

LA LIBERTA' NEGOZIALE
ED I SUOI RAPPORTI CON LA NORMATIVA
DONATIVA E SUCCESSORIA
PROSPETTIVE EVOLUTIVE

La libertà negoziale costituisce un principio cardine nel nostro ordinamento giuridico; detta libertà deve intendersi sia come la facoltà riconosciuta a ciascun soggetto maggiorenne e capace di determinarsi alla conclusione di un negozio giuridico senza alcuna coazione, sia come facoltà di concludere il negozio, anche atipico, più confacente al soddisfacimento del proprio assetto di interessi nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico stesso.

Tuttavia, se nel nostro ordinamento la libertà di autodeterminarsi o meno alla conclusione di un negozio giuridico è pressochè intangibile (salve le particolari eccezioni previste dalla legge) d'altro lato la disciplina relativa all'eventuale impugnazione dei negozi stessi diverge sensibilmente a seconda che si tratti di atti a titolo oneroso o gratuito.

Si vuol far qui riferimento non agli eventuali vizi della volontà, che possono determinare a seconda dei casi per entrambe le categorie la nullità o l'annullabilità dell'atto, quanto al fatto che gli atti a titolo oneroso (proprio in quanto vi è un corrispettivo) godono di una stabilità potenziale maggiore rispetto agli atti a titolo gratuito; salva la possibilità di agire, sussistendone i presupposti, mediante l'azione revocatoria (ora ancor più estesa per gli atti a titolo gratuito ai sensi

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

dell'articolo 2929 bis c.c. di recente introduzione).

Viceversa con riferimento agli atti a titolo gratuito, ed in particolare di ultima volontà, l'attuale disciplina successoria, se da un lato consente al de cuius una libertà testamentaria formale piena, ne limita invece quella sostanziale in presenza di potenziali eredi legittimari.

Il testatore può difatti liberamente scegliere se fare testamento (scegliendo tra le forme testamentarie previste dalla legge quella che preferisce) o non testare, ma ecco che, passando al piano della libertà sostanziale, la stessa in materia successoria appare limitata in presenza di potenziali eredi legittimari.

Limite alla sostanza della libertà negoziale testamentaria che si traduce nella potenziale riducibilità di eventuali disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima ex art. 457 c.c.

Tale limite, ribadito mutatis mutandis anche dall'art. 549 c.c., ha notevolissimi collegamenti e ripercussioni vieppiù sulla normativa in tema di donazione ex art. 553 e seguenti del codice civile, nonché in tema di collazione.

In considerazione di quanto sopra, la libertà di determinazione al compimento di un atto donativo o di ultima volontà non è piena dacchè il donante/testatore non può disporre a titolo donativo o testamentario dei suoi beni nella loro pienezza pendendo in tal caso il rischio di un'eventuale futura azione di riduzione.

L'ordinamento giuridico desidera contemperare gli interessi alla libera determinazione negoziale con la rigida salvaguardia (probabilmente anacronistica) dei diritti successori riconosciuti a taluni parenti prossimi del disponente (i legittimari).

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

Per la verità pare intravedersi un primo timido mutamento di orientamento e contemperamento di interessi, in favore della riaffermazione della libertà negoziale e della libera circolazione dei beni.

Difatti il divieto dei patti successori di cui all'articolo 458 c.c. (la cui ratio è palesemente sia quella di garantire la libertà testamentaria di ciascun soggetto che quella di evitare la conclusione di contratti generanti, per come formulati, un *votum captandae mortis*) ha subito una prima deroga in virtù dell'introduzione del patto di famiglia di cui all'art. 768 bis c.c. (che però ha finora avuto scarso successo in virtù del suo limitato campo di applicazione).

In una società sempre più dinamica, nella quale la piena libertà di autodeterminarsi pare essere una costante, è parso ragionevole al legislatore adeguarsi ai tempi e così favorire con atto *inter vivos* il passaggio generazionale di aziende e/o partecipazioni sociali derogando sia al divieto suddetto sia, di conseguenza, alla normativa in tema di collazione e riduzione.

Pur tuttavia di frequente negli studi notarili si presentano tutti insieme nonni, figli e nipoti con l'intenzione di regolare in vita il passaggio generazionale ad esempio mediante la donazione diretta dal nonno al nipote (con l'accordo unanime di tutti i futuri legittimari) di un bene non contemplato ad oggi nel patto di famiglia, quale ad esempio un immobile *tout court*.

Orbene se tale atto è formalmente ricevibile è pur vero che probabilmente lo stesso non verrà stipulato (a meno che il patrimonio del donante sia molto cospicuo) essendo ad oggi, almeno

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

potenzialmente, suscettibile di riduzione nell'ipotesi di futura lesione di legittima.

E ciò, dato che *“è il tempo che fa il diritto”*, non sembra rispondere alle esigenze odierne.

L'esigenza di favorire la libera circolazione dei patrimoni ed i traffici giuridici ha indotto anche in tal caso il legislatore ad aprire un primo, timido, spiraglio in tal senso; la modifica operata dalla legge 263/2005 all'articolo 563 del codice civile ha cercato di contemperare le esigenze di tutela dei diritti dei futuri legittimari con quelle della circolazione dei beni aventi provenienza donativa.

Detta norma, a parere di chi scrive, anche se contiene un primo non trascurabile segnale di apertura in direzione della libera circolazione dei beni, non appare ben congegnata in quanto, al di là della complessità del meccanismo introdotto dalla medesima, essa contiene un indubbio elemento di forte aleatorietà; quantunque i futuri legittimari, per favorire la circolazione del bene, dovessero aver rinunciato ad opporsi alla donazione effettuata, la morte del donante che dovesse sopraggiungere prima del ventennio dalla trascrizione della donazione esporrebbe il donatario ed eventualmente i terzi aventi causa dal donatario stesso all'eventuale azione di riduzione da parte dei legittimari medesimi e ciò costituisce ancora un forte ostacolo alla circolazione dei beni con provenienza donativa; salvo il caso della preventiva rinuncia da parte dei legittimari non beneficiari, rispetto allo specifico bene oggetto dell'atto, all'azione di restituzione (ove si aderisca alla tesi che sostiene l'ammissibilità di tale rinuncia).

Lo scrivente reputa auspicabile, de iure condendo, l'introduzione di

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

una nuova ulteriore previsione (magari nella norma relativa al patto di famiglia) la quale prevedesse che, in presenza di accordo unanime manifestato nell'atto notarile da parte del donante e di tutti i futuri legittimari viventi, l'attribuzione a titolo liberale e gratuito di un immobile o di altro bene effettuata ad esempio da un genitore ad uno dei figli o da un nonno in favore di uno dei nipoti, non sia soggetta ad azione di riduzione e restituzione.

La questione che rimarrebbe aperta in tale ipotesi sarebbe quella della tutela dei diritti dei legittimari eventualmente sopravvenuti dopo la stipula dell'atto di donazione, problema la cui soluzione spetterebbe al legislatore mediante un'oculata valutazione ed un accurato bilanciamento dell'assetto di interessi.

L'introduzione di una norma di questo tipo risolverebbe problematiche assai rilevanti nella professione notarile (primo tra tutti quello della risoluzione dell'atto di donazione in vista della vendita del bene oggetto, a suo tempo, della donazione stessa); nonché tutte le questioni strettamente collegate a tale tipo di atto (qualificazione del medesimo quale *contrarius actus* oppure quale controdonazione, etc.)¹.

Le norme sulla tutela dei diritti relativi alla quota di legittima derivano, molto probabilmente, da un costume/modus vivendi diffuso da tempo immemore nella società italiana; ossia quello che intende la famiglia non solo come il focolare degli affetti più profondi ma anche quale primaria *societas* tesa a fornire ai suoi più stretti componenti i mezzi

¹ vedasi Deiana, *Contrarius consensus*, in Riv. diritto civile, 1939; Messineo, voce *Contratto*, in Enc. del diritto, Milano, 1961.
Cass., sent. n. 2856 del 6 dicembre 1966.
Luminoso, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

patrimoniali volti a favorire un miglior tenore di vita dei discendenti della famiglia stessa (tale deve ritenersi ad esempio la ratio che nega agli ascendenti, in presenza di figli, la qualità di legittimari).

La tutela dei legittimari è presente, con sfumature diverse, anche in altri ordinamenti, quale ad esempio quello francese (ove il coniuge è legittimario solo nel caso di assenza di figli); ma vi sono anche ordinamenti nei quali tale tutela non è contemplata, se non in maniera residuale, (quale ad esempio quello inglese)².

L'abrogazione nel nostro ordinamento della normativa concernente la tutela della quota di legittima renderebbe pacifica l'ammissibilità delle clausole di diseredazione testamentaria anche con riferimento ai legittimari, oggi fortemente discussa³, e ne renderebbe ancor più evidente la differenza e l'utilità rispetto alla mera pretermissione (la quale non impedisce che un erede legittimo pretermesso venga alla successione legittima qualora non si faccia luogo, in tutto o in parte, a quella testamentaria).

La libertà negoziale soggettiva viene tutelata dal legislatore anche sotto aspetti diversi; difatti il legislatore medesimo nei negozi giuridici senza determinazione di durata (contratti di somministrazione periodica, società di durata indeterminata etc.), accorda il diritto di recesso proprio a tutela della libertà individuale.

² Sull'ordinamento inglese, e sulle soluzioni equitative a tutela dei familiari del *de cuius* ivi adottate, cfr. per tutti MATTEI, La successione contro la volontà del testatore. Radici profane di una contrapposizione sacra fra "common law" e diritti romanisti, in Scritti in onore di Rodolfo Sacco, I, Milano 1994, p. 765.

³vedasi Cass. 8352/2012, Di Fabio "In tema di diseredazione (anche) del legittimario" in Riv. Not. V 2012 pagg. 1228 ss., Studio CNN n. 339-2012/C

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

Persino dal negozio di durata indeterminata per eccellenza, ossia il matrimonio, è possibile sciogliersi mediante il divorzio.

Anche i vincoli che le parti possono introdurre pattiziamente in un sinallagma contrattuale, oltre ad avere efficacia meramente obbligatoria, devono essere limitati nel tempo.

Illuminante in tal senso l'articolo 1379 c.c.: *“Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti.”*.

Ed ancora la tutela della libertà individuale si rinviene nell'impossibilità di introdurre in un contratto vincoli aventi efficacia reale al di fuori dei casi previsti dalla legge; quid pluris in coerenza su tale linea il legislatore limita nel tempo anche la durata dei vincoli ed effetti reali (si veda ad esempio la normativa in tema di vendita con patto di riscatto con particolare riferimento all'articolo 1501 c.c.).

In una prospettiva ad ampio spettro, se tale è la forza della tutela accordata alla libertà negoziale individuale nei suoi diversi aspetti, prepotentemente emergente all'interno dell'ordinamento giusprivatistico, tutto lascia supporre che in un futuro non molto lontano il legislatore interverrà apportando sensibili modifiche alla normativa in tema di quota di legittima⁴, quando non anche abrogandola in toto, in favore di una piena libertà dispositiva per atto tra vivi o mortis causa; anche se al momento ha esteso l'applicabilità

⁴Vedasi Gaetano Petrelli *"Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari "* in *Notariato* n. 2/2005 pagg. 211 ss.

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

di tale disciplina alle unioni civili recentemente introdotte⁵.

Così introdotto il tema e venendo alla trattazione di questioni più prettamente pratiche riguardanti il Notaio “operatore” occorre chiedersi, rebus sic stantibus, quali soluzioni adottare per favorire il passaggio di un bene da un genitore ad un figlio o da un nonno ad un nipote, senza collidere con la normativa di cui agli articoli 553 e seguenti del codice civile o riducendo il relativo rischio; dacchè la problematica di fondo a parere di chi scrive è trovare, in presenza di trasferimento di un bene in assenza di corrispettivo, una colorazione causale diversa da quella donativa o fare in modo che quantomeno il trasferimento del bene in vista del quale viene compiuta l’intera operazione (il cosiddetto esito finale) non sia aggredibile mediante le azioni di riduzione e restituzione.

Tutto quanto sinora detto presuppone che l’atto attributivo non sia ancora stato stipulato; dacchè la circolazione di un bene che sia già stato oggetto di donazione è ad oggi fortemente compromessa non potendo tale bene, perlomeno a parere di chi scrive, essere epurato mediante un *contrarius actus* se la donazione stipulata, che non sia soggetta a termini o condizioni, ha prodotto tutti i suoi effetti.

Poiché ammettere un *contrarius actus*, rispetto ad un atto che ha prodotto tutti i suoi effetti, non potrebbe dare la certezza del risultato voluto dal momento che ammettere l’efficacia della risoluzione del contratto *ex tunc*, *sic et simpliciter*, appare in netto conflitto quantomeno con la tutela dei terzi *ex* 1458 c.c. essendo l’efficacia

⁵ Vedasi art. 1, comma 21, legge 76/2016.

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

retroattiva efficace ex tunc solo tra le parti, diversamente dalla condizione risolutiva.

Come sopra evidenziato, a parere di chi scrive, la ratio ultima sottesa alla tutela della quota di legittima è quella di garantire ai legittimari lesi o pretermessi il conseguimento, dopo la morte del disponente, di mezzi di sussistenza almeno pari al valore della quota di legittima.

E ciò è indirettamente confermato dall'espressa deroga ai patti successori rappresentata dal patto di famiglia mediante il quale, con l'accordo di tutti i potenziali futuri legittimari, è possibile liquidare in denaro (quindi per equivalente), derogando altresì all'intera normativa in tema di collazione riduzione e restituzione, le spettanze dei futuri legittimari non assegnatari dei beni oggetto del patto stesso.

La novella dell'articolo 563 c.c. pone, oltre a quelle già esposte, anche ulteriori criticità poichè - se da un lato espone il donatario al rischio di opposizione alla donazione da parte di legittimari sopravvenuti nel ventennio dal compimento dell'atto - dall'altro lascia i legittimari sopravvenuti dopo il decorso di detto termine privi di tutela.

Vi sono per la verità talune tecniche messe a punto dalla prassi notarile per arginare il possibile verificarsi dell'azione di riduzione e di restituzione quando sia stata conclusa, o si opti per ragioni contingenti, per la stipula di un atto di donazione.

--Una prima strada, non risolutiva specialmente con riferimento alla circolazione dei beni donati durante la vita del donante, [e quindi da applicare dopo un'attenta valutazione del caso concreto e nell'ipotesi in cui nel patrimonio del donante vi siano (e si ha ragione di ritenere permangano) anche altri beni di un rilevante valore rispetto a quanto

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

donato], è quella di ricevere l'atto di donazione e successivamente un testamento nel quale il testatore richiamando l'atto di donazione fatto in precedenza, ed esplicitandone se del caso i motivi, taciti le spettanze degli altri legittimari con altri suoi beni ed inoltre indichi, per l'ipotesi in cui si verifichi una lesione di legittima, l'ordine in cui ridurre le disposizioni testamentarie ai sensi dell'art. 558 c.c.

Tale modus operandi, stante la situazione sopra descritta, riduce il rischio del verificarsi dell'azione di riduzione e restituzione.

--Un'altra tecnica, una volta avvenuta la donazione, è quella far disporre al donante mediante testamento un legato in sostituzione di legittima a favore del/dei legittimario/i non assegnatario/i avente ad oggetto un bene particolarmente caro al/ai legatario/i. Tale modus operandi, tuttavia, è esposto all'inevitabile rischio di scelta della quota di legittima da parte del legittimario ai sensi dell'art. 551 c.c.

- E' possibile optare anche per la risoluzione consensuale della donazione (con necessario rifiuto della tesi che inquadra in tale fattispecie una controdonazione).

MODALITA' OPERATIVE

Stante la situazione sopra descritta, considerata altresì la frequente richiesta di concludere (spesso con il consenso unanime del donante e di tutti i soggetti interessati) atti che realizzino il trasferimento di beni del cedente a favore di un familiare dello stesso o di un terzo in assenza di corrispettivo, la prassi notarile ha ideato diverse soluzioni operative alternative alla donazione (oltretutto esposta al rischio della revoca ex lege per sopravvenienza di figli).

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

Giova a tal punto richiamare la sentenza della Cassazione 12 maggio 2010, n. 11496 che ha stabilito un netto spartiacque tra l'azione di riduzione e quella di restituzione affermando che: “...l'acquisto di un immobile con denaro del disponente e intestazione ad altro soggetto (che il primo intende, in tal modo, beneficiare) integra una donazione indiretta dell'immobile e non del denaro. Tuttavia, alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile ([art. 560 cod. civ.](#)); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione ([art. 724 cod. civ.](#)). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, nè incide sul piano della circolazione dei beni.

Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito.”

Nell'ipotesi suddetta la dottrina nettamente prevalente concorda circa il fatto che l'acquisto di un immobile in capo ad un soggetto, con pagamento del prezzo da parte di un terzo costituisca donazione indiretta dell'immobile in capo al beneficiario e che il relativo atto non sia aggredibile mediante l'azione di restituzione. Ossia parrebbe confermare la Suprema Corte che in presenza di donazione indiretta si scardinerebbe la realtà rappresentata dall'azione di restituzione e che la riduzione con l'effettivo recupero possa avere ad oggetto solo

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

il denaro, oggetto della donazione diretta.

La dottrina sostiene, per la verità, che la non suscettibilità al recupero reale sarebbe dovuta al fatto che il bene non è mai transitato nel patrimonio del donante.

Eppure tale sentenza sembra voler allargare alle donazioni indirette in generale l'ambito di inapplicabilità del recupero reale in favore del legittimario leso: “La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, nè incide sul piano dalla circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito.”.

La Cassazione con la sentenza in esame parte dalla premessa che nella liberalità indiretta si realizza un arricchimento del donatario con uno strumento diverso dalla donazione di immobile: da questa premessa la Cassazione trae la conclusione che la reintegrazione della quota di legittima deve avere come oggetto “il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta”, con le modalità tipiche del diritto di credito, venendo in tal modo escluso “il meccanismo recuperatorio reale della titolarità del bene”.

La vera novità è che tale principio si applicherebbe non solo nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario indiretto ma anche nei confronti dello stesso beneficiario che al momento dell'apertura della successione non abbia trasferito l'immobile a

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

terzi⁶.

La Cassazione con la sentenza in esame ha infatti spostato la tutela del legittimario leso dal bene pervenuto al donatario indiretto al suo valore; con l'obiettivo di stabilizzare sin da subito l'acquisto di detto bene in capo al donatario indiretto medesimo che ne avrà la titolarità.

Come ben evidenziato⁷ e prendendo le mosse da quanto affermato in tale sentenza "...alla riduzione delle liberalità indirette non può applicarsi il principio della quota legittima in natura..." pare potersi sostenere che alle donazioni indirette in generale, quindi a prescindere dallo schema di volta in volta utilizzato, sia inapplicabile il meccanismo del recupero reale di quanto indirettamente donato; poiché non pare possibile operare all'interno della categoria delle donazioni indirette distinzioni tali da creare ricadute differenti in merito all'applicabilità o meno del rimedio restitutorio reale.

Questa disapplicazione del recupero reale del bene opererebbe non solo nei confronti del terzo avente causa dal donatario indiretto ma anche rispetto e a vantaggio di quest'ultimo; non soltanto nelle ipotesi sopra descritte ma **anche nel caso in cui vi sia coincidenza tra quanto indirettamente uscito dal patrimonio del "donante" e quanto entrato nel patrimonio del "donatario"**⁸.

⁶ G. Iaccarino, *Liberalità indirette*, Ipsoa, Milano 2011, pag. 255, *contra* U. Carnevali, *Donazioni indirette e successione necessaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 11, 725 secondo il quale anche nel caso della donazione indiretta il donatario indiretto, pur dopo la sentenza di riduzione, resta *dominus* ed è solo soggetto ad un obbligo di ritrasferimento mentre i suoi aventi causa restano salvi e il legittimario potrà solo pretendere dal donatario il controvalore del bene.

⁷ G. Iaccarino, *Op. cit.*, pagg. 259 ss.

⁸ G. Iaccarino, *Op. cit.*, pag. 259.

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

Con la conseguenza, di non poco conto, che le donazioni indirette rimangono (potenzialmente) soggette all'azione di riduzione ma non soggiacciono all'azione di restituzione.

Illuminante in merito alla irrecuperabilità reale del bene appare altresì la relazione svolta dal Notaio Alessandro Torroni alla giornata di studio sul tema *“La tutela dei legittimari tra novità legislative, prospettive di riforma e prassi giurisprudenziale”* organizzato dal Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Forlì e Rimini a Rimini in data 11 maggio 2012: *“Il principio di diritto espresso dalla Corte di Cassazione, che distingue nettamente la donazione diretta di immobile dalle liberalità indirette, dovrebbe trovare applicazione anche alle liberalità indirette realizzate attraverso il contratto a favore di terzo ed il negotium mixtum cum donatione, rispetto alle quali già la dottrina prevalente escludeva la compatibilità dell'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti.*

Nel caso del contratto a favore di terzo, l'azione di riduzione avrebbe come effetto la revoca della stipulazione a favore del terzo (art. 1411, comma 3 c.c.).⁹

È stato, però, messo in evidenza, che l'effetto della caducazione della clausola a favore del terzo non potrà che realizzarsi ex nunc, come un ritrasferimento del diritto dalla sfera giuridica del terzo a quella dello stipulante, con tutte le conseguenze relativamente al conflitto fra più acquirenti dal medesimo dante causa, che andrà risolto con il criterio

⁹ L. Mengoni, *op. cit.*, 252 s.; U. Carnevali *Donazioni indirette e successione necessaria*, cit., 725 ss.

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

della priorità della trascrizione¹⁰.

Per quanto riguarda il negotium mixtum cum donatione, lo stesso si caratterizza per la sussistenza di una significativa sproporzione tra le prestazioni delle parti, finalizzata all'arricchimento, per spirito di liberalità, di quella parte che riceve la prestazione di maggior valore¹¹. Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, non è un contratto misto, formato da elementi di due schemi negoziali tipici, quali la compravendita e la donazione, ma un negozio indiretto¹².

Questa impostazione comporta che l'accordo delle parti finalizzato a realizzare una liberalità in favore della parte che riceve la prestazione di maggior valore è un elemento esterno alla struttura del contratto, con la conseguenza che, in caso di lesione di legittima, l'impugnativa del legittimario ha ad oggetto tale accordo esterno al contratto e non il contratto che ha realizzato il trasferimento del bene, il quale non verrebbe intaccato dall'azione di riduzione.

La dichiarazione giudiziale di inefficacia dell'accordo esterno al contratto, farebbe sorgere in capo al soggetto contro il quale è stata pronunciata la sentenza un'obbligazione ex lege avente ad oggetto la corresponsione al legittimario del valore dell'arricchimento mentre non produrrebbe effetti nei confronti dei terzi subacquirenti del bene¹³.

¹⁰ Moscarini, *I negozi a favore di terzi*, Milano, 1970, 305.

¹¹ Cass. 29 settembre 2004, n. 19601, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Donazione*, n. 9

¹² Cass. 10 febbraio 1997, n. 1214; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11499; Cass. 18 luglio 1991, n. 7969.

¹³ Cfr. S. Delle Monache, *op. cit.*, 115. *Contra* in dottrina Cataudella, *La donazione mista*, Milano, 1970, 11 ss. e 128 ss., per il quale l'accordo relativo alla realizzazione della liberalità penetrerebbe nel contenuto del contratto perfezionato dalle parti in modo che lo stesso andrebbe a realizzare sia la funzione di scambio sia

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

Come si vede questa ricostruzione corrisponde perfettamente al principio di diritto elaborato dalla Suprema Corte per escludere il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene.”.

Così evidenziate le più ricorrenti problematiche in merito pare opportuno analizzare brevemente le modalità di volta per volta utilizzate nella prassi professionale notarile per favorire un acquisto stabile in capo al beneficiario, o per garantire i terzi aventi causa dallo stesso, distinguendo:

- la fattispecie della donazione diretta nel quale vi sia la rinuncia degli altri legittimari all'opposizione e all'azione di restituzione;
- le più ricorrenti figure di donazioni indirette.

**LA DONAZIONE DIRETTA CON L'INTERVENTO DI TUTTI
I FUTURI LEGITTIMARI**

Seppur la donazione diretta a parere di chi scrive non pare essere la via più sicura da seguire ai suddetti fini deve dirsi che autorevole dottrina¹⁴ ha sostenuto, attraverso un'attenta esegesi dell'art. 557 c.c., la piena rinunciabilità all'azione di restituzione, anche durante la vita del donante, da parte dei legittimari non beneficiari della donazione nell'atto stesso o con atto successivo. La tesi sostenuta pare innovativa ed effettivamente condivisibile.

quella donativa. Da questa impostazione consegue che l'azione di riduzione andrebbe ad impugnare il contratto stipulato dal *de cuius* per quella parte che, ad una stregua oggettiva, ha determinato l'arricchimento altrui. Dunque, il titolo di acquisto del donatario potrebbe essere dichiarato parzialmente inefficace con gli effetti di retroattività reale di cui agli articoli 561 e 563 c.c.

¹⁴ Giancarlo Iaccarino: “RINUNCIA ALL'AZIONE DI RESTITUZIONE, PRIMA DELLA MORTE DEL DONANTE: SOLUZIONI OPERATIVE” in *Notariato*, 2012, 4, 395, Donazione.

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

Difatti mediante tale rinuncia i legittimari si priverebbero, ora per allora, dell'azione recuperatoria reale nei confronti del terzo avente causa dal donatario, relativamente al bene al quale è collegata la rinuncia, conservando tuttavia il diritto ad agire in riduzione nei confronti del donatario stesso.

L'ammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione che è del tutto distinta dall'azione di riduzione non pare difatti confutabile ed il donatario potrà liberamente alienare il bene al terzo, che non sarà così soggetto in futuro all'eventuale azione di restituzione.

LE PIU' RICORRENTI FIGURE DI DONAZIONI

INDIRETTE

La prassi notarile ha poi elaborato diverse modalità di donazioni indirette:

- 1) La vendita del bene dal "*donatario*" al "*legittimario*" o ad un terzo a prezzo di mercato con dilazione dell'obbligo del pagamento del prezzo e successiva remissione del debito, o rinuncia al credito, o donazione del credito medesimo da parte del venditore in favore dell'acquirente;
- 2) la donazione di una somma di denaro pari al valore di mercato dell'immobile da parte del donante in favore del donatario con contestuale assunzione dell'obbligo di versamento della somma entro un determinato termine; successivamente in esecuzione dell'obbligo assunto, in compensazione ad a titolo di datio in solutum, il donante trasferisce al donatario che accetta l'immobile di valore pari alla somma di denaro promessa, con contestuale estinzione di entrambe le obbligazioni.

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

A parere di chi scrive, ove la via tracciata dalla Cassazione suddetta (come evidenziato nelle conclusioni) potesse essere seguita con riferimento alle donazioni indirette tout court (come parte della dottrina sostiene) ciò potrebbe generare un effetto pressochè risolutivo riguardo la circolazione dei beni donativi anche sotto il profilo dell'eventuale azione di simulazione che venisse intentata e vinta.

Difatti ove venisse accertato che la vendita in favore del legittimario celava in realtà una donazione indiretta il legittimario stesso, che abbia ancora detto bene nel suo patrimonio, non sarà tenuto a restituirlo in natura ma “*solo*” a corrisponderne il valore;

ove invece il legittimario avesse medio tempore alienato il bene ad un terzo quest'ultimo non sarebbe soggetto all'azione recuperatoria reale ex art. 563 c.c. (poiché il terzo, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione, non può essere pregiudicato da un fatto o da una situazione non risultante dai Pubblici Registri, per tale ragione al medesimo inopponibile e della quale non può, proprio in quanto non pubblicizzata, avere contezza).

LE DONAZIONI INDIRETTE E

L'ARTICOLO 2929 BIS C.C.

Occorre infine analizzare, ai fini della stabilità degli acquisti, se le donazioni indirette siano soggette alla disciplina dell'art. 2929 bis c.c. di recente introduzione, dato per assodato che la suddetta disciplina trova certamente applicazione nel caso della donazione tipica di cui all'art. 769 c.c.

Un'attenta esegesi dell'art. 2929 bis c.c. e della norma in tema di

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

azione revocatoria¹⁵ porterebbero a sostenere la tesi in base alla quale le donazioni indirette ricorrenti nelle ipotesi di intestazione di beni in nome altrui, contratto a favore del terzo ex art. 1411 c.c., adempimento del terzo ex art. 1180 c.c. ed infine donazione di denaro con successivo e collegato acquisto di bene immobile da parte del donatario non sarebbero soggette all'azione di cui all'art. 2929 bis c.c.

Difatti, pur considerando oggetto della donazione indiretta quanto entrato nel patrimonio del donatario, evidenziando la differenza di ratio tra la disciplina della collazione e quella delle norme sopra richiamate, si esclude l'applicazione a tali atti della relativa disciplina.

Come ben spiegato¹⁶: “...*Proprio in questa prospettiva, occorre porre in luce le differenze della ratio sottesa ai diversi istituti (collazione ad azione revocatoria): se per la collazione questa si ritiene rinvenibile nell'esigenza di parità di trattamento degli eredi, attraverso la reintegrazione del patrimonio del donante de cuius, nell'azione revocatoria, e più in generale nell'esecuzione, l'esigenza sottesa è quella di consentire al creditore il soddisfacimento sulle sostanze del debitore illecitamente fuoriuscite dalla garanzia patrimoniale, nei limiti però di quanto il creditore poteva legittimamente aspettarsi, ovvero di quanto sapeva essere la consistenza patrimoniale del debitore, nel momento del sorgere dell'obbligazione e non per un ammontare maggiore.*

¹⁵ V. Daniele Concetti - Lorenzo Sartori “*IL NUOVO ARTICOLO 2929-BIS C.C. TRA TUTELA DEL CETO CREDITORIO E CERTEZZA DEL DIRITTO*” in RIVISTA DEL NOTARIATO Anno LXX fasc. 1- 2016 pagg. 155 ss.

¹⁶ V. nota 14 *Op. cit.*

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

Ne consegue la possibilità di considerare come oggetto della donazione indiretta il bene, nella prima ipotesi, ed invece il denaro nella seconda.

Quanto detto per l'esecuzione ordinaria (e cioè che oggetto della donazione indiretta può considerarsi il denaro) può valere anche per il peculiare tipo di esecuzione introdotto dalla norma in commento, ricorrendo di certo identità di ratio.

Date queste considerazioni, si ritiene che la nuova previsione dell'art. 2929-bis c.c. non colpisca le donazioni indirette, nelle tre forme sopra elencate, dovendosi concludere che — ai fini della tutela del creditore del “donante” — oggetto delle stesse non sia il bene immobile o mobile registrato bensì il denaro.

In altre parole: seppure in astratto la donazione indiretta rientrerebbe nell'ambito applicativo in esame, stante il suo carattere di atto a titolo gratuito, la stessa non supera il già menzionato “controllo incrociato” relativo all'oggetto, non essendo il denaro un bene immobile o mobile registrato.

Il creditore danneggiato potrà pertanto ricorrere alla normale azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., essendo l'art. 2929-bis c.c. contingentato all'ambito dei beni immobili e mobili registrati.”.

Ragioni di prudenza suggerirebbero quindi di non procedere alla donazione indiretta secondo altri schemi ove la fattispecie concreta faccia presumere il probabile ricorso da parte del creditore all'azione di cui alla norma in commento.

CONCLUSIONI

Come si vede tutte queste ipotesi integrano donazioni indirette che

Giovanni de Fachinetti
Notaio in Fontanellato

sarebbero idonee, in virtù della sentenza sopra richiamata nonché dell'autorevole dottrina citata, a realizzare in capo al beneficiario un acquisto sin da subito solido ed insuscettibile di azione recuperatoria reale a tutto vantaggio della circolazione dei beni; se la sentenza della Cassazione 11496/2010 venisse confermata da successive pronunce che estendessero tale principio (già emergente e sostenuto in dottrina) in maniera palese a tutte le tipologie di donazioni indirette, tali tecniche potrebbero farsi strada con maggior vigore nella prassi professionale a tutto vantaggio della circolazione dei beni, in funzione di un limite che pare nettamente anacronistico.

Purtuttavia stante tutto quanto sopra, considerata altresì la “*magmaticità*” della normativa in materia è auspicabile un pronto intervento in materia del legislatore nell’ottica della certezza della circolazione dei beni e dei traffici giuridici in generale.