



L'OBSOLESCENZA ASSIOLOGICA DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA

CARMINE LAZZARO

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. - 2. Strumenti alternativi. - 3. Conclusioni.

1. La figura del legittimario¹ costituisce la “chiave di volta” dell’intero sistema successorio italiano, assurgendo a centro nevralgico dello stesso, di importanza preponderante, degna di una tutela forte ed inderogabile.

L’istituto della legittima costituisce il limite ultimo ed invalicabile posto dall’ordinamento all’autonomia del testatore a presidio dell’interesse dei prossimi congiunti, e, più in generale, della famiglia.

La quota di legittima (o riserva) si configura in dottrina come *diritto ad una porzione di beni, di valore corrispondente ad una certa frazione della massa*², costituita dal patrimonio complessivo netto del *de cuius*³.

In caso di lesione delle prerogative dei legittimari⁴, il legislatore predispone alcuni strumenti di reazione⁵ piuttosto invasivi (si pensi all’azione di restituzione⁶ ed all’atto

¹ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, terza edizione, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, I, 385 ss., 400, ove si sottolinea che «[...] il legittimario è da considerarsi non legatario, bensì erede, sia pure, in caso di preterizione, non ipso iure, ma solo a seguito dell’esercizio vittorioso dell’azione di riduzione. Il legislatore, in altri termini, per consentire che determinati soggetti conseguano una quota minima del patrimonio del *de cuius* – la c.d. legittima – gli riconosce un titolo ereditario: i legittimari sono chiamati ad una quota di eredità loro riservata, affinché essi possano, per tale via, acquisire effettivamente la porzione di patrimonio del *de cuius* a loro spettante per legge, quando con vocazione testamentaria o legittima essi non siano già destinatari di un titolo di uguale natura e almeno di uguale entità».

² Si parla di *elasticità* della legittima: quest’ultima, infatti, va astrattamente calcolata sul *relictum* al netto dei debiti aumentato del valore delle donazioni, ma va poi concretamente presa in considerazione, valutando il *relictum* al lordo dei debiti; in tal senso, A. PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 129 ss.

³ V. S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 33 ss.

⁴ L’orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza propende per un’intangibilità della legittima, intesa in senso *quantitativo*, potendo il testatore soddisfare le ragioni dei legittimari con beni di qualunque natura, purchè compresi nell’asse ereditario. Merita un cenno, in questa sede, la tesi sostenuta da G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 255, ove l’A., negando l’intangibilità qualitativa della legittima, arriva a sostenere che il testatore possa comporre le quote dei legittimari anche con denaro non ereditario.

⁵ Cfr. G. GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in *Vita Notarile*, 2005, 719 ss.

⁶ Per maggiori approfondimenti sul rapporto tra azione di riduzione ed azione di restituzione si rinvia a A. TORRONI, *Azione di riduzione ed azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell’azione di riduzione nell’ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. notariato*, 2011, 3, 683 ss.



stragiudiziale di opposizione alla donazione⁷) che trovano nell'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni la "punta di diamante" di un apparato difensivo, alquanto rigido, a discapito di qualsivoglia pretesa dei terzi interessati.

L'azione di riduzione presenta peculiari caratteristiche: è un'azione personale di accertamento costitutivo⁸ (diretta non *erga omnes*, ma verso i beneficiari delle disposizioni lesive); è un'azione individuale⁹ (ogni singolo legittimario può agire solo per la sua quota di riserva); ed è, infine, incedibile¹⁰.

Appaiono sin troppo evidenti gli inconvenienti cui è possibile andare incontro, in caso di acquisto del bene oggetto dell'attribuzione lesiva, a causa del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione da parte dell'avente diritto. All'azione di riduzione, infatti, "nel nostro sistema si associa una retroattività di tipo reale: una retroattività, cioè, che si riverbera, travolgendoli, sui diritti degli aventi causa dal beneficiario dell'attribuzione lesiva"¹¹.

Si suole parlare, infatti, di *principio di retroattività reale dell'azione di riduzione*, il che, evidentemente, assicura ai legittimari una tutela smisurata che, nel corso degli anni, si è tentato di limitare e perfezionare¹², al fine di «agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito».

⁷ Cfr. A. BUSANI, *Atto di opposizione alla donazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 13 ss.; per quanto attiene alla rinuncia all'opposizione si rinvia a D. ROSSANO, *Rinuncia all'opposizione alla donazione e suoi effetti*, in *Notariato*, 2006, 5, 573 ss.

⁸ Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000, 232.

⁹ V. Cass. civ., sez. II, 12/5/1999, n. 4698, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1063, ove la Suprema Corte afferma che «L'azione personale di reintegrazione della quota di riserva non è un'azione spettante collettivamente ai legittimari ma è un'azione individuale che compete in via autonoma al singolo che si ritenga leso nella propria quota individuale di legittima e l'accertamento della lesione e della sua entità non deve farsi con riferimento alla quota complessiva riservata a favore di tutti i coeredi legittimari bensì alla quota di colui o coloro che si ritengono lesi; conseguentemente la riduzione delle disposizioni lesive e delle donazioni deve effettuarsi in relazione non all'eccedenza dalla quota disponibile verificatasi con riferimento alla quota complessiva di riserva ma in relazione all'effettiva entità delle lesioni individuali subite dai legittimari attori in riduzione; la reintegra deve poi essere effettuata con beni in natura, salvi i casi di cui all'art. 560, commi 2 e 3, c.p.c., senza che si possa procedere a imputazione del valore dei beni che è facoltà prevista per la sola collazione. (Nel caso di specie un legittimario aveva agito per la reintegra della quota nei confronti dei fratelli e coeredi che erano stati beneficiati con donazioni; il giudice di merito aveva determinato la lesione con riferimento alla quota di due terzi dell'intero riservata ai figli legittimi e naturali, ridotto le donazioni con riferimento all'eccedenza di tale quota e quindi proceduto a collazione con la forma dell'imputazione indicata dai condividenti e la S.C. ha annullato la decisione enunciando l'esposto principio)».

¹⁰ In tal senso A. TORRONI, *Azione di riduzione ed azione di restituzione*, cit., 685.

¹¹ In tal senso S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. notariato*, 2006, 2, 305 ss.

¹² Per una sintetica prospettazione del sistema previgente, si rimanda a V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, 2, 167 ss., 168-169, l'A. evidenzia che "L'art. 561 c.c. ha sempre regolato la restituzione dei beni donati sopra i quali siano stati successivamente iscritti pesi o ipoteche. Il testo originale della norma prevedeva che i beni immobili ed i beni mobili registrati venissero restituiti liberi da ogni peso o ipoteca, attribuendo all'azione di riduzione un effetto purgativo totale in ordine alle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli incombenti sui beni oggetto della riduzione. L'art. 563 c.c., invece, disciplinava e disciplina tuttora l'azione di restituzione contro terzi acquirenti a titolo oneroso del diritto di proprietà sull'immobile donato. Prima della legge 80/2005, nel caso in cui il donatario avesse alienato a terzi il bene ricevuto in donazione e fosse quindi stata infruttuosa l'escussione dei beni



Da decenni la dottrina si affanna nel tentativo di risolvere la problematica della circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito¹³.

Si è così formata “una sacca di beni di difficile commerciabilità” a causa della provenienza donativa degli stessi, che ingenerava uno stato di incertezza tale da non consentirne la rivendibilità, causando la paralisi degli scambi nel mercato immobiliare¹⁴.

Il legislatore è intervenuto col d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, nel tentativo di innovare la materia¹⁵, attenuando il rigore della disciplina previgente con l'introduzione della possibilità per il legittimario di dare il proprio consenso,

presso lo stesso, al legittimario, vittorioso in riduzione, era possibile chiedere la restituzione degli immobili ai successivi acquirenti, salvo il diritto di questi di liberarsi dall'obbligo di restituire in natura i beni pagandone l'equivalente in denaro. Il recupero materiale dei beni presso i terzi acquirenti a titolo oneroso era, quindi, subordinato a due condizioni: l'escussione del patrimonio del debitore non riuscita e il mancato esercizio del terzo acquirente della facoltà di pagare l'equivalente in denaro. Unica situazione di certezza per gli acquirenti da donatari era quella prevista dall'art. 2652 c.c. n. 8, in base alla quale l'acquisto era sicuro se la trascrizione della domanda di riduzione avveniva oltre dieci anni dall'apertura della successione ed era successiva alla trascrizione del titolo di acquisto del terzo. Negli altri casi, la tutela legislativa era accordata al legittimario leso, trascrivente pur dopo il terzo ma comunque nei dieci anni dall'apertura della successione. Le due evidenziate circostanze dovevano concorrere: pertanto, conseguenza pratica di tale regola era che in ogni caso l'acquisto non potesse mai considerarsi sicuro prima che fossero trascorsi dieci anni dall'apertura della successione e quindi dalla morte del donante”.

¹³ Bisogna necessariamente evidenziare, però, che la suddetta problematica è tornata con prepotenza all'attenzione degli operatori del diritto civile, soprattutto negli ultimi anni, all'indomani della soppressione dell'imposta sulle successioni e donazioni per volontà dell'art. 13 l. 18 ottobre 2001, n. 383, il che ha determinato consequenzialmente un'impennata del numero delle stipule di atti di donazione.

¹⁴ V. in proposito E. DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla l. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Riv. notariato*, 2005, 6, 1249 ss., ove si precisa che «La condizione di perpetua incertezza nella quale i beni donati venivano a trovarsi derivava dal fatto che essi erano esposti sine die al rischio dell'azione di riduzione: rischio che, protraendosi fino ad almeno dieci anni dopo la morte del donante, è teoricamente configurabile, in casi estremi, per circa un secolo dalla data della donazione (si pensi al caso di un donante appena maggiorenne ed assai longevo)». Inoltre, prendendo spunto dalla sentenza della Cass. civ., sez. II, 4/5/1985, n.2792 (in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 5 in cui la Suprema Corte afferma “Allorquando dopo la conclusione di un contratto preliminare di vendita avente per oggetto un immobile pervenuto al promittente venditore da donazione del proprio genitore, sopraggiunge la morte di quest'ultimo, il promissario acquirente - cui l'altra parte non abbia fatto presente, al momento della sottoscrizione del preliminare, la provenienza dell'immobile - non può per il solo fatto di tale omissione opporsi alla stipulazione del contratto definitivo, occorrendo, perché il rifiuto possa ritenersi legittimo, che il promissario accerti la esistenza effettiva e concreta del rischio - eccedente il limite accettabile da un contraente di normale diligenza - che lo esponga, in caso di acquisto del bene, alla azione di riduzione della donazione per lesione di legittima, a conclusione dell'indagine che, in ordine a tale rischio, il medesimo è tenuto a svolgere in base ai principi della correttezza e della buona fede contrattuale ed in relazione alla consistenza patrimoniale del promittente venditore ed alle eventuali garanzie da questi prestate”), l'A. sottolinea che “[...] il bene immobile, per il solo fatto di essere stato alienato una volta nella sua storia a titolo gratuito, acquista una qualità giuridica negativa, pressoché indelebile per molti decenni, che lo rende sostanzialmente «di qualità inferiore alla media» [...]”.

¹⁵ Per un quadro completo della riforma in oggetto si rimanda a M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle ll. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. notariato*, 2006, 5, 1269 ss. e R. FRANCO, *Artt. 561 e 563 del codice civile: la novella e qualche riflessione sparsa sul diritto transitorio*, in *Riv. notariato*, 2008, 6, 1271 ss.



affinché la tutela della sua quota di riserva passi da “reale” ad “obbligatoria” prima della decorrenza del ventennio dalla trascrizione della donazione¹⁶.

La rinuncia al termine ventennale, infatti, produce la “degradazione della tutela da reale ad obbligatoria”, ma non anche una lesione dei diritti dei legittimari, i quali si limitano semplicemente ad “affrancare” il singolo immobile dalla tutela reale prima della decorrenza del termine di cui sopra¹⁷, il che non equivale a rinunciare alla propria quota di legittima, in sé considerata, intesa come “valore economico quantitativo”¹⁸.

La problematica in commento non è di poco conto, basti pensare al fatto che nella prassi bancaria si suole negare l'accesso al credito nel caso in cui vengano proposti in garanzia, in pendenza del termine ventennale di cui sopra, immobili di provenienza donativa¹⁹. “E se si considera che la donazione ben può precedere di molti anni la morte del donante, è facile comprendere quale impedimento tanto più grave alla commerciabilità del bene fosse rappresentato, proprio nel campo delle provenienze donative, dall'insieme di tutele concesse dalla legge ai legittimari”²⁰.

La modifica degli artt. 561 e 563 c.c.²¹ si pone in questo solco, tentando di bilanciare, laddove possibile, gli interessi in gioco, ponderando “tra i diritti dei legittimari e l'aspettativa dei

¹⁶ E' necessario precisare che la rinuncia all'opposizione di cui all'art. 563, co. 4, c.c. va interpretata non come rinuncia alla quota di legittima (cosa evidentemente inammissibile in vita del donante ex art. 557, co. 2, c.c.), ma come rinuncia al carattere di “realità” dell'azione di riduzione, salvo il fatto che, ciononostante, ai fini successori, la donazione dovrà, comunque, essere calcolata per l'individuazione della quota spettante ai vari legittimari.

¹⁷ Sul punto cfr. R. LENZI, *La natura della azione di riduzione e restituzione. Alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. not.*, 1/2013, 261 ss., il quale, partendo dalla recente riforma degli artt. 561 e 563 e dai nuovi interventi giurisprudenziali sull'argomento che ci interessa, suggerisce di “[...] stimolare una più approfondita riflessione, al fine di individuare un più avanzato punto di equilibrio tra esigenze della circolazione e successione necessaria, senza che con ciò si determinino sconvolgimenti del sistema ed erosione della struttura solidaristica predisposta a tutela del legittimario”.

¹⁸ In tal senso F. PENE VIDARI - G. MARCOZ, *La mini – riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. notariato*, 2006, 3, 699 ss., ove si precisa, inoltre, che «L'espresso consenso del legittimario sul punto consente di anticipare di venti anni l'effetto di legge così veramente facilitando la circolazione degli immobili donati [...]. La mini riforma, infatti, si prefigge di garantire “la sicurezza degli acquisti delle situazioni giuridiche, cui si correla il fondamentale principio della sicurezza della circolazione dei beni, e consiste nel porre a riparo da ogni rischio il detto acquirente trascorsi venti anni dalla donazione, in modo che quest'ultimo, che è pure sempre un acquirente a domino, non riceva dall'ordinamento un trattamento deteriore rispetto all'acquirente a non domino, per il quale il ventennio costituisce comunque il più lungo dei termini per l'usucapione”».

¹⁹ In tal senso A. PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la L. n. 80 del 2005*, in *Vita not.*, 2005, 2, 762 ss., 764.

²⁰ Cfr. S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari*, cit., 305 ss.

²¹ Valuta positivamente la riforma R. CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. notariato*, 2005, 5, 1019 ss.; l'A. sottolinea che «Merita comunque di essere favorevolmente valutato l'intervento legislativo che, senza comprimere in maniera eccessiva i diritti dei legittimari, ha sostanzialmente rimesso [...] alla volontà del coniuge e dei parenti in linea retta del donante l'effetto di far conseguire all'acquisto della proprietà o di altri diritti reali – di godimento o di garanzia – sui beni donati, avvenuto dopo la donazione, una apprezzabile stabilità ancor prima dell'apertura della successione». Di parere diametralmente opposto, e, quindi, critici con la riforma del 2005 sono stati F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, 1, 3 ss., il quale definisce l'intervento riformatore



terzi alla consolidazione degli effetti degli atti giuridici, soprattutto quando questi ultimi siano assai risalenti nel tempo”²².

Il legittimario, infatti, viene, comunque, garantito ben potendo evitare il prodursi degli effetti pregiudizievoli del trasferimento nei suoi confronti, notificando e trascrivendo l’atto di opposizione alla donazione²³.

2. Dalle brevi considerazioni di cui sopra si evince che le provenienze donative costituiscono un elemento di instabilità tale da frenare la circolazione dei beni nel mercato immobiliare.

Nel corso degli anni, a causa del silenzio del legislatore, rimasto a lungo sordo alle richieste della collettività, e, più in generale, alle esigenze dei traffici e degli scambi nel libero mercato, svariati sono stati i tentativi della dottrina²⁴ volti ad approntare strumenti

come “la montagna che ha partorito il topolino”; G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium Iuris*, 2005, 1129 ss.; V. MARICONDA, *L’inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, 1174 ss.; un giudizio di parziale negatività esprime anche G. BEVIVINO, *Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 del codice civile*, in *Notariato*, 2007, 5, 573 ss.

²² In tal senso G. CARLINI – C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatori: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Riv. notariato*, 2005, 4, 773 ss., ove si evidenzia la propensione del nostro ordinamento ad adeguare la situazione di diritto a quella di fatto col semplice passare del tempo (es. usucapione – prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva dei diritti) e si aggiunge “Non a caso, proprio con riferimento alla tutela dei terzi acquirenti da proprietari di beni di provenienza donativa, si è avanzata l’idea che l’usucapione possa essere fatta valere dallo stesso donatario del bene, decorso il ventennio. Si tratta di un’applicazione della «teoria del doppio effetto», che giudica compatibile la coesistenza di più cause giuridiche in relazione agli stessi effetti. Nel caso dell’acquisto dal donante che sia il vero titolare del bene, si giungerebbe così ad ammettere la possibilità che, decorso un certo termine, possa comunque operare la fattispecie acquisitiva a titolo originario in favore del donatario, sì che, estremizzando, quest’ultimo potrebbe qualificarsi indifferentemente proprietario in virtù di entrambi i titoli”.

Per maggiori approfondimenti sulla «teoria del doppio effetto», si rinvia a S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 177 ss.

²³ In tal senso G. D’AMICO, *La rinuncia all’azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. notariato*, 2011, 6, 1271 ss., 1281, ove, in nt. 27, l’A. sottolinea che “Occorre, naturalmente, a tal fine che il legittimario sia tale al momento della donazione, o lo diventi comunque prima del decorso del termine dei venti anni dalla trascrizione della donazione. Si noti come per i legittimari che diventino tali dopo la trascrizione della donazione (ad es. per chi acquista la qualità di coniuge dopo questo momento, oppure per il figlio nato successivamente) il termine di venti anni si può (di fatto) «accorciare» in maniera anche rilevante, sino ad annullarsi del tutto. Né vale dire che è possibile (purché non sia ancora decorso il ventennio) prolungare di (almeno) altri venti anni il termine, proponendo l’«opposizione alla donazione». Questo è certamente vero in teoria, ma da un punto di vista pratico potrebbe rivelarsi ipotesi del tutto rara. Si pensi al caso del figlio che nasca dopo un certo numero di anni (in ipotesi, più di due) dalla trascrizione di una donazione fatta dal proprio genitore. L’esercizio del diritto di «opporsi» alla donazione non potrà giammai avvenire direttamente da parte di questo soggetto (che diventerà maggiorenne solo dopo il «consolidamento» della donazione), ma presupporrà che sia uno dei genitori (lo stesso donante, ovvero il coniuge) ad effettuare nell’interesse del minore la notifica e la trascrizione dell’atto di opposizione, o ad instare per la nomina di un curatore speciale che ponga in essere tale atto”.

²⁴ In proposito v. P. CRISCUOLI, *Prime riflessioni sulla riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Riv. notariato*, 6, 2005, 1499 ss., 1505, ove l’A. procede “in maniera «sbrigativa»” ad un’elencazione esemplificativa dei



alternativi di tutela dell'affidamento del terzo²⁵. L'obiettivo, neanche troppo celato, della dottrina era quello di predisporre un rimedio, che consentisse agli aventi causa da un beneficiario di qualsivoglia disposizione lesiva degli interessi dei legittimari²⁶, quantomeno, di limitare gli effetti dannosi dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione²⁷.

In linea generale bisogna evidenziare che a lungo si è dibattuto, rispetto al caso di specie (esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, e conseguente restituzione del bene al legittimario), sull'ammissibilità o meno dell'applicazione della garanzia per evizione a tutela dell'acquirente (art. 1483 c.c.).

La soluzione positiva appare, ad una prima lettura superficiale, preferibile, in ragione del fatto che la garanzia per evizione è una conseguenza fisiologica di qualsiasi vendita²⁸.

Ciononostante, numerose sono state le critiche a tale prospettazione, che propendono per una soluzione diametralmente opposta, secondo la quale le disposizioni in tema di evizione si applicano solo per le cause preesistenti all'alienazione del bene²⁹, e non anche per

meccanismi giuridici ideati dalla prassi al fine di superare l'ostacolo della "retroattività reale dell'azione di riduzione", sottolineando, in via preliminare, che «In un'economia di mercato come la nostra, rivolta sempre in misura maggiore alla rapidità della circolazione dei beni ed alla ricerca di un sempre crescente risparmio, la prassi commerciale non poteva di certo rimanere inerte innanzi ad un sistema così instabile, quale quello delle donazioni.

Nel tentativo, dunque, di assicurare la piena disponibilità dei beni donati, è stata ben presto ideata tutta una serie di escamotage che, con l'utilizzo di strumenti tipici offerti dal codice e meccanismi giuridici di varia natura, consentissero al terzo acquirente una certa sicurezza e stabilità dell'acquisto compiuto da un donatario».

²⁵ Per maggiori approfondimenti, si rimanda a A. PALAZZO, *Provenienze donative, successivi trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 3, 317 ss.

²⁶ Sebbene, infatti, l'art. 563 c.c. si riferisca ai "donatori contro i quali è stata pronunciata la riduzione", non si dubita sul fatto che tale norma possa estendersi a tutti i destinatari di disposizioni lesive degli interessi dei legittimari, anche, quindi, le disposizioni testamentarie. In tal senso V. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Rescigno*, 5, I, Torino, 1997, 467 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. II, 22/3/2001, n. 4130, in *Riv. notariato*, 2001, 1503, ove la Suprema Corte espressamente afferma che «Ai fini della reintegrazione della quota di riserva, sebbene il codice civile preveda espressamente, in caso di infruttuosa o insoddisfacente escussione dei beni del donatario, la sola ipotesi di alienazione dei beni effettuata da tale soggetto e la proposizione dell'azione di restituzione contro i terzi acquirenti dei beni stessi, in virtù della medesima "ratio legis", gli stessi principi si applicano anche al caso (non disciplinato) della alienazione, effettuata dall'erede o dal legatario, dei beni oggetto delle disposizioni testamentarie lesive della legittima».

²⁷ Per un quadro completo dei rimedi escogitati dalla prassi, soprattutto notarile, a tutela dell'affidamento del terzo acquirente di un bene con provenienza donativa si rinvia a F. MAGLIULO, *Il problema delle "provenienze donative" tra vecchie questioni e nuove norme*, in *Novità e problemi in materia di circolazione immobiliare, Quaderni, Notariato*, Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai, Roma 19 e 20 settembre 2008, 83 ss., ove l'A. individua i pro ed i contro delle diverse tecniche di tutela prospettate dalla prassi nel corso degli anni (si pensi ad es. alla pattuizione della solidarietà dell'impegno traslativo o, ancora, alla configurazione di una vendita di cosa altrui con adempimento del terzo, o, di un contratto a favore del terzo con particolare riferimento al caso delle liberalità indirette).

²⁸ La garanzia in oggetto è dovuta indipendentemente dal fatto se sia stata o meno prevista nel contratto, salvo quanto disposto dall'art. 1487 c.c.

²⁹ *Contra* C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, 840, ove si sottolinea che il venditore risponde anche per le cause di evizione successive purchè legate da un nesso causale con la violazione dell'impegno traslativo del venditore; e, con riguardo al caso che ci



le successive (un esempio classico di queste ultime è appunto l'esercizio dell'azione di riduzione da parte dei legittimari).

Si è suggerito anche di estendere convenzionalmente la garanzia per l'evizione, *ex art. 1487 c.c.*, anche al caso dell'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione, ma deve considerarsi il fatto che il legittimario potrà agire contro il terzo acquirente solo dopo la preventiva (e vana) escussione del donatario. E' lapalissiano come, in una tale ipotesi, ben poco potrà ottenere a titolo di risarcimento il "malcapitato" terzo in ragione dell'evidente insolvibilità del venditore - donatario³⁰.

Fatte queste doverose, seppur brevi, precisazioni, bisogna soffermarsi sulle due principali tecniche alternative, prospettate a tutela dell'acquirente del bene dal donatario: 1) *contrarius actus*; 2) *fideiussio indemnitas*.

Parliamo di due rimedi di costruzione dottrinarica, il cui successo (o insuccesso) è chiaramente appeso ad un filo: il tutto verte ovviamente sull'interpretazione cavillosa della legge, il che, di per sé, basta per comprendere quanto dibattute siano in dottrina, e, soprattutto, quanto rischiosa sia l'applicazione delle due soluzioni sopra prospettate.

In relazione alla prima soluzione, il *contrarius actus*, o mutuo dissenso, ci riferiamo ad una tecnica che nasce dalla convinzione che l'art. 1372 c.c. sia l'appiglio normativo per introdurre un apposito negozio risolutorio³¹ che pone nel nulla il contratto precedente indipendentemente dalla circostanza che esso abbia effetti reali o obbligatori³².

In pratica, quindi, donante e donatario si accordano al fine di eliminare, con un atto uguale e contrario, gli effetti della donazione, il che consentirà di ripristinare lo *status quo ante*, permettendo al donante (e non al donatario) di procedere alla vendita del bene³³.

interessa, p. 850, ove si precisa che, in caso di "riduzione" dell'acquisto dal donatario, l'evizione si consuma effettivamente al momento della condanna alla restituzione del bene ai sensi dell'art. 563 c.c.

³⁰ Merita un cenno, l'arguta precisazione di F. MAGLIULO, *Il problema delle "provenienze donative"*, cit., 95, il quale evidenzia che «[...] la garanzia in esame potrebbe assumere un valore pratico ove essa sia prestata non già dal donatario-venditore, bensì dall'avente causa dal donatario, che proceda a sua volta alla rivendita del bene; in tal caso infatti l'infruttuosa escussione, che costituisce il presupposto dell'azione di restituzione contro il terzo acquirente, riguarda un soggetto (il donatario) diverso da quello che ha prestato la speciale garanzia per l'evizione sopravvenuta (l'avente causa dal donatario che rivende). Quest'ultimo dunque potrebbe ben essere solvibile all'esito dell'azione di restituzione, poiché l'art. 563 c.c. non prescrive quale condizione dell'azione di restituzione contro il terzo, oltre alla preventiva infruttuosa escussione del donatario, anche quella dell'acquirente intermedio, il quale non è soggetto ad alcuna azione da parte del legittimario».

³¹ G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, 1, 635 ss. e A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 49 ss. e 234 ss.

³² Dottrina e giurisprudenza ritengono, invece, che non sia ammissibile procedere allo scioglimento per mutuo consenso di un contratto che abbia esaurito i suoi effetti, come nel caso di un contratto ad effetti reali; in tal senso G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, 290 ss.; in giurisprudenza cfr. Tribunale di Catania 26/1/1983, (ove espressamente si afferma che «La risoluzione per mutuo dissenso di un contratto ha normalmente efficacia "ex nunc" e comunque non può direttamente incidere sugli effetti traslativi del contratto già prodottisi, per il che occorre un negozio che sortisca effetti opposti al precedente, causando il ritrasferimento, e che è soggetto alla trascrizione *ex art. 2643 c.c.* e non alla annotazione di cui all'art. 2655 c.c.»), con nota G. DE RUBERTIS, *Risoluzione di contratto immediatamente traslativo e pubblicità immobiliare*, in *Vita not.*, 1984, 809 ss..

³³ Prospettando un negozio ripristinatorio (e non una donazione inversa), si impedisce che i legittimari del donatario possano agire in riduzione.



Tale impostazione è stata fortemente criticata; autorevole dottrina³⁴, infatti, osserva che “una risoluzione consensuale, anziché effetti solutori *ex tunc*, produrrebbe in tal caso un nuovo trasferimento a titolo gratuito con effetto *ex nunc*, con risultati niente affatto positivi per la tutela del terzo acquirente”³⁵, entrando in gioco anche i legittimari del donatario-restitutore, poiché quest’ultimo, in una donazione in senso inverso, assumerebbe la veste del donante.

Tali nette contrapposizioni interpretative, in assenza di pronunce giurisprudenziali decisive, rendono l’espedito in commento assai rischioso e poco affidabile.

Quanto, invece, alla seconda soluzione, la *cd. fideiussio indemnitas*, bisogna distinguere tre casi, a seconda che la fideiussione sia rilasciata da: 1) una banca; 2) i legittimari non donatari; 3) il donante³⁶.

Come argutamente sottolineato da attenta dottrina³⁷, nel caso di specie, «*Si tratterebbe di una particolare tipologia di fideiussione [...] diretta a garantire non già l’adempimento di un debito, bensì l’obbligo di risarcimento dei danni derivanti dall’inadempimento del debitore principale*».

La prima ipotesi è sicuramente quella che, a livello teorico, fa sorgere meno problemi, in quanto fideiussore è una banca (soggetto di comprovata solidità economica), il che rende indubitabilmente sicura ed affidabile la garanzia prestata.

Ciononostante, deve rilevarsi come, a livello pratico, l’impostazione prospettata sia, a ben vedere, una soluzione di scuola poco realizzabile nella realtà³⁸ sia per i costi elevati della fideiussione stessa, sia per l’arco temporale interessato dalla garanzia, senz’altro incerto e potenzialmente lungo³⁹.

³⁴ V. M. IEVA, *Retroattività reale dell’azione di riduzione e tutela dell’avente causa dal donatario tra presente e futuro*, scritto destinato agli *Studi in onore di Pietro Rescigno*, in *Riv. notariato*, 1998, 6, 1129 ss.

³⁵ Merita un cenno, inoltre, la tesi di D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di A. Liserre e G. Floridia, Torino, 1988, 291, il quale afferma che “*il contrarius consensus non è la distruzione del contratto precedente, come fatto giuridico che ha già avuto il suo effetto, quanto il superamento di questo effetto stesso*”.

³⁶ Qualunque soggetto può essere fideiussore; ai sensi dell’art. 1936 c.c., infatti, “E’ fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l’adempimento di un’obbligazione altrui”.

³⁷ In tal senso F. MAGLIULO, *Il problema delle “provenienze donative”*, cit., 99.

³⁸ Quale istituto bancario presterebbe una siffatta garanzia per un arco di tempo così vasto ed indeterminato?

³⁹ Va sottolineato, infatti, che i legittimari possono agire in riduzione fino al termine ultimo di dieci anni dalla morte del donante; è, quindi, evidente l’incertezza della garanzia, in ragione del fatto che l’evento “morte” non può essere individuato con esattezza. Concorde sul punto A. ASCIONE, *La garanzia fideiussoria come possibile soluzione al problema della circolazione di beni di provenienza donativa: una necessaria rilettura in ragione dei più recenti assunti della giurisprudenza*, nota a sent. Trib. Mantova, sez. II, 24/2/2011, n. 228, in www.comparazioneDirittoCivile.it, giugno 2012, 4 ss., 11, ove l’A., pur evidenziando che «*Nel contesto del rimedio fideiussorio, l’unica soluzione idonea a evitare l’effetto distortivo sopra evidenziato sembra rimanere, dunque, solo quello della fideiussione bancaria o della polizza fideiussoria assicurativa*», precisa, però, che «*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). Sempre da un punto di vista meramente pratico non si può, inoltre, non fare cenno alla circostanza che,*



Passando alla disamina delle altre due ipotesi (fideiussione prestata dai legittimari e dal donante), è evidente che queste due soluzioni hanno in comune il fatto di costituire un forte deterrente per l'esercizio dell'azione di riduzione da parte dei legittimari⁴⁰.

In ragione di quanto sopra detto, sono molti i dubbi di legittimità che sorgono in relazione ai congegni contrattuali in oggetto, poiché appare palese la volontà di eludere, nel primo caso (fideiussione rilasciata dai legittimari non donatari), l'art. 557, co. 2, c.c., e, quindi, il divieto di rinuncia preventiva all'azione di riduzione; e, nel secondo caso (fideiussione prestata dal donante), sicuramente verrebbe lesa l'intangibilità della legittima. L'acquisto del terzo, pertanto, non è poi così inattuabile, potendosi configurare un tentativo, neanche troppo celato, di negozio in frode alla legge, come tale nullo *ab origine*.

A lungo, la dottrina ha lamentato un disinteresse del legislatore per la materia in commento, ma è anche vero, d'altro canto, che scarse e poco rilevanti sono state le decisioni giurisprudenziali sull'argomento, tant'è che è stato rilevato, con un pizzico di rassegnazione, che *“Purtroppo allo stato la giurisprudenza non si è ancora pronunciata sul punto, cosicché la validità di tali garanzie rimane incerta”*⁴¹.

3. Alla luce di quanto detto in precedenza, acquisisce particolare rilevanza la sentenza del Tribunale di Mantova 24 febbraio 2011, n. 228, che ha stravolto *“antiche certezze”*⁴².

Il Tribunale afferma in modo chiaro e deciso che *“È nullo, ai sensi dell'art. 1344 c.c., il contratto di fideiussione teso ad eludere il principio di intangibilità della quota legittima di cui all'art. 549 c.c.”*⁴³.

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 garanzie. E' dunque alto il rischio che la vendita risulti, in ultima analisi, non conveniente».

⁴⁰ Questi, infatti, nei casi summenzionati dovrebbero risarcire il terzo, o come fideiussori o come eredi del fideiussore.

⁴¹ In tal senso F. MAGLIULO, *Il problema delle “provenienze donative”*, cit., 106.

⁴² La sentenza in oggetto è pubblicata in *Riv. notariato*, 2011, 4, 856, con commento redazionale ed in *Obbl. e contr.*, 2011, 6, 463, con nota G. SCHIAVONE.

⁴³ Il Tribunale considera il contratto di fideiussione *de quo* in frode alla legge, perché lesivo dell'intangibilità della quota di legittima (contrario, quindi, all'art. 549 c.c.).

Non si deve dimenticare, però, che, nel caso di specie, non è oggetto di contestazione da parte del legittimario pretermesso il fatto che il donante si sia spogliato del suo patrimonio immobiliare in forza della donazione da cui provengono i beni oggetto della garanzia prestata a favore della banca.

Bisogna probabilmente propendere per un *iter* argomentativo differente, che, comunque, produce le medesime conseguenze: la nullità della pattuizione. In tal caso, infatti, come sottolineato da autorevole dottrina, verrebbe elusa la disposizione dell'art. 458 c.c., poiché l'evento “morte” diverrebbe determinante per l'individuazione dei rapporti tra i soggetti interessati, sia a livello soggettivo che oggettivo, dando vita a quello che in dottrina viene considerato un tipico negozio *mortis causa* che produrrebbe effetti solo alla morte del donante (cfr., in tal senso, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 41).



La pronuncia, pur nella sua semplicità espositiva, costituisce un *unicum* importante nell'ambito della circolazione di beni con provenienza donativa⁴⁴.

La dottrina ha accolto con entusiasmo (forse esagerato!) l'intervento in commento⁴⁵, arrivando a dire che «*Questa pronuncia è destinata a finire sui libri universitari perché diventerà un precedente imprescindibile nella complicata materia della "circolazione" dei beni oggetto di donazione: la presenza di una donazione nella "storia" di un immobile ne rende infatti assai complicata la successiva vendita (o la sua sottoposizione ad ipoteca) a causa del timore dell'acquirente (o della banca) che l'immobile possa essere oggetto di una controversia ereditaria tra il donatario e gli altri eredi del donante, di cui l'acquirente dell'immobile o la banca mutuante potrebbero fare le spese*»⁴⁶.

Da quanto sopra detto, si evince che, nel caso di specie, si configurerebbe un patto successorio istitutivo, poiché dalla fideiussione del donante deriverebbe, quindi, un'obbligazione postuma (successiva alla morte del fideiussore-donante) a carico degli eredi ed a favore dei soggetti titolari del bene donato al momento dell'apertura della successione, il tutto in palese contrasto col dettato dell'art. 458 c.c. In proposito cfr. M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione*, cit., 1129 ss., ove l'A. sottolinea che «*Sul piano oggettivo il contenuto dell'obbligazione fideiussoria si può determinare solo nel momento della morte del donante-fideiussore, poiché solo in tale momento si quantificano i diritti dei legittimari, sul piano soggettivo la fideiussione esplica i suoi effetti a favore del soggetto o dei soggetti che saranno proprietari del bene dopo la morte del donante-fideiussore (nel momento in cui verrà esercitata l'azione ex art. 563 c.c.), perché espressamente prestata a favore di tali soggetti [...]*».

⁴⁴ Per maggiori approfondimenti, si rinvia a C. LAZZARO, *Una pronuncia innovativa sulla fideiussione del donante*, in *Notariato*, 2012, 1, 21 ss. e G. PALAZZOLO, *La tutela esterna dell'erede legittimario del donante da fideiussione bancaria concessa a garanzia dei debiti del donatario*, in *Vita not.*, 2/2011, 740 ss., note a sent. Trib. Mantova, sez. II, 24/2/2011, n. 228.

⁴⁵ Critico con la soluzione prospettata dal Tribunale P. CASTELLANO, *La presunta invalidità della fideiussione prestata dal donante per l'inadempimento di obbligazioni contratte dal donatario e garantite sui beni donati*, in *Vita not.*, 2/2011, 735 ss., 736-737, il quale non considera la fideiussione *de qua* illecita e precisa che esistono fondate ragioni per non accogliere le conclusioni cui giunge il giudice: «*Innanzitutto, non si scorge il motivo per cui debba essere scomodato per una fattispecie inter vivos, come quella in esame, l'art. 549 c.c., il quale è volto solamente a disciplinare il contenuto delle disposizioni testamentarie. Non a caso la norma esordisce con "il testatore", con ciò facendosi riferimento a) alla presenza di un testamento; b) alla lesione della legittima attuata a mezzo di dette disposizioni di ultima volontà. Si noti, poi, che l'art. 549 c.c., in quanto sancisce una nullità, è norma eccezionale e pertanto di stretta interpretazione. [...] Il donante, quindi, è già gravato in vita del peso della fideiussione e questa sua posizione si trasmette all'erede indipendentemente dall'esercizio o meno dell'azione di riduzione»; e 738-739, ove si aggiunge: «*Il che ci porta ad escludere la natura di atto mortis causa della fideiussione sottoposta all'esame del Tribunale Mantova. [...] Lo scopo della fideiussione in esame, quindi, è quello di garantire l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di mutuo ipotecario, con causa ed effetti operanti inter vivos. [...] Opinando diversamente e in conformità alla pronunzia in esame, dovremmo concludere per la nullità di ogni "peso" assunto da un soggetto e trasmissibile agli eredi, dopo la sua morte. Ogni garanzia reale o personale, prestata tanto verso altri legittimari, quanto verso terzi, e ogni assunzione di debito sarebbero, cioè, illecite perché concretanti "pesi" sulla legittima. Invece, in queste ipotesi, come in quella esaminata dal Tribunale Mantova, il garante viene ad essere obbligato come tale immediatamente e non con effetto dalla sua morte (o, meglio, dall'azione di riduzione del legittimario). Il debito di cui l'erede si grava è lo stesso già esistente in capo al debitore garantito e che su costui continuerà a pesare, anche dopo la morte – e indipendentemente da essa – del soggetto garante*».*

⁴⁶ In tal senso A. BUSANI, *Nulla la garanzia dell'ipoteca sul bene donato*, in *Il sole 24 ore*, 23 marzo 2011, 39, ove si sottolinea, inoltre, che «*La sentenza in commento è importante anche perché non è una sentenza in materia ereditaria: nel caso esaminato dal Tribunale non vi era nessuna lite tra eredi ma "solo" la pretesa della banca di escutere la fideiussione rilasciata dal donante a causa dell'inadempimento del mutuatario*».



In realtà, la sentenza si allinea pedissequamente al dettato degli artt. 561 e 563 c.c. e non si comprende, pertanto, il perché di cotanto fervore. Certo, è innegabile che (finalmente!) una pronuncia giurisprudenziale ha affrontato (risolvendola) un'annosa problematica, che aveva portato alla creazione di meccanismi contrattuali evidentemente in contrasto, come sopra evidenziato, con norme imperative, e, quindi, in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*⁴⁷.

Il contratto in frode alla legge⁴⁸ è quel contratto che, pur essendo formalmente rispettoso del contenuto della norma imperativa, tuttavia, nella sostanza, ne frustra la finalità⁴⁹.

La sentenza *de qua*, pur nella sua semplicità, produrrà senz'altro delle ripercussioni esplosive nell'ambito della commerciabilità dei beni con provenienza donativa. Tutta l'impalcatura precedente, basata su un'evidente *fictio iuris*, comincia ovviamente a vacillare. La pronuncia del Tribunale di Mantova avrà, di certo, una portata deflagrante, che sovvertirà la prassi, ormai consolidata. Sarà difficile reperire una banca, in considerazione

⁴⁷ Per maggiori approfondimenti sul contratto in frode alla legge si rinvia a F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, 12, 573 ss., il quale precisa che «Secondo la legge il contratto che urta una norma imperativa, l'ordine pubblico o il buon costume è illecito (artt. 1343 e 1418 c.c.). Si tratta di illiceità per contrasto. Illecito è anche il contratto che aggira, eludendola, una norma imperativa. Si tratta di illiceità per frode. La causa del contratto (ma si può anche dire: il contratto) si reputa illecita (illecito) quando il contratto stesso costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.)».

⁴⁸ Anche la giurisprudenza si è sforzata di cristallizzare una definizione, il più possibile, concreta di un concetto labile come il negozio in frode alla legge; a tal proposito cfr. Cass. civ., sez. lav., 7/2/2008, n. 2874, in *Guida al diritto*, 2008, 15, 71, ove si afferma che «Il contratto in frode alla legge è caratterizzato dalla consapevole divergenza tra la causa tipica del contratto prescelto e la determinazione causale delle parti indirizzata all'elusione di una norma imperativa. Il contratto è inficiato da nullità perché caratterizzato, nel suo insieme, da causa oggettivamente illecita, che postula la necessaria comunanza dell'intenzione fraudolenta, giacché attraverso un oggettivo collegamento strutturale e funzionale, è utilizzato un contratto tipico e permesso per realizzare un risultato vietato da norme imperative. (Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza che aveva ritenuto nulli i contratti di trasferimento di azienda, perché in frode alla norma imperativa di cui all'art. 18 l. 300/1970)»; ed ancora in materia amministrativa, cfr. T.A.R. Brescia Lombardia, sez. I, 7/7/2010, n. 2454, in *Foro amm. TAR* 2010, 7-8, 2307, ove si precisa che «La figura giuridica del negozio in frode alla legge esprime un fenomeno caratterizzato da un comportamento astrattamente lecito diretto a conseguire un risultato analogo a quello vietato da una disposizione di legge inderogabile, la quale viene aggirata attraverso l'appropriata utilizzazione di schemi normativi tipici».

Quanto sopra affermato, può essere mirabilmente sintetizzato dal celebre brocardo latino *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem legis vero qui, salvis verbis, legis sententiam eius circumvenit*.

⁴⁹ In tal senso F. DI MARZIO, *Interposizione reale di persona, simulazione, frode alla legge nei contratti*, relazione presentata il 21 febbraio 2001 a Roma nell'ambito dell'Incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema «Interposizione e simulazione nel negozio giuridico», in *Giust. civ.*, 2001, 10, 433 ss., ove l'A. evidenzia come «[...] la frode alla legge funzioni come «clausola generale di tipizzazione» delle condotte in violazione di norme imperative». Per ulteriori approfondimenti sul negozio in frode alla legge cfr. A. MANNETTA - G. SCHETTINO, *Negozi in frode alla legge e poteri di indagine del giudice*, nota a Cass. civ., sez. II, 13/4/2006, n. 8640, in *Giust. civ.*, 2007, 2, 471 ss.; per un quadro generale sulla nozione di causa del contratto, si rinvia a B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, nota a Cass. civ., sez. III, 8/5/2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, 9, 1988 ss.



della sentenza *de qua*, che accetti, ritenendosi, comunque, tutelata, una fideiussione prestata dal donante o dagli stessi legittimari, ai fini della concessione di un mutuo, con tutti i rischi del caso, meglio evidenziati in precedenza.

Basti, in questa sede, ricordare che la vendita del bene, già oggi (figuriamoci in seguito alla sentenza di cui sopra), è ostacolata dal fatto, assai ricorrente, che le banche rifiutano la concessione di mutui per il finanziamento dell'acquisto di un bene immobile con provenienza donativa proprio per evitare di incorrere nell'infausta (per la banca) ipotesi del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, il che comporterebbe la conseguenziale inopponibilità, *ex art. 561 c.c.*, dell'ipoteca, eventualmente iscritta sul bene stesso posto a garanzia⁵⁰.

Tutto ciò comporta la necessità di ripensare l'intera problematica della circolazione dei beni con provenienza donativa, tentando di proporre soluzioni nuove ed alternative, non potendoci più accontentare di soluzioni ormai vetuste ed artificiose.

Si deve rilevare, nostro malgrado, che il legislatore non tiene conto della mutata realtà sociale e delle diverse ricostruzioni dottrinali volte a facilitare la speditezza e la sicurezza della circolazione giuridica dei traffici e delle merci, e, nel caso di specie, "l'emancipazione" dei beni dalla loro provenienza donativa e dai rischi ad essa strettamente connessi.

In generale, l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione e la conseguente restituzione del bene, libero da pesi o ipoteche, non soltanto rischiano di stravolgere interi assetti familiari (e, soprattutto, patrimoniali) precostituiti dal *de cuius* stesso, ma, vieppiù, costituiscono un freno alla circolazione dei beni di provenienza donativa⁵¹.

L'obiettivo da raggiungere dovrebbe essere, invece, quello opposto: deve tenersi conto del sempre maggiore dinamismo commerciale e delle esigenze dei mercati che, da un lato, chiedono (anzi esigono) di smarcarsi dai rigidi vincoli in cui sono stati, fino ad oggi, imbrigliati e, dall'altro, reclamano con vigore la speditezza, la certezza e la stabilità degli acquisti e dei traffici giuridici⁵².

⁵⁰ In tal senso anche G. D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione*, cit., 1274, ove, in nt. 11, si precisa che "Per la verità l'art. 561 c.c. stabilisce che gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso od ipoteca di cui [il legatario o] il donatario può averli gravati [...]. La norma, dunque, non fa riferimento a ipoteche concesse dal terzo acquirente. Cionondimeno si ritiene che anche queste ultime (ipoteche) siano inopponibili al legittimario che abbia agito verso l'acquirente per la restituzione del bene, in considerazione del fatto che l'art. 563 c.c. (al 1° comma) dispone che egli può chiedere la restituzione degli immobili ai successivi acquirenti «nel modo ... in cui potrebbe chiederla ai donatari medesimi» [...].

A parte il profilo evidenziato [...], va sottolineato che la provenienza donativa di un bene esistente nel patrimonio di un soggetto costituisce – più in generale (e, indipendentemente dall'ipotesi di vendita) – ostacolo all'ottenimento di finanziamenti che debbano trovare garanzia (in tutto o in parte) in quel bene. Detto altrimenti, il bene di provenienza «donativa» finisce per risultare di fatto limitato nella sua utilizzazione anche (solo) come «garanzia» da concedere a terzi, per ottenere «credito»".

⁵¹ Cfr. C. CACCAVALE, *Riducibilità del titolo di provenienza e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 2001, 10, 457 ss.

⁵² Prezioso sull'argomento il contributo di F. TASSINARI, *La «provenienza» donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, Studio n. 5859/C, approvato dal CNN in data 9 settembre 2005, in *Studi e Materiali*, 2/2005, 1141 ss.



Non ci si può accontentare di una riforma che, come già evidenziato, ai più appare “azzoppata”, troppo *soft* rispetto ai dilaganti nuovi interessi in gioco. In ragione di ciò sarebbe auspicabile un nuovo intervento legislativo che possa dare una spinta propulsiva agli scambi commerciali in un periodo di estrema crisi, come quello che stiamo vivendo.

Le innovazioni prospettabili possono essere le più disparate; ad esempio, si potrebbe configurare la donazione come un’alternativa al testamento⁵³, tentando di consolidare gli effetti della stessa in vita del donante, esportando, per così dire, nella materia *de qua* il modello del “patto di famiglia”⁵⁴, in casi espressamente e tassativamente previsti⁵⁵.

O ancora si potrebbe riconoscere ai coniugi la possibilità di regolamentare anticipatamente i propri rapporti personali, e, soprattutto, per quel che, in questa sede, ci interessa, i rapporti patrimoniali, mediante “accordi prematrimoniali”. Tali accordi potrebbero disciplinare anche profili successori⁵⁶.

D'altronde l'art. 162, co. III, c.c. già prevede che i coniugi possano stipulare “convenzioni matrimoniali” aventi contenuto patrimoniale, purché nel rispetto delle formalità previste dalla legge.

Tali convenzioni, quindi, dovranno essere redatte da notaio mediante atto pubblico, alla presenza obbligatoria dei testimoni, il tutto a garanzia della massima regolarità e trasparenza e sotto il controllo di legalità del notaio⁵⁷.

Queste soluzioni, consequenzialmente, porterebbero ad una rivisitazione del divieto dei patti successori⁵⁸, al fine di consentire la regolamentazione della vicenda successoria

⁵³ In tal senso M. PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma*, in *Riv. notariato*, 2009, 1, 103 ss.

⁵⁴ In proposito era stato già suggerito da attenta dottrina di utilizzare *il patto di famiglia come rimedio alla instabilità dei trasferimenti in funzione successoria*, soprattutto in tutti quei casi di *malfunzionamento di riduzione e collazione*. Sul punto si rinvia a M. Ieva, *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi (ovvero del tentativo di rimediare a ipotesi di malfunzionamento dei meccanismi di riduzione e collazione)*, in *Riv. not.*, 2009, 4, 1081 ss.

⁵⁵ Si potrebbe introdurre una successione “a tempo”, creando, come detto, una sorta di modello analogo al patto di famiglia. Preziosa potrebbe essere una soluzione volta alla tacitazione dei legittimari con reciproche dichiarazioni in vita del genitore, con la possibilità finanche di compensazione tra le provenienze dei due genitori, al fine del calcolo della legittima in caso di figli legittimi o naturali di genitori viventi o premorti, creando una sorta di “binario unico ed unitario” di successione, considerando i patrimoni dei due genitori, dal punto di vista successorio, come un *unicum indivisibile*, riducendo di molto le eventuali controversie tra gli stessi figli.

⁵⁶ A ben vedere, tale soluzione potrebbe favorire un incremento dei matrimoni, soprattutto, in quei casi in cui la coppia non “formalizza” l’unione di fatto per la paura di un *partner* di danneggiare, a livello successorio – patrimoniale, i figli di primo letto. Una siffatta prospettiva avrebbe gli indubbi vantaggi di consentire una previa allocazione delle risorse, cristallizzando le attribuzioni anticipatamente.

⁵⁷ Per il principio di simmetria delle forme, discorso analogo andrà fatto in caso di modifica o scioglimento della convenzione di cui si tratta.

⁵⁸ Sul punto interessanti sono le osservazioni di A. PALAZZO, *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 1/2004, 116 ss., 138, ove l’A. precisa che «[...] appare evidente come il tentativo di rafforzare la tutela dell’aveute causa dal donatario è oggi soprattutto una questione di *ars stipulatoria*,



direttamente all'interessato, attuale proprietario dei beni, il che garantirebbe la stabilità dell'acquisto e favorirebbe, senz'altro, i traffici⁵⁹.

Se proprio non si volesse rivedere la materia dei patti successori⁶⁰ (magari introducendo il solo patto successorio rinunciativo⁶¹, ipotizzando un patto rinunciativo in *singulas res*, una sorta di rinuncia anticipata, ma solo in casi tassativi e ben individuati), si potrebbe, quantomeno, ammettere un rilevante cambiamento degli effetti dell'azione di riduzione da reali, ad obbligatori⁶².

della quale il notaio è il principale interprete; ma sarebbe una pia illusione ritenere che tale tentativo sia sufficiente ad evitare un intervento normativo sul codice civile, ed in particolare sull'abrogazione dei patti successori in primis rinunciativi, che appare ormai improcrastinabile. Nel frattempo, un meccanismo assai utile ed efficace di tutela delle ragioni del terzo acquirente, potrebbe proprio essere il trust. Se, infatti, il donante istituisse trustee il donatario (beneficiario), destinando una somma al soddisfacimento dei diritti di eventuali legittimari, questi ultimi non sarebbero pregiudicati dalla infruttuosa esecuzione sul patrimonio personale del donatario ed eviterebbero quindi di rivolgersi contro il terzo acquirente, essendo il trust fund, com'è noto, un patrimonio segregato».

⁵⁹ Da diversi anni si sollecita la revisione della disciplina delle successioni, cfr. C. CACCAVALE – F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettiva di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 1, 74 ss., 94, ove si suggerisce l'introduzione del patto successorio rinunciativo.

⁶⁰ Non bisogna dimenticare che, in realtà, la riforma della materia successoria, globalmente intesa, anche con riferimento ai patti successori, era l'obiettivo originario del legislatore italiano, come dimostrato dalla relazione di accompagnamento della riforma, che configura la l. n. 80/2005, come una sorta di provvedimento provvisorio. Quanto detto è facilmente comprensibile se sol si va a leggere attentamente il testo della relazione in oggetto, laddove si afferma che «in attesa che – anche sulla base delle iniziative adottate dalle istituzioni comunitarie – si proceda, per un verso, ad un'organica revisione della disciplina dei patti successori e della tutela dei legittimari e, per l'altro verso, a mitigare il divario tra la disciplina dettata dal nostro legislatore e quella vigente nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea, nella prospettiva di una doverosa armonizzazione tra i vari ordinamenti giuridici, si ritiene urgente fornire una risposta al problema della tutela dell'acquirente dei beni immobili di provenienza donativa, il quale problema appare di maggiore evidenza dopo la riforma attuata con l'abrogazione dell'imposta sulle successioni e donazioni».

⁶¹ Per quanto, invero, l'idea di attribuire la cittadinanza nel nostro ordinamento al patto successorio rinunciativo non è poi così peregrina; si pensi al fatto che, ai giorni nostri, con gli strumenti tecnologici che impazzano, i motori di ricerca, il prolungarsi degli studi, è alquanto improbabile che un soggetto capace di agire, possa essere sprovveduto o prodigo.

⁶² Questa impostazione sarebbe perfettamente rispondente ai dettami dell'U.E., che, già da tempo immemorabile, ha indicato una siffatta soluzione con la Comunicazione dell'allora Commissione CEE 7/12/1994 in G.U.C.E., C 400 del 31/12/1994 (richiamata da C. CACCAVALE – F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori*, cit., 93 ss.), che raccomandava agli Stati membri, la cui legislazione prevedeva una tutela forte dei legittimari, di «rimuovere gli ostacoli che possono derivare da talune disposizioni del diritto di famiglia o del diritto di successione: ad esempio la cessione tra coniugi dovrebbe essere consentita, il divieto dei patti successori dovrebbe esser attenuato e la riserva in natura esistente in taluni paesi potrebbe essere trasformata in riserva in valore»; fondamentale quest'ultimo passaggio. Ove si esorta gli Stati membri ad attenuare gli effetti reali di tale tutela, trasformando la legittima stessa in una «riserva di valore».

Tra gli altri interventi comunitari, volti alla rivisitazione ed all'armonizzazione del diritto successorio degli Stati membri, se ne possono segnalare diversi, tra tutti il più rilevante è, senz'altro, il «libro verde», in materia di successioni e testamenti, presentato dalla Commissione delle Comunità Europee a Bruxelles in data 1/3/2005, SEC (2005) 270. Per una rassegna generale sull'argomento, v. G. PETRELLI, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005, 211 ss.



Rivedere la disciplina dei patti successori, infatti, non deve essere considerato un tabù, caratterizzato dai dogmi della sacralità ed immodificabilità⁶³.

Per agire su una norma e modificarla, bisogna sempre partire dal suo significato intrinseco occulto e valutarne la *ratio*.

La volontà del legislatore, nel configurare il divieto di cui all'art. 458 c.c., era quella di tutelare tutti i possibili successibili da prodigalità ed avventatezza⁶⁴.

Risulta, anche oggi, così pressante questa esigenza tanto da limitare i traffici giuridici in modo così invasivo, proprio nell'epoca di *internet*, delle tecnologie più avanzate, delle informazioni diffuse, o è più "la paura dell'ignoto" a frenare l'intervento riformatore del legislatore?

Facendo una rapida carrellata comparativistica con gli altri ordinamenti stranieri, si deve sottolineare come il nostro risulti essere, senz'altro, il più arretrato sul punto.

Soffermandoci sui soli sistemi di *civil law*; si può evidenziare come gli ordinamenti di stampo germanico, ciascuno con le sue peculiarità, chi più, chi meno, ammettono la figura *de qua*: il diritto tedesco (parr. 2274-2302) parla di "*Erbvertrag*", un vero e proprio contratto successorio; il codice civile austriaco (parr. 602 e 1249 ABGB) ammette la stipula dei patti successori solo tra coniugi, considerandoli alla stregua di patti nuziali; mentre il codice civile svizzero (artt. 468, 481, 494, 495 e 512 ss. c.c.) configura la validità del patto istitutivo e di quello rinunciativo.

Finanche il codice civile francese, all'art. 1082 ammette deroghe al divieto dei patti successori, soprattutto ora, alla luce della Loi n. 2006-728 del 23/6/2006 "*portant réforme des successions et des libéralités*", che ha introdotto il patto rinunciativo inteso come rinuncia anticipata a promuovere l'azione di riduzione.

In ragione di quanto sopra detto, la domanda sorge spontanea: perché non introdurre nel nostro ordinamento la possibilità, in vita del *de cuius*, di rinunciare, se non all'intera posizione successoria spettante (rinuncia, da alcuni definita, *omnibus*), quantomeno a singoli beni?

Non appare peregrina o blasfema la soluzione prospettata, basterebbe circoscrivere dettagliatamente l'operatività di tale rinuncia sia relativamente al profilo soggettivo che a quello oggettivo.

⁶³ In tal senso A. A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato post mortem. Contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 1/2011, 453 ss., 456, ove l'A., con riferimento ai patti successori, precisa che «Il tema è delicato e richiede attenzione: l'ambiente socio-economico va preparato e guidato: i cambiamenti per saltum rischiano sempre di condurre ai risultati peggiori. E a favore della gradualità dell'innovazione legislativa non sembra inopportuno pensare a una griglia di patti successori (nel senso di patti destinati a operare propriamente al caso della morte del disponente) da fissare come tassativi e regolare in termini «tipici» sul piano della disciplina. Con perno su questo piano della garanzia, per il disponente, della possibilità di un suo recesso per giusta causa (anche con indicazione legislativa di uno spettro di situazioni in proposito)».

⁶⁴ A ben vedere, la stessa *ratio* sottesa all'art. 771 c.c., che sancisce la nullità della "donazione di beni futuri". La "gratuità" di un negozio viene vista dal legislatore con un evidente disvalore, quasi che celasse chissà quale "misterioso peccato inconfessabile", il che è dimostrato dall'ammissibilità della vendita di cosa futura ed altrui, si vedano gli artt. 1472 e 1478 c.c.



Sebbene la prevalente dottrina propenda per considerare inammissibile tale eventualità, poiché si afferma che sino al momento dell'apertura della successione, non si può attribuire al soggetto interessato la qualità di erede, è anche incontestabile l'assunto che, almeno per ciò che attiene ai legittimari, nulla osta a considerarli successibili *ex lege*, indipendentemente dalla qualità di erede o meno. In tal caso, infatti, almeno per ciò che riguarda questi soggetti, non si vede cosa possa vietare la loro possibilità di rinunciare *ex ante*, quantomeno provvedendo ad una rinuncia *in singulas res*, tutte individuate *a priori*, seguendo la falsariga di quanto disposto, *ex art. 768 quater*, co II, c.c., in materia di patto di famiglia.

In un'ottica di "competitività tra ordinamenti", questa prospettazione potrebbe allineare il diritto successorio italiano agli altri sistemi europei, favorendo i traffici ed il libero mercato, soprattutto immobiliare.

Il nostro ordinamento, sino ad oggi arroccato su posizioni oltranziste, si metterebbe al passo coi tempi, eliminando il *gap* che lo divide dagli altri ordinamenti.

Non dimentichiamoci, infatti, che la soluzione proposta è già ammessa in Francia e Svizzera⁶⁵, per fare soltanto due esempi.

La rinuncia potrà avvenire unilateralmente o mediante convenzione bilaterale o, finanche, plurilaterale, sia a titolo gratuito che oneroso.

Sarà necessaria, per la delicatezza della materia in oggetto e per le peculiarità dei beni di cui si dispone e (perché no) anche in base al principio di simmetria delle forme con il testamento pubblico, la forma scritta dell'atto, da riceversi alla presenza di due testimoni, nel massimo rispetto delle formalità prescritte dalla legge notarile.

L'atto di rinuncia, se unilaterale, sarà revocabile fino all'ultimo istante di vita del dante causa, ma potrebbero configurarsi, in caso di patto di rinuncia, altri casi di scioglimento comunque validi, come ad esempio il recesso per inadempienza o per dichiarazione espressa dei soggetti interessati.

Ovviamente il valore del bene cui si rinuncia verrà calcolato *ex post* al momento dell'apertura della successione.

L'introduzione nel nostro ordinamento di un patto successorio rinunciativo produrrebbe a cascata almeno altre due modifiche: una relativa al dettato dell'art. 557, co II, c.c., che verrebbe automaticamente abrogato, venendo meno la necessità di una siffatta previsione; l'altra, con riferimento all'art. 559 c.c., per evitare che venga stravolto l'ordine di riduzione delle donazioni, sarebbe opportuno prevedere che il legittimario rinunciante non possa chiedere la riduzione di quelle donazioni precedenti, che, in assenza della rinuncia di cui si tratta, non sarebbero state intaccate.

Ed ancora, qualora non si volesse fare una riforma così invasiva, si potrebbe, comunque, intervenire sui soggetti interessati all'operazione, restringendo la cerchia dei

⁶⁵ La *loi* n. 2006-728 del 23/6/2006, introducendo il patto rinunciativo quale rinuncia anticipata ad esercitare l'azione di riduzione, ammette che il soggetto legittimato a rinunciare sia solo un erede necessario. L'art. 495 codice civile svizzero afferma che "Il disponente può stipulare con un proprio erede un contratto di rinuncia o di *fine ereditaria*", ovviamente *ex art. 468 c.c. svizzero* il disponente deve essere maggiorenne.



legittimari non donatari, titolari del diritto di agire in riduzione. Appare incomprensibile, infatti, il trattamento di favore riservato dal legislatore al coniuge separato, che mantiene tutti i diritti successori, salvo il caso di addebito. Perché non escludere dalla successione, come legittimario, un soggetto che, il più delle volte, è invisibile al testatore?

Tale soluzione presenta una sua logicità intrinseca, a dir poco, incontestabile; in un'ottica di riforma generale, si può impedire ad un soggetto indesiderato di insinuarsi nella vicenda successoria⁶⁶.

Si potrebbe parificare la situazione del coniuge legalmente separato a quella del coniuge divorziato, garantendogli sì un assegno, ma “soltanto” qualora questi si trovi in stato di bisogno⁶⁷.

Si potrebbe affrontare la questione anche sotto un diverso angolo prospettico, focalizzando l'attenzione sulle conseguenze giuridiche, in ambito successorio, in caso di nuovo matrimonio del coniuge. Perché non creare patrimoni ereditari distinti, con conseguente distinzione dei legittimari “per fasi”?

In caso di nuovo matrimonio del vedovo o del divorziato si escluderebbe, così, il nuovo coniuge dalla successione (quale legittimario) nei beni posseduti dal genitore (anteriormente al nuovo matrimonio), in presenza di figli legittimi o naturali⁶⁸ nati dal

⁶⁶ In tal senso M. IEVA, *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. notariato*, 2005, 5, 933 ss., ove l'A., a maggior riprova di quanto detto nel testo, aggiunge, inoltre, che, a lungo, si è pensato «[...] che nel nostro codice l'art. 154, che si occupa della riconciliazione dei coniugi, è espressione dell'idea del legislatore che, contrariamente a un dato sociologico che tutti conosciamo, la separazione sia un momento di transizione in vista di una riconciliazione, mentre statisticamente la separazione è il momento in cui si consuma la disgregazione del nucleo familiare che trova il suo naturale esito nel divorzio».

⁶⁷ L'attuale art. 548, co II, c.c., in caso di assegnazione dell'assegno vitalizio, prescinde dallo stato di bisogno; mentre il coniuge separato consensualmente viene considerato legittimario.

⁶⁸ Sarebbe, inoltre, opportuno eliminare l'anacronistica distinzione tra figli legittimi e naturali, con conseguenziale abrogazione dell'istituto della commutazione, il tutto nel rispetto dei dettami costituzionali. Merita un cenno il fatto che l'iter di riforma, in materia di parificazione tra figli legittimi e naturali, è stato già avviato, nel tentativo di sancire l'unicità dello status di figlio. Il 30/6/2011, la Camera dei Deputati ha votato il testo unificato di alcuni disegni di legge (n. 1211/2008 e n. 1412/2009). Il testo di riforma, recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, in seguito, è stato approvato con modificazioni dal Senato in data 16/5/2012 e trasmesso nuovamente all'altro ramo del Parlamento in data 23/5/2012 (non è ancora iniziato l'esame dello stesso). Precursore sul punto era stato C. MAZZU', *La facoltà di commutazione riconosciuta agli eredi legittimi resiste all'usura del tempo*, nota a *Corte Cost.*, 18/12/2009, n. 335, in www.comparazionediritto.it, luglio 2010, 1 ss., 5, laddove, dopo aver precisato, in via preliminare, che «La sentenza in esame rappresenta un esempio di scuola della capacità di resistenza di regole contenenti forme di diritto diseguale grazie al rinvio a principi generali o concetti-valvola, che ne consentono l'attualizzazione nell'ordinamento e la sincronia col mutato assetto dei rapporti e con l'evoluzione delle concezioni sociali», si aggiunge (10-11-12) che «Il momento dell'opzione per l'esercizio del diritto di commutazione costituisce agli occhi dei figli legittimi il compimento di una catarsi familiare, che emenda le cose, prima e più che le persone, dall'onta subita con la violazione della regola della legittimità della discendenza. [...] La proprietà si carica di tinte e significati ancestrali e diventa proiezione sociale della matrice identitaria familiare, che i fratelli legittimi non intendono disperdere. Proprio la genesi risalente del fenomeno della protezione – fino all'estremo limite – del nesso tra proprietà e famiglia è costruita attorno al principio di legittimità, in cui la proprietà è intrisa di storia familiare e lascia trasudare il sentimento di sé, che ciascun componente della famiglia esprime nella pienezza della discendenza legittima. Benchè la vicenda successoria si sia evoluta, passando dal maggiorascato alla tutela dei legittimari, ancora non si è del tutto esaurita la carica



precedente matrimonio, creando, in tal modo, una sorta di duplicazione patrimoniale e successoria a tutela delle prerogative della famiglia originaria⁶⁹.

Si potrebbe giungere fino al caso estremo dell'abrogazione dell'intera successione necessaria, il *vulnus* che si verrebbe a creare, infatti, verrebbe, senz'altro, colmato dalle norme sulla successione legittima, o, eventualmente, dalle disposizioni in materia di successione testamentaria.

Non dimentichiamoci, infatti, che, nei sistemi di *common law*, la figura del legittimario o non viene presa in considerazione o non ha la stessa forza dirompente riconosciuta nell'ordinamento italiano⁷⁰.

Il modello anglosassone garantisce e tutela la piena libertà del testatore nel disporre delle sue sostanze per il periodo in cui avrà cessato di vivere, senza alcuna limitazione⁷¹, non si prevede alcuna quota di legittima o alcun diritto dei legittimari.

semantica del richiamo, sottinteso e reciproco, tra legittimazione dell'acquisto della proprietà familiare e origine legittima della filiazione dell'acquirente iure ereditario. Ma così non sembra che debba essere più e non è bene che sia». L'A., partendo da un concetto di "proprietà originata dal basso", intesa come "diritto [...] riconosciuto e tutelato nella storicità del suo modo di essere e nel suo divenire", suggerisce «Il ribaltamento della prospettiva [...] acquisendo la consapevolezza del valore e della capacità propulsiva della funzione sociale, intesa come fonte, ragion d'essere e limite del diritto di proprietà, quale che ne sia il titolo d'acquisto: inter vivos o mortis causa. Essa diventa il metodo di elaborazione di regole che [...] vengono "dal basso", dalla base sociale che si esprime democraticamente attraverso gli organi legislativi[...]; e conclude parlando di "lunga marcia del figlio naturale verso la proprietà paterna senza distinzioni qualitative, come riconoscimento della rilevanza di una aspirazione concorrente e alternativa a quella degli eredi legittimi".

⁶⁹ A conclusioni sostanzialmente analoghe (anche se in relazione al patto di famiglia) perviene C. MAZZU', *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari*, in *Notariato*, 2008, 4, 419 ss., 426, ove l'A. espressamente afferma «[...] appare criticabile la soluzione adottata dall'art. 768 sexies c.c., che prevede la purificazione del nuovo coniuge ai legittimari esistenti alla data del patto e pretermessi nella fase della stipula. Questi è entrato nella vicenda di vita e nella relazione patrimoniale col *de cuius* solo dopo la stipula del patto di famiglia, relativo a beni acquistati da quest'ultimo prima del nuovo matrimonio, di cui ha disposto a favore di discendenti legittimari, che sono tali proprio perché nati da (e/o al di fuori di) un precedente matrimonio. Non si vede come e perché il nuovo coniuge debba accampare diritti su vicende antecedenti la nascita del nuovo rapporto coniugale, specie se si è inteso dare al patto di famiglia un valore di anticipata successione o di anticipata divisione, comunque con effetto transattivo e preclusivo, per quanto attiene alla determinazione del valore dell'oggetto del patto e delle attribuzioni spettanti ai non beneficiari. C'è da aggiungere che si spiega la previsione della sanzione, per l'inadempimento degli obblighi nei confronti dei discendenti legittimari preteriti, ma non si comprende perché si parli di invalidità per vizio del consenso, ex art. 768 sexies, ult. comma, e non di normale risoluzione per inadempimento. Viceversa, sembra proprio un fuor d'opera la previsione del medesimo trattamento per un soggetto (il nuovo coniuge) che – all'epoca dei fatti – non esisteva ancora nell'orizzonte familiare, perché non vi era alcuna relazione giuridicamente rilevante. In entrambe le ipotesi, questo è il primo caso di vizio del consenso "al passato" o "ora per allora", con esonero dall'onere della prova dell'esistenza del vizio: in altri termini, un vizio del consenso *ope legis* e retroattivo, quasi una sanzione a carico del disponente ... per non aver coinvolto tutti i legittimari o per essersi risposato».

⁷⁰ In linea generale, la figura del legittimario non è riconosciuta; al massimo, esistono alcune sporadiche eccezioni, o a tutela del coniuge (ma parametrando i suoi diritti in base alla durata del matrimonio), o a tutela dei figli (come ad esempio in Louisiana dove è ammessa una quota di riserva a favore dei figli sotto i 23 anni o portatori di handicap).



Discorso diverso va fatto per i sistemi di *civil law*, in cui storicamente è riconosciuta la figura del legittimario, ma anche in questo caso sono enormi le discrasie col sistema italiano⁷².

Si pensi, ad esempio, all'ordinamento tedesco⁷³ in cui il legittimario non è erede (quindi, non partecipa alla comunione ereditaria), è soltanto un creditore dell'eredità; pertanto, in caso di lesione delle sue prerogative, avrà diritto ad una somma pari al valore di quanto gli spettava *ex lege*.

In Francia, Grecia e Belgio, invece, il legittimario è, a tutti gli effetti, erede e non potrà essere escluso dalla comunione ereditaria.

Quanto, invece, ai Paesi appartenenti all'ex Unione Sovietica, peculiare è la situazione dei legittimari in Russia, Moldavia ed Estonia in cui il diritto alla quota di legittima è subordinato alla minore età o all'inabilità al lavoro; mentre in Lituania il diritto *de quo* è subordinato allo stato di bisogno del legittimario.

In ragione di quanto sopra detto e la famiglia, così come configurata dai nuovi costumi e dall'evoluzione sociale, è divenuta a tutti gli effetti “una comunità di consumo” più che “una comunità di produzione”. Così appare delineata dal nostro codice civile, che è evidentemente un codice di stampo patrimonialistico, ancorato ai principi dell'Italia fascista e post-bellica, ed ai valori della terra, considerato come il bene superprimario, e della famiglia, intesa come gruppo di produzione e lavoro.

E' usuale che i legittimari godano già in vita del *de cuius* dei suoi beni senza collaborare in alcun modo ad incrementarne il patrimonio, anzi depauperandolo: perché, allora, garantire una tutela così forte a soggetti che, il più delle volte, si dimostrano poco propensi ai valori della famiglia, al lavoro ed al sacrificio? Perché non tutelare, invece, la sovrana volontà del *de cuius*? Perché non consentire a quest'ultimo di disporre, come meglio crede, del patrimonio che in vita ha contribuito a creare e sviluppare?

Se proprio non si volesse aderire alla soluzione limite dell'abrogazione totale della successione necessaria, si potrebbe quantomeno aderire all'invito dell'Unione Europea e riconsiderare la stessa natura della quota di legittima, magari configurandola come una “quota di valore”⁷⁴; e perché no, magari si potrebbe depotenziare la figura del legittimario,

⁷¹ Al massimo, i familiari esclusi ingiustamente potranno, ma solo in funzione assistenziale, adire il giudice per vedersi riconosciuta una, seppur minima, forma di sostentamento.

⁷² Per un quadro generale sulla successione necessaria negli altri ordinamenti europei, si rinvia a E. CALO', *Lineamenti europei della successione necessaria*, in *Studi e materiali*, 3/2011, 1023 ss., 1031.

⁷³ Gli stessi principi sono presenti negli ordinamenti di Ungheria, Austria e Finlandia.

⁷⁴ In tal senso M. IEVA, *Circolazione e successione mortis causa*, in *Vita not.*, 2012, 1, 51 ss., 73, ove si suggerisce che «[...] ciò che si intende tutelare nel moderno sistema successorio è non tanto la libertà del disponente di revocare la disposizione, che è tradizionalmente considerata la finalità del divieto dei patti successori istitutivi, quanto, piuttosto, il conseguimento da parte dei legittimari di quel valore economico che la legge consente loro di acquisire, attraverso l'azione di riduzione, anche contro la volontà del disponente. Una linea evolutiva del sistema successorio potrebbe, perciò, essere la trasformazione della tutela dei legittimari nella semplice salvaguardia di un valore purchè sia assicurata l'effettività della tutela stessa».



guardando a quest'ultimo, non più come ad un successibile necessario, bensì come ad un creditore dell'eredità.

Tutte le ricostruzioni prospettate sono solo dei suggerimenti in vista di una meditata ed organica (oltre che tanto agognata) riforma del diritto delle successioni, cosa di certo non facile, visti gli interessi confligenti in gioco, ma sicuramente non impossibile.

E' innegabile, infatti, la palese insufficienza del sistema successorio attuale, alla luce dei nuovi e disparati interessi in gioco. Evidentemente, non può più parlarsi di legittimari "punto e basta", ma l'interprete (e, soprattutto, il legislatore) deve necessariamente tener conto della sempre maggiore instabilità e/o reiterazione del matrimonio. Pertanto, sarebbe sicuramente più corretto parlare di legittimari rispetto a più vite matrimoniali, succedutesi nel tempo e tutte parimenti legittime e degne di tutela.

E' come se ci trovassimo di fronte ad un sistema a più orbite, sulle quali si collocano più satelliti: il sistema attorno alla persona, infatti, si è pluralizzato, si è colorato di aspetti un tempo impensabili, né tantomeno configurabili.

Non possono più bastare, in una gerarchia assiologica completamente nuova, variegata e plurale, come quella attuale, gli artt. 561 e 563 c.c., o ancora, il patto di famiglia, per soddisfare le esigenze più disparate che emergono dalla collettività, comunque, legittime, e come tali, doverosamente tutelabili.

L'obsolescenza assiologica della successione necessaria viene, viepiù, certificata dal recentissimo provvedimento legislativo licenziato dal Parlamento⁷⁵ che sancisce la definitiva equiparazione tra figli legittimi, naturali ed incestuosi⁷⁶: i figli diventano finalmente tutti uguali⁷⁷. L'Italia si è liberata così di un fardello che da decenni appesantiva ingiustamente (ed aggiungerei anche incostituzionalmente!) il trattamento dei figli nati fuori dal matrimonio.

⁷⁵ L'iter di riforma, in materia di parificazione tra figli legittimi e naturali, era stato avviato in data 30/6/2011. La Camera dei Deputati, infatti, aveva votato il testo unificato di alcuni disegni di legge (n. 1211/2008 e n. 1412/2009). Il testo di riforma, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", in seguito, era stato approvato con modificazioni dal Senato in data 16/5/2012 e trasmesso nuovamente all'altro ramo del Parlamento il 23/5/2012. La Camera dei Deputati, in data 27/11/2012, ha, infine, approvato col voto favorevole di 366 deputati (31 sono stati i contrari e 58 gli astenuti) il testo di riforma che ora è divenuto ufficialmente legge.

⁷⁶ La legge sulla equiparazione tra figli legittimi e naturali consta di sei articoli: - l'art. 1 reca le nuove disposizioni, sostanziali e processuali, in materia di filiazione, ispirate al principio per cui tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico; - l'art. 2 delega il Governo alla modifica delle disposizioni vigenti per eliminare ogni discriminazione tra figli legittimi, naturali e adottivi, indicando i principi e criteri direttivi da seguire; - l'art. 3 ridefinisce le competenze fra Tribunali ordinari e Tribunali dei minorenni in materia di procedimenti di affidamento e mantenimento dei figli, dettando, inoltre, disposizioni a garanzia del diritto dei figli agli alimenti e al mantenimento; - gli artt. 4 e 5 recano disposizioni transitorie e in materia di stato civile; - l'art. 6 contiene la clausola di invarianza finanziaria.

⁷⁷ Sul punto, v. la proposta di C. MAZZU', *La facoltà di commutazione riconosciuta agli eredi legittimi resiste all'usura del tempo*, nota a Corte Cost., 18/12/2009, n. 335, in www.comparazionediritto civile.it, cit., 5 ss.



Non esisteranno più figli di serie A e figli di serie B, lo *status* di figlio è unico⁷⁸.

Pertanto, non solo potranno essere riconosciuti dai propri genitori, pure se già uniti in matrimonio con altra persona al momento del concepimento, i figli nati fuori dal matrimonio, ma anche, e questo è il *punctum dolens* (non sono, infatti, mancate le polemiche sull'argomento⁷⁹), i figli incestuosi, previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio⁸⁰. Il minore, anche se nato fuori dal matrimonio, diviene, tramite la riforma in oggetto, un membro della famiglia a tutti gli effetti⁸¹. Si viene a creare un vincolo di parentela non solo con i genitori, ma anche con tutti gli altri familiari⁸². Parliamo, quindi, di un'epocale riforma che elimina le ultime scorie di un retaggio giuridico arcaico, fatto di profonde disuguaglianze, figlie di un "medioevo normativo", frutto di convinzioni non più attuali, ormai sentite dalla società come vetuste ed odiose. Appare doveroso, però, sottolineare che la "partita non è ancora chiusa", è verosimile che possano intervenire "in zona Cesarini" modifiche ulteriori che possano stravolgere l'intera intelaiatura del testo di legge. Non si dimentichi, infatti, che, ad

⁷⁸ In tutti gli articoli del codice si provvederà all'eliminazione dell'odiosa distinzione tra figli legittimi e naturali (si userà semplicemente la parola "figli"!)." Stesso discorso per gli adottivi. Per questi ultimi, però, il vincolo di parentela non c'è nei casi di adozione di persone maggiorenni.

⁷⁹ Per alcuni, l'attuale testo di legge avrà tra i suoi effetti più immediati quello di "sdoganare l'incesto". Critica sul punto I. BOSSI FEDRIGOTTI, *Riconoscere i figli naturali va bene «legalizzare» l'incesto è vergognoso*, in *Corriere della sera* del 26/11/2012, 32, la quale parla di "modifiche sconcertanti" ed aggiunge che «Ci si chiede perché, a volte, il legislatore è così cieco e sordo alla realtà. Perché legifera esclusivamente concentrato sul codice senza alzare gli occhi sulla società, sulle eventuali, probabili conseguenze che l'introduzione della – sua - nuova norma potrebbe avere o, anzi, sicuramente, avrebbe. Perché gli è così cara la teoria al punto che, a volte, della pratica non si interessa proprio, fattore secondario, chissà, vile, con la quale non vede la necessità di sporcarsi le mani. [...] In nome dell'uguaglianza ovviamente: un'uguaglianza sulla carta che, però, porterebbe a micidiali disuguaglianze nella vita. I figli [...] verrebbero, infatti, inevitabilmente messi al corrente – dai documenti - delle scabrose vicende familiari che hanno portato alla loro nascita, costretti – per legge - a scoprire che il loro padre è, insieme, il loro nonno, zio o magari bisnonno. Molto meglio, allora, essere diversi se ciò significa non dover portare sulle proprie spalle il pesante – e discriminante - fardello di una simile consapevolezza. Per non dire del fatto che l'incesto, una volta scritto negli atti e ufficializzato dalle carte, potrebbe alla fine sembrare una pratica meno perversa, meno infame, in via di depenalizzazione, quasi».

⁸⁰ Viene stravolto il vigente art. 251 c.c. che vieta il riconoscimento dei figli nati da persone unite da vincolo di parentela, anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito, in linea collaterale nel secondo grado e tra affini in linea retta, con l'unica eccezione che entrambi i genitori, o solo uno di essi in buona fede, al momento del concepimento, avessero ignorato il vincolo (o ancora salvo il caso in cui sia stato dichiarato nullo il matrimonio da cui deriva l'affinità).

⁸¹ Con modifica riferita all'articolo 254 del codice, viene, inoltre, abbassata l'età - da 16 a 14 anni - a partire dalla quale il riconoscimento del figlio naturale non produce effetto senza il suo assenso, nonché l'età al di sotto della quale il riconoscimento non può avere effetto senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.

⁸² In caso di morte dei genitori, quindi, il minore potrà essere affidato ai nonni, agli zii o ai cugini; non si dovrà far ricorso all'istituto dell'adozione come si fa, invece, oggi.



oggi, restiamo in attesa dei decreti attuativi che dovranno essere emanati dal governo in materia di successioni e donazioni⁸³.

In base alla disciplina vigente deve evidenziarsi che la provenienza donativa di un bene immobile diviene indubbiamente una sorta di “qualità deteriore”, che ne influenza la libera circolazione.

Quanto sopra detto, non può essere condiviso, in considerazione del fatto che il bene – in sé – è neutro, ma subisce un irrigidimento della sua legge di circolazione in ragione della provenienza donativa, il che è inaccettabile, a meno che non si voglia propendere per una forma di proprietà risolubile.

L’acquisto del bene, infatti, è precario; a ben vedere, è come se lo stesso fosse sottoposto ad una condizione risolutiva *ex lege*, il che equivale ad introdurre un modello di proprietà temporanea conseguente alla retroattività dell’effetto dell’azione di riduzione.

Che gli immobili di provenienza donativa costituiscano, ad oggi, uno degli argomenti più complessi e controversi nell’ambito del diritto privato è cosa ormai assodata: sono molte, ad esempio, le incongruenze interpretative, alla luce della disciplina dell’acquisto *a non domino* di beni mobili (art. 1153 c.c.) e immobili (art. 1159 c.c.). Perché il donatario di immobili dovrebbe essere trattato peggio dell’acquirente *a non domino*, che usucapisce in dieci anni?⁸⁴ Forse lo si ritiene in mala fede per il solo fatto che acquista a titolo gratuito?

Ed ancora, perché il *dies a quo* nel caso di donazione decorre dalla morte del *de cuius*, e non dalla data di trascrizione della donazione: non sembra un’abrogazione tacita parziale dell’art. 1159 c.c.?

Queste sono solo alcune delle problematiche connesse alla questione in oggetto⁸⁵, che evidenziano come essa sia ben lungi dal trovare una soluzione definitiva, necessitando di una minuziosa ed attenta riforma⁸⁶.

⁸³ In poche parole: il “colpo di scena” è sempre dietro l’angolo!

⁸⁴ Per maggiori approfondimenti sul punto, v. G. D’AMICO, *La rinunzia all’azione di restituzione*, cit., 1286, ed, in particolare, nt. 43.

⁸⁵ Merita un cenno, in questa sede, l’ulteriore problematica dell’acquisto dal “donatario indiretto” e della possibile, o meno, riducibilità dello stesso. In proposito dubbi di costituzionalità, sia con riferimento alle liberalità simulate che indirette, sono stati sottolineati da G. BARALIS, *Riflessioni sull’atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell’art. 563 c.c.*, in *Riv. notariato*, 2, 2006, 277 ss., 283-284, il quale precisa che «[...] la tutela del legittimario trova il suo fondamento nella trascrizione dell’atto di opposizione. L’atto di opposizione, a sua volta, suppone che il legittimario esplori con costanza i Registri immobiliari [...] senza contare che [...] se il controllo si deve estendere alle donazioni indirette e simulate si deve immaginare un non semplice «lavoro» del legittimario nel controllare la natura degli atti dispositivi [...]; l’A. arriva a chiedersi se «Ha senso affermare che il legittimario possa/debba fare opposizione all’atto simulato nel ventennio (al solo fine, si badi, di accertare la natura donativa dell’atto e quindi ai fini della trascrizione dell’opposizione), con la conseguenza che se il termine ventennale fosse spirato, gli sarebbe preclusa ogni contestazione verso il terzo?». Per ulteriori precisazioni sull’argomento in oggetto, cfr. G. D’AMICO, *La rinunzia all’azione di restituzione*, cit., 1296.

⁸⁶ A maggior riprova della complessità dell’argomento in commento e della volontà, ormai generalizzata, di procedere ad una minuziosa riforma; si permetta, in questa sede, di citare ulteriori soluzioni ricostruttive. Attenta dottrina, propone altre soluzioni, ugualmente valide, cfr. a proposito G. D’AMICO, *La rinunzia all’azione di restituzione*, cit., 1282-1283, il quale, pur considerando positivamente i risultati raggiunti dalla



Sarebbe opportuno trovare un equo temperamento tra l'autonomia privata e le regole inderogabili in materia di successione necessaria, tentando di favorire i traffici e gli scambi, soprattutto in materia di circolazione di beni con provenienza donativa, a discapito di uno stringente sistema che ormai viene avvertito dalla generalità dei consociati come un'insieme di insopportabili ed intollerabili limitazioni dell'autonomia e della libertà dei singoli individui⁸⁷.

riforma, (“Non si tratta di uno sconvolgimento del precedente assetto normativo [...], ma non è neanche un risultato che possa essere considerato trascurabile”), precisa, in nt. 37, che “Quanto affermato nel testo non significa che si condivida la soluzione scelta dal legislatore. E’ plausibile ritenere che il legislatore avrebbe potuto essere più coraggioso, e magari escludere del tutto la retroattività «reale» dell’azione di riduzione, anche se – per altro verso – occorre riconoscere che la cautela manifestata non è (nella logica adottata dal legislatore) del tutto infondata, e discende probabilmente dalla consapevolezza che eliminando radicalmente la possibilità di «inseguire» il bene anche presso i terzi acquirenti si sarebbe forse inserito un meccanismo capace di scardinare la tutela del legittimario leso rendendo relativamente facile la possibilità di «vanificare» tale tutela (almeno quando il donatario sia un soggetto a rischio di insolvenza). Ciò non toglie che – come diciamo anche nel testo – esistevano possibilità per il legislatore di raggiungere l’obiettivo di assicurare maggiormente la sicurezza della circolazione senza compromettere la tutela dei legittimari alternative a quella prescelta, alcune delle quali anche ripetutamente suggerite. In particolare, si sarebbe potuto seguire anche per i beni immobili, il criterio (che l’art. 563 c.c. utilizza per i beni mobili, facendo «salvi gli effetti del possesso di buona fede») di non consentire l’azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente, nel caso in cui si tratti di un acquirente «di buona fede» (ossia ignaro della potenziale lesività, in concreto, della donazione attraverso la quale il venditore ha conseguito il bene oggetto di trasferimento). Una variante (a nostro avviso preferibile, perché evita – fra l’altro – anche l’inconveniente di lasciare in sospenso la valutazione della «stabilità» dell’acquisto sino al momento in cui il legittimario abbia agito in riduzione e, poi, proponendo la domanda di restituzione ex art. 563 c.c.) poteva essere quella di consentire al legittimario (che, in fondo, è titolare di un credito – sia pure eventuale, o se si vuole, condizionato – verso il donatario, nell’ipotesi in cui la donazione dovesse rivelarsi lesiva), entro i cinque anni dalla vendita ad un terzo del bene donato, di agire in revocatoria dimostrando che l’atto di disposizione del donatario reca pregiudizio alle sue ragioni, e che il donatario e il terzo acquirente sono consapevoli di tale pregiudizio (ovvero – se si ipotizza un atto di trasferimento anteriore al sorgere del credito – che l’atto sia stato dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento e il terzo sia partecipe di tale dolosa preordinazione). Il vantaggio di questa seconda soluzione risiede nel fatto che l’insicurezza dell’acquisto non sarebbe superiore a quella che ordinariamente accompagna qualsiasi atto di disposizione di un bene (in quanto atto revocabile dai «creditori» - attuali o potenziali – del disponente), e in particolare non si prolungherebbe comunque oltre il quinquennio dal compimento dell’atto. E’ appena il caso di dire che, in entrambe le soluzioni ora prospettate, è fatta salva – come nella soluzione adottata dal legislatore – l’azione di riduzione nei confronti del donatario”.

⁸⁷ Per ulteriori precisazioni si rinvia a M. IEVA, *Circolazione e successione mortis causa*, cit., 73, ove l’A. rileva che «Nel cercare un nuovo punto di equilibrio tra autonomia privata e regole inderogabili che nel sistema successorio, [...], sono prevalentemente quelle sulla tutela dei legittimari, si può correre il rischio che le norme che impongono limitazioni all’autonomia privata vengano percepite come insopportabili limitazioni di libertà mentre sarebbe auspicabile che si ricordasse sempre che le regole inderogabili, nella logica del sistema, quando non sono finalizzate addirittura alla tutela di interessi pubblici, mirano alla tutela dei soggetti più deboli e conseguentemente ad una più corretta ed equilibrata composizione degli interessi privati».