualsiasi natura, purché compresi nell'asse ereditario, vedi Cass. 28 giugno 1968, n. 2202, Cass. 12 settembre 2002, n. 13310.

considerata quale modello di riferimento di ogni alternativa testamentaria in cui far confluire ciò che causalmente, seppur non formalmente (come avviene con le liberalità non donative), è in esso riconducibile.

L'effetto recuperatorio dell'azione di restituzione verso i terzi aventi causa, la irrinunciabilità in vita del *dominus* e il termine decennale - quindi ampio - di prescrizione dell'azione di riduzione (la cui decorrenza è stata spostata al momento dell'accettazione dell'eredità in un recente arresto della Suprema Corte²¹²) si riflettono sulla circolazione giuridica dei beni di provenienza donativa e successoria, ostacolandola. Si è visto come ciò rappresenti un problema particolarmente sentito nella pratica negoziale ed anche come il tentativo di riforma intervenuta con la L. 80/2005, non abbia risolto il problema.

Diversamente, come visto, ha operato il sistema giuridico francese il quale, introducendo con la riforma del 2006, il patto rinunciativo ha ovviato al problema conferendo piena legittimità all'accordo dei legittimari, anche precedente all'apertura della successione.

Occorre tuttavia rilevare come la rinuncia, sia essa precedente o successiva all'apertura della successione, di per sé non garantisca assoluta stabilità perché, evidentemente, il relativo patto sarebbe inidoneo a produrre effetti nei confronti dei legittimari sopravvenuti che non vi abbiano preso parte.

Il sistema francese risponde a detta eventualità mediante la facoltà, riconosciuta al donatario di tramutare il diritto di riserva del legittimario leso in credito così escludendosi unilateralmente la natura ontologicamente reale dello strumento recuperatorio.

La soluzione in commento, quindi, pur facendo salva la preminente esigenza di tutela del riservatario, è in grado di non compromettere la certezza dei traffici dei beni di provenienza donativa disattivandosi la portata reale della tutela recuperatoria anche quando esercitata nei confronti del donatario.

²¹² La stessa giurisprudenza di legittimità era, invero, divisa circa la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione, se dalla pubblicazione del testamento (Cass.15 giugno 1999, n. 5920), oppure dall'accettazione dell'eredità da parte del chiamato testamentario. Le Sezioni Unite - Cass. S.U. 25 ottobre 2004, n. 20644 - sono intervenute a ratificare la seconda soluzione.

In Italia le cose sono parzialmente diverse: non essendo riconosciuta cittadinanza giuridica al patto rinunciativo, l'azione di riduzione o la stessa eredità possono essere rinunciate solo all'indomani dell'apertura della successione.

Ciò implica, sorvolando sul problema dei legittimari sopravvenuti e sui temperamenti, comunque non risolutivi, introdotti con la riforma del 2005 che, *medio tempore*, la provenienza donativa sarà di ostacolo alla circolazione del bene.

Posto che le liberalità indirette non sono sottratte, in ragione della comune causa liberale, al medesimo trattamento, se ne deduce che il fenomeno dei mezzi di trasmissione della ricchezza alternativi al testamento, quando non ricadente in fattispecie con peculiarità tali da non permetterne un'applicazione al di fuori dello specifico ambito normativo di provenienza (si pensi all'assicurazione sulla vita), si traduce in fattispecie che, seppure emancipate dal sistema delle successioni nella fase genetica, in questa ritornano in ragione della connotazione causale dell'attribuzione patrimoniale di cui si fanno veicolo che è, indiscutibilmente, quello delle liberalità (indirette).

Da qui la consapevolezza che la percorribilità di strade alternative allo strumento testamentario impone una verifica, oltre che 'a monte' (con riguardo alla compatibilità con l'art. 458 c.c.) anche – e soprattutto – 'a valle'.

La Cassazione, tuttavia, come evidenziato nel capitolo 3, è più di recente intervenuta evidenziando come la disattivazione della tutela 'reale' dei legittimari sia, con riguardo alle donazioni indirette, connaturata alla vicenda negoziale che ne costituisce la genesi.

In conseguenza di ciò, parte della dottrina ha evidenziato come nella pratica negoziale potrebbe sfruttarsi detta connaturale frizione tra la donazione indiretta e l'azione di restituzione quale comodo espediente per conferire all'acquisto del donatario quella tanto agognata stabilità che ne permetterebbe una serena circolazione.

Ciò avrebbe una positiva influenza sul sistema posto che, senza la preoccupazione degli effetti negativi sulla circolazione, non dovrebbe più rendersi necessario ricorrere alla dissimulazione dell'intento liberale ma, anzi,

l'esternazione di questa particolare declinazione della *causa negotii* sarebbe garanzia di stabilità dell'acquisto²¹³.

Quella dell'enunciazione dell'intento liberale anche nelle fattispecie contrattuali tipicamente impiegate per realizzare donazioni indirette (effettuabile anche ex post con i cd. negozi di sistemazione familiare), rappresenterebbe una clamorosa inversione di tendenza e segnerebbe il definitivo tramonto di operazioni poco trasparenti nei confronti dei legittimari non donatari (operazioni di cui, tra le altre cose, oggi più che in passato, la prova non solo è possibile ma nemmeno troppo complicata in considerazione delle sempre più stringenti norme antielusivo relative alla circolazione del denaro).

Il nuovo *trend* dottrinale, dando nuova dignità allo strumento della donazione indiretta, avrebbe importanti ricadute proprio sul tema oggetto di indagine rendendo di fatto l'utilizzo di forme di successione contrattuale non più operazioni fraudolente ma scelte consapevoli da poter assumere alla luce del sole e senza imbarazzi in sede di stipulazione.

Sembrerebbe, in altre parole, che il tema della successione contrattuale, destinato, prima dell'intervento della Cassazione, ad essere relegato ad un esercizio intellettuale della dottrina per essere le sue premesse di alternativa al fenomeno successorio sostanzialmente tradite, tragga da questa possibile evoluzione giurisprudenziale nuova linfa vitale.

Tuttavia non si può nascondere una certa anomalia di sistema nella misura in cui un simile modo di ragionare potrebbe indurre, nella pratica negoziale, all'ennesimo sviamento dalle fattispecie tipica a tutto vantaggio di alternative negoziali pensate dal legislatore come ipotesi residuali.

²¹³ Evidentemente il discorso non tiene conto dell'ipotesi in cui la mancata esternazione dell'intento liberale non nasca dall'esigenza di evitare i problemi di circolazione della *res donata* quanto, piuttosto, dalla espressa volontà del testatore di dare luogo a sperequazioni nel trattamento successorio dei legittimari.

5. Prospettive di riforma nella dottrina contemporanea.

Nel tratteggiare sinteticamente i principali indirizzi dottrinali di modifica del sistema successorio, occorre rilevare come gli orientamenti in argomento siano essenzialmente due: da una parte si collocano gli autori che propongono la radicale abolizione del sistema di successione necessaria²¹⁴ e, dall'altra, coloro i quali aspirano solo ad una sua maggiore flessibilità. Ciò al fine di permettere al testatore di modulare le attribuzioni *mortis causa* in dipendenza dei bisogni ed anche dei meriti dei successibili ma anche in un'ottica di adattamento del sistema ad una rinnovata nozione di famiglia soprattutto per quanto riguarda la posizione successoria del coniuge in considerazione dell'attuale minore incidenza che il rapporto coniugale ha nella formazione dei patrimoni²¹⁵.

Il suggerimento è proprio quello²¹⁶ di guardare alle recenti riforme francesi che - in particolare quella del 2001 - ha attribuito al coniuge che concorra con i figli la scelta tra una maggiore percentuale di usufrutto ed una quota minore di proprietà.

Sempre in risposta alle medesime istanze di scelta e selezione accurata dei successibili si è proposto, al fine di colpire i soggetti non meritevoli, di ampliare i casi di indegnità e dare maggiore risalto alla diseredazione fenomeno,

²¹⁴ GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria: a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.*, in *Giustizia Civile*, 2006, p. 2: «Nei Paesi civili e moderni la legge riconosce ai proprietari il potere di disporre liberamente dei propri beni sia *inter vivos* sia *mortis causa*. Nei Paesi quasi civili e quasi moderni, il potere di disporre *mortis causa* è limitato bensì da una legislazione fortemente di favore per la categoria dei legittimari, ma sono ammessi accordi *ante mortem* per disciplinare la futura successione. Nei Paesi incivili e arretrati anche questi accordi sono invece tassativamente vietati. L'Italia, ovviamente, nella sua arretratezza e inciviltà (anche) giuridica, è rimasta, con qualche lieve deroga in sede di riforma del diritto di famiglia, all'epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria.

²¹⁵ GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1285, PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007 che propone, in particolare, un ripensamento del ruolo successorio del coniuge, apparendo oggi il vincolo matrimoniale instabile e spesso di breve durata ed il patrimonio relitto dal defunto non più frutto di una vita insieme al superstite ed assume come modello la soluzione francese, da integrarsi con le successioni anomale, queste ultime da estendere alle convivenze; PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio in Tradizione e modernità del diritto successorio*, cit., 2007

²¹⁶ Tra gli altri BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 581; DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2007, 815.

quest'ultimo, che la più recente giurisprudenza di legittimità²¹⁷, ad onta di orientamenti più risalenti, ha sì riconosciuto (nell'ottica di una rinnovata e più elastica concezione della volontà testamentaria) ma sempre con il limite invalicabile degli interessi dei legittimari²¹⁸.

Al fianco di queste proposte si collocano quegli autori che aspirano, invece, all'abbandono del dogma della legittima in natura a favore dell'adozione del modello creditorio tedesco dal momento che questa strada permetterebbe ampi margini di discrezionalità per il testatore anche sotto il profilo soggettivo (si pensi, in tal senso, alla dinamica sottesa al patto di famiglia)²¹⁹.

Il ridimensionamento della portata effettuale dell'azione di riduzione registratasi con la riforma del 2005, poi, segnando una convergenza con la riforma francese ha alimentato le aspettative di quella corrente di pensiero che propone da tempo di erodere il divieto di cui all'art. 458 c.c. quantomeno nel senso di riconoscere cittadinanza giuridica al patto rinunciativo²²⁰.

Sarà interessante verificare, nei prossimi anni, quanto la soluzione prospettata circa lo sfruttamento dello strumento della liberalità indiretta per la soluzione del problema della provenienza donativa – che molto ha inciso sulla domanda di alternative testamentarie – possa influenzare questi venti di riforma.

Probabilmente l'adesione agli orientamenti emersi più di recente in dottrina con riguardo ai rapporti tra liberalità indiretta e tutela dei legittimari potrebbe riuscire a 'decongestionare' lo scontro ideologico piuttosto forte che si pone alla base delle prospettive riformistiche evidenziate; proposte che spesso, a parere di chi scrive, presuppongono una svalutazione eccessiva del ruolo della famiglia e della vocazione alla solidarietà del fenomeno successorio in una pro-

²¹⁷ In particolare si veda la Cass. n. 8352 del 25 maggio 2012.

²¹⁸ PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Persona e danno*, 2007, n. 5.

²¹⁹ AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma* in *Riv. Not.*, 2007, I, p. 803

²²⁰ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, testo della comunicazione presentata al XVIII Colloquio biennale AIDC "Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto - Incentivi, premi, sanzioni alternative", svoltosi a Ferrara dal 10 al 12 maggio 2007. Sessione di diritto di famiglia coordinata da M. D. Panforti "Un nuovo diritto di famiglia tra tutele e rimedi,

spettiva di modernità di cui non dovrebbero essere sottovalutati i contraccolpi su un sistema economico e sociale come il nostro, in cui la famiglia colma notoriamente il vuoto lasciato da uno stato sociale decisamente meno efficiente di quello francese o inglese.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA.VV., *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da Pietro Rescigno, coordinato da Marco Ieva, I, Padova, 2010
- AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013
- AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. Not.*, 2009
- AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma* in *Riv. Not.*, 2007
- ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione di beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2007
- AURICCHIO, ad vocem *Negoziario indiretto* in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957
- AUCIELLO, BADIALI, IODICE, MAZZEO, *La volontaria giurisdizione ed il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuale ed applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2000
- BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso - Santoro Passarelli, Giuffrè, 1964
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1960
- BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1985
- BIANCA, *Il contratto*, *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 2000
- BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, vol. XII, 4, Torino, 1961
- BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006
- BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007
- BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958
- CACCAVALE, *La rivalsa dell'acquirente che abbia subito l'azione di restituzione del legittimario leso*, in *Giust. civ.*, 2001
- CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle L.L. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. not.*, 1269 ss., 2006
- CANGIANO, *Comunione legale e donazioni indirette*, in *Famiglia e diritto*, 1996
- CANTELMO, *I legittimari*, Padova, 1991
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza edizione a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009

- CAPOZZI, *Mutuo dissenso – donazione di bene immobile – Atto di risoluzione – Ammissibilità – Effetti*, in *Vita Not.*, 1973
- CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c.: conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. Not.* 2005
- CARBONNIER, *Le droit de la famille, état d'urgence*, 1998
- CARIOTA-FERRARA, *Un caso di legato a carico dei legittimari lesi* in *Riv. Dir. civ.*, I, 1959
- CARNEVALI, *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010
- CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009
- CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995
- CARRABBA, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2009
- CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947
- CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998
- CASULLI, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, Roma, 1950
- CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 5, I, Torino, 1997
- CHAMPENOIS – MARMIER - DE ROTON - FAUCHEUX, *L'heritage. Recherche de sociologie du droit*, Université Paris II, 1986
- CHIAROMANNI, *Note sul mutuo dissenso a margine di un decreto del Tribunale di Macerata*, in *Vita not.*, 2009
- CIAN - VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1980
- CIANCI, *Donazioni indirette e comunione legale*, in *Famiglia e diritto*, 2001
- CICU, *Testamento*, Milano, 1951
- CICU, *Le successioni*, Milano, 1947
- CORONELLA, *Il mutuo dissenso quale atto di risoluzione convenzionale. Forma in Giust. Civ.*, 2012
- CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1979
- COSTOLA, *I diritti dei legittimari e la circolazione degli immobili donati nella l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Studium iuris*, 2005
- COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, a cura di COVIELLO, II, Napoli, 1915
- COVIELLO, *L'assicurazione sulla propria vita a favore di terzo e l'attribuzione per testamento della somma assicurata*, in *Assicurazioni*, 1952
- D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. Not.*, 2011
- DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2007

DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008
DE PAOLA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995
DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, vol. I, Milano, 1962
DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Parigi, II, 1831
DIENER, *Il contratto in generale*, in *Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2009
DI FABIO, *Risoluzione per mutuo dissenso di contratto con effetti reali* in *Riv Not.*, 2012
DISTASO, *ad vocem Simulazione nei negozi giuridici*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1970
DI TRANSO, *Comunione legale*, Napoli, 1999
DONADIO, voce «*Contratto a favore di terzi*», in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1959

FERRARI, *Successioni per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972
FERRI, *Dei legittimari, Art. 536-564* in commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1968
FERRI, *Successioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980
FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1985
FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, testo della comunicazione presentata al XVIII Colloquio biennale AIDC "Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto - Incentivi, premi, sanzioni alternative", svoltosi a Ferrara dal 10 al 12 maggio 2007. Sessione di diritto di famiglia coordinata da M. D. Panforti "Un nuovo diritto di famiglia tra tutele e rimedi,

GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto*, IV, Disciplina privata, sez. Civile, XVI, Torino, 1997
GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa del beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa ma timida*, in *Studium juris*, 1129 ss., 2005
GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2005
GALGANO, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1998
GAMBARO – SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di dir. comp.*, diretto da R. Sacco, Torino 1996
GASPERONI, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1966
GATT, *La liberalità*, in *Studi di diritto privato*, Collana diretta da Busnelli, Patti, Scalisi, Zatti, Torino, I, 2002

GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in *Giust. Civ.*, 6 ss., 2006
GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009
GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954
GIANNATTASIO, *Delle successioni, disposizioni generali – Successioni legittime*, Torino, 1959
GIORGIANNI, ad vocem *Accertamento (Negozio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958
GIRLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2009
GRADASSI, *Requisiti formali della risoluzione consensuale di compravendita immobiliare* in *Notariato*, 1997

JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004

IACCARINO, *Liberalità indirette*, in *Notariato e diritto di famiglia*, Milano, 2011
IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012
IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazione indiretta sono sicuri* e in *Riv. Not.*, 2011
IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari tecnico-applicativi*, in *Riv. not.*, 2005
IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996
IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa del donatario tra presente e futuro*, in *Riv. Not.*, 1998

LAFFRANCHI, *La problematica degli immobili di provenienza donativa alla luce di recenti tesi dottrinali e pronunce giurisprudenziali*, in *Rivista Notarile*, 2013
LANDINI, *Modifiche in tema di riduzione delle donazioni introdotte dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro It.*, V, 2006
LAZZARO, *Una pronuncia innovativa sulla fideiussione del donante* in *Notariato*, 2012
LISIA CAROTA, *Il contratto con causa successoria*, Padova, 2008
LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, vol. XXII, Milano, 1984
LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980

MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002

MAGLIULO, *Il problema delle 'provenienze donative' tra vecchie questioni e nuove norme*, in *Novità e problemi in materia di circolazione*, *Quaderni del Notariato – Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai*, 2009

MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale incommerciabilità degli immobili provenienti da donazione)*, in *Riv. Not.*, 2004

MAIELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, Napoli, 1962

MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, in *Riv. Civ.* 1909

MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli al terzo?*, in *Contratti*, 2006

MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, Milano, 1995

MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1986

MENGONI, *Successione per causa di morte*, Parte speciale, *Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XLIII, tomo 2, Milano, 2000

MESSINEO, voce «*Contratto nei rapporto col terzo*», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. X, 1962

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980

MONACO-MORGIGNI, *Della donazione da genitore a figli*, in *Rivista del Notariato*, 1988, p. 687

MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1970

NICOLÒ, *Disposizioni di beni «mortis causa» in forma indiretta*, in *Riv. Not.*, 1967

PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983

PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi* in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa e Patti, 2008

PALAZZO, *I singoli contratti. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2, Torino, 2000

PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo legge n. 80/2005*, in *Vita notarile*, p. 762 ss., 2005

PALAZZO, *Le donazioni indirette*, in *I grandi temi. La donazione*, diretto da Bonilini, Torino, 2001

PALAZZO, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009

- PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Persona e danno*, 2007
- PENE VIDARI – MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. Not.*, 2006
- PETRELLI, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione* in *Riv. Not.*, 2012
- PICARD, *L'acte de notoriété preuve de la qualité d'héritier. L. 3 décembre 2001*, in *La Semaine Juridique Notar.* 2002
- PINO, *Diritto di famiglia*, Padova, 1998
- PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954
- RIMINI, *L'acquisto da parte di un coniuge di un immobile con denaro fornito da un terzo e l'ambito di applicazione dell'art. 179 lett. b) c.c.*, in *Corriere giuridico*, 2001
- ROEHRIG, *Enquête d'héritiers. Le généalogiste, la fortune et le destin*, Parigi, Tallandier, 1998
- ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935
- ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994
- RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Cicu-Messineo, Milano, 1962
-
- SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1982
- SACCO-DE NOVA, *Il contratto a favore del terzo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1983
- SALA, art. 533, in *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini e Confortini, Torino, 2007
- SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1966
- SALINI, *Ancora sull'accettazione della donazione che il padre faccia al figlio minore*, in *Rivista del Notariato*, 1962
- SANTARCANGELO, *L'accettazione di donazioni dai genitori ai figli*, in *Notaro*, 1976
- SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, vol II, Milano, 2003
- SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, vol. IV, Regime patrimoniale della famiglia, Milano, 1989
- SANTARCANGELO, *Formulario notarile commentato*, a cura di G. Petrelli, vol. V, t., I, Milano, 2008
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989
- 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, 194
- SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria*, Padova, 1936

SCARLATELLI, *Donazioni indirette e comunione legale dei coniugi: quale disciplina?*, in *Vita notarile*, parte III, XCVII ss., 1995
SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretta da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992
SCUDIERI, *Donazioni indirette e lesione di legittima: rimedi esperibili e procedure azionabili a tutela dei legittimari lesi* in *Riv. Not.*, 2011

TAMBURRINO, *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990

TAMPONI, *La nullità del contratto di donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009

TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I quaderni della fondazione italiana per il notariato, 2008

TASSINARI, *La donazione con riserva di disporre di cose determinate nell'attività notarile*, Lezione tenuta nel settembre 2007 presso l'Associazione Civil Law Centro studi per la formazione del Notariato di Napoli, consultabile sul sito www.civillaw.it

TEDESCO, *Sulla riduzione di liberalità elargite mediante negotium mixtum cum donatione* in *Giur. Merito*, 2005

TERRÈ – LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 1997

TORRENTE, *Rendita perpetua-rendita vitalizia*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1996

TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni continuato da Schlesinger, II ed., vol. XXII, 1956

TORRONI, *Azione di riduzione ed azioni di restituzione: alcuni riflessi intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. Not.*, 2011

TORRONI, *La donazione immobiliare: il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze di tutela dei legittimari e di sicura circolazione dell'immobile*. Relazione svolta al convegno sugli *Atti a titolo gratuito e circolazione dei beni*.

Aspetti civili e fiscali, Consiglio notarile di Ancona il 27 novembre 2009

TRIMARCHI, *Il contratto a favore di terzo*, in *Notariato*, 2000

TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008

VALAS, *Trust e circolazione di immobili di provenienza donativa o testamentaria*, in *Immobili e proprietà*, 2009

VELLANI, *Contratto a favore di terzi ed autorizzazioni giudiziali per gli acquisti del minore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989

VENDITTI, *La forma del contratto*, in *Trattato delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009

VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 555 ss., 2005

ZAMPAGLIONE, *I misteriosi confini del divieto di pesi e condizioni sulla legittima: il rapporto con il legato in sostituzione*, in *Dir. e giur.*, 2007

ZOPPINI in G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich, *A. Zoppini, Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 6a ed., Roma-Bari, 2004

ZUDDAS, *L'acquisto dei beni pervenuti al coniuge per donazione e successione*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, Milano, 1989

INDICE DELLE DECISIONI

Trib. Avellino, 31 maggio 2012
Cass. 25 maggio 2012, n. 8352
Cass. 5 aprile 2011 n. 7769
Trib. Mantova, 24 febbraio 2011
Cass. 6 ottobre 2011, n. 20445
Cass. 12 maggio 2010, n. 11496
Cass. 28 maggio 2008, n. 14093
Cass. SS.UU. 26 maggio 2007 n. 7246
Cass. 12 luglio 2006, n. 15873
Cass. 6 settembre 2006, n. 19146
Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414
Cass. 11 giugno 2004, n. 11096
Cass. 16 marzo 2004, n. 5333
Cass. 30 luglio 2002, n. 11286
Cass. 29 marzo 2001, n. 4623
Trib. Monza, 25 gennaio 2001
Cass. 27 luglio 2000, n. 9872
Cass. 24 febbraio 2000, n. 2093
Cass. 21 gennaio 2000 n. 642
Cass. 14 dicembre 2000, n. 15778
Cass. 10 aprile 1999, n. 3499
Cass. 15 maggio 1998, n. 4906
Cass. 8 maggio 1998, n. 4680
Cass. 21 aprile 1998, n. 4024
Cass. 7 marzo 1997, n. 2040
Cass. 15 novembre 1997, n. 11327
Cass. 25 ottobre 1996, n. 9307
Cass. 27 settembre 1996, n. 8529
Corte di Appello di Napoli, 19 giugno 1994
Cass. 8 febbraio 1994, n. 1257
Cass. 23 dicembre 1992, n. 13630
Cass. 19 novembre 1992, n. 12181
Tribunale di Napoli, 29 maggio 1991
Cass. SS.UU. 28 agosto 1990, n. 8878
Cass. 4 febbraio 1988, n. 1136
Cass. 20 dicembre 1988, n. 6959
Cass. 19 ottobre 1987, n. 4711
Cass. 15 gennaio 1986, n. 171
Cass. 5 gennaio 1985, n. 11
Cass. 19 gennaio 1981, n. 439
Cass. 6 marzo 1980 n. 1521
Cass. 18 febbraio 1977, n. 739

Cass. 4 aprile 1973, n. 945
Cass. 11 maggio 1973, n. 1255
Trib. Roma, 31 luglio 1969
Appello Bari 26 febbraio 1966
Appello Lecce, 23 febbraio 1937