

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
A.A. 2013-2014

TESI IN: DIRITTO PRIVATO I
TITOLO: CIRCOLAZIONE DEI BENI E TUTELA DEI LEGITTIMARI AI SENSI
DELL'ARTICOLO 563 C.C.

RELATORE: Prof. Attilio Zimatore

CORRELATORE: Prof. Silvio Martuccelli

CANDIDATO: Flavio Petrocelli
MATR: 102003

INDICE

CAPITOLO I

La successione necessaria e gli strumenti di tutela dei legittimari

1.La successione necessaria: fondamento e natura giuridica.....	pag.	1
2. Posizione giuridica del legittimario	pag.	10
3.Determinazione ed elasticità della quota di riserva; intangibilità quantitativa ed eccezioni	pag.	12
4.Gli strumenti di tutela dei legittimari: art. 549 cod. civ. e cenni all'azione di riduzione	pag.	25
5. Aspetti critici della successione necessaria	pag.	29
6. Cenni sulla successione necessaria nel diritto romano, nei paesi di <i>civil law</i> e di <i>common law</i>	pag.	33

CAPITOLO II

La circolazione dei beni di provenienza donativa prima e dopo la Legge n. 80 del 2005

1.Introduzione	pag.	37
2. Rimedi dottrinali a tutela del terzo acquirente.....	pag.	42
2.1. <i>Garanzia per evizione</i>	pag.	42
2.2. <i>Risoluzione per mutuo dissenso</i>	pag.	43
2.3. <i>Risoluzione per inadempimento dell'onere</i>	pag.	46
2.4. <i>Riserva di disporre</i>	pag.	47
2.5: <i>Fideiussio inademnitatis</i>	pag.	48
2.6: <i>Novazione causale</i>	pag.	49
2.7: <i>Polizza assicurativa</i>	pag.	53
3. <i>Ratio</i> e disciplina intertemporale della riforma	pag.	55
4. Finalità e natura del termine ex artt. 563 e 561 cod. civ.	pag.	69
4.1. <i>Il problema dell'usucapione</i>	pag.	71
4.2. <i>Natura giuridica del termine: prescrizione-decadenza-durata</i>	pag.	78
4.3. <i>L'art. 2652, n. 8 cod. civ.</i>	pag.	83
5.L'atto di opposizione ex art. 563, quarto comma cod. civ.	pag.	87
5.1. <i>La sospensione del termine</i>	pag.	87
5.1.1. <i>La rinnovazione dell'opposizione</i>	pag.	89
5.2. <i>Natura giuridica dell'opposizione: atto giuridico in senso stretto</i>	pag.	90
5.2.1. <i>L'opposizione come diritto potestativo</i>	pag.	92

5.2.2. <i>L'opposizione come onere</i>	pag.	94
6. La personalità dell'opposizione	pag.	96
6.1. <i>I soggetti titolari del diritto di opporsi: il coniuge</i>	pag.	99
6.1.1. <i>Gli ascendenti</i>	pag.	101
6.1.2. <i>I discendenti</i>	pag.	103
7. La rinuncia all'opposizione	pag.	110
8. Forma e contenuto dell'atto di opposizione	pag.	125
8.1. <i>L'opposizione come atto "stragiudiziale"</i>	pag.	125
8.2. <i>Contenuto dell'atto di opposizione</i>	pag.	127
8.3. <i>La notifica dell'atto di opposizione</i>	pag.	127
8.4. <i>La trascrizione dell'atto di opposizione</i>	pag.	131
9. Donazioni indirette e simulate	pag.	135
10. Opposizione e Patto di famiglia	pag.	150
11. La collazione	pag.	157

CAPITOLO III

Le azioni di riduzione e di restituzione

1. Introduzione	pag.	164
2. L'azione di riduzione: la tesi dualistica del codice del 1865 ed il concetto di unitarietà accolto dal codice del 1942	pag.	166
2.1. <i>L'acquisto della qualità di erede da parte del legittimario e la sua responsabilità per i debiti ereditari</i>	pag.	169
2.2. <i>La riduzione automatica prevista dall'art. 533 cod. civ.</i>	pag.	171
2.3. <i>L'azione di riduzione come azione costitutiva</i>	pag.	172
2.4. <i>Condizioni di ammissibilità dell'azione di riduzione</i>	pag.	176
2.5. <i>Termine per la proposizione dell'azione di riduzione</i>	pag.	180
2.6. <i>Rinuncia alla riduzione e la quota mobile</i>	pag.	180
2.7. <i>Personalità e legittimazione</i>	pag.	185
2.8. <i>Petitum, causa petendi e rapporti tra domanda di riduzione, di divisione e di collazione.</i>	pag.	189
2.9. <i>La trascrizione della domanda</i>	pag.	195
3. L'azione di restituzione nei confronti del beneficiario	pag.	198
3.1. <i>Ordine, criteri ed effetti delle riduzioni</i>	pag.	200
3.2. <i>Riduzione delle donazioni (e dei legati)</i>	pag.	204
3.3. <i>La restituzione di beni determinati: art. 560 cod. civ.</i>	pag.	207
3.4. <i>La sorte dei pesi e ipoteche. Il termine ventennale</i>	pag.	211
3.5. <i>Restituzione dei frutti, deterioramenti e miglioramenti</i>	pag.	214
3.6. <i>L'insolvenza del donatario (o del beneficiario)</i>	pag.	216
4. L'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti	pag.	219
4.1. <i>Dies ad quem del termine ventennale</i>	pag.	222
4.2. <i>Il diritto di riscatto</i>	pag.	225

CAPITOLO IV

Prospettive di riforma

1- Il divieto dei patti successori e la crisi del testamento: gli atti <i>post mortem</i> e <i>trans mortem</i>	pag. 228
2. Necessità di un intervento legislativo: alcune proposte	pag. 248
<i>Indice degli autori</i>	<i>pag. 266</i>
<i>Indice delle sentenze di legittimità e di merito</i>	<i>pag. 277</i>

Capitolo I

La successione necessaria e gli strumenti di tutela dei legittimari

§1. La successione necessaria: fondamento e natura giuridica. §2. Posizione giuridica del legittimario. §3. Determinazione ed elasticità della quota di riserva; intangibilità quantitativa ed eccezioni. §4. Gli strumenti di tutela dei legittimari: cenni sull'azione di riduzione. §5. Aspetti critici della successione necessaria. §6. Cenni sulla successione necessaria nel diritto romano, nei paesi di *civil law* e di *common law*.

§1. La successione necessaria

L'ordinamento giuridico italiano, secondo quanto stabilito dall'art. 457, primo comma, cod. civ. (*"l'eredità si devolve per legge o per testamento"*), conosce due specie di successione: quella legittima e quella testamentaria.

Il terzo comma del medesimo articolo stabilisce che *"le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari"* di cui si occupano gli artt. 536-564 cod. civ. costituenti il Capo X del Titolo I del Libro delle successioni, intitolato *"Dei legittimari"*.

Nel codice non compare la formula *"successione necessaria"*, comunemente impiegata, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per designare la vocazione alla successione di quei soggetti ai quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti e che sono chiamati a succedere anche contro la volontà del testatore il quale non può, né con disposizioni testamentarie, né con donazioni compiute in vita, ledere il loro diritto alla legittima.

La formula *"successione necessaria"* vuol perciò significare che i legittimari non possono essere privati dei diritti successori che la legge garantisce loro, neppure in forza di contraria volontà espressa dal defunto e che, conseguentemente, le norme che disciplinano la materia sono inderogabili e imperative.

Questa forma di successione che si apre in favore dei più stretti congiunti del defunto (coniuge, figli e, in mancanza di questi, ascendenti), definiti dalla legge legittimari (art. 536 cod. civ.) in quanto titolari del diritto alla legittima e cioè ad una quota intangibile del patrimonio del *de cuius* (artt. 536-548 cod. civ.) tutelabile

attraverso diversi strumenti tra cui, principalmente, l'azione di riduzione¹, non costituisce una terza forma di devoluzione dell'eredità. Secondo una minoritaria dottrina², invece, la successione necessaria è un *tertium genus*, distinta sia da quella intestata che da quella testamentaria perché pur essendo la vocazione prevista dalla legge come nella legittima, si differenzia da quest'ultima con riferimento ai soggetti, all'oggetto, alla fattispecie e alla natura delle norme.

Difatti, i soggetti della successione necessaria sono i legittimari e cioè il coniuge ed i parenti in linea retta mentre i soggetti di quella intestata sono i parenti entro il sesto grado e, infine, lo Stato; l'oggetto della successione necessaria è la frazione di patrimonio intangibile dal testatore mentre l'oggetto dell'intestata è l'intero patrimonio; nella successione necessaria la quota di riserva si calcola sul *relictum* ed il donato mentre quella intestata si calcola sul solo *relictum*; la successione necessaria si apre in presenza di lesione mentre quella intestata ne prescinde; le norme sulla successione necessaria sono inderogabili dal testatore diversamente da quelle sulla successione legittima.

Nonostante gli aspetti peculiari indicati, ad avviso della dottrina dominante e della giurisprudenza³ la successione necessaria non costituisce un *tertium genus* per due fondamentali ragioni: perché l'art. 457 cod. civ. non prevede una terza fonte di devoluzione dell'eredità e perché quella necessaria e legittima hanno in comune taluni principi, tali da poterle inquadrare in una generale figura di successione legittima familiare.

La successione testamentaria e legittima trovano fondamento politico-istituzionale nel diritto di proprietà e, in particolare, nell'art. 42 Cost. che riconosce e garantisce la proprietà privata (secondo comma) ed assicura la trasmissione dei patrimoni, per successione legittima o

¹ AA.VV., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile* a cura di Santise, Torino 2014, pag. 354.

² In particolare, GROSSO-BURDESE, *Le successioni*, parte generale, 1977, pag. 85 e ss.; CASULLI, *Successioni* (dir. civ.): *Successione necessaria* in *Noviss. Dig. It.* XVIII Torino, 1971, pag. 787 e ss.

³ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1982, pag. 277 e ss.; BIANCA, *Diritto Civile*, 2. *La famiglia. Le successioni*, Milano 2005, pag. 534; SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ., Libro delle successioni per causa di morte e donazioni*, a cura di D'Amelio-Finzi, Firenze, 1941, pag. 266; CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, pag. 168; CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano 1947, pag. 212 e ss.; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2000., pag. 44 e ss. Per la giurisprudenza, recentemente Cass. Sezioni Unite 27 febbraio 2013, n. 4748 in *Riv. Notariato* 2013, fasc. 2, pag. 425 e ss.

testamentaria secondo le norme ed i limiti stabiliti dalla legge (quarto comma).

L'interesse del proprietario è però diversamente tutelato a seconda della specie di successione.

Nella testamentaria è tutelato il potere di disporre dei propri beni e, quindi, l'interesse individuale del testatore che esplica i suoi effetti quando la persona è ormai estinta.

Tale successione *“ripete il suo fondamento giustificativo dalla ragione del riconoscimento giuridico del testamento, la quale è costituita dall'interesse riconoscibile al de cuius nel momento di sua vita in cui predispone il regolamento negoziale da valere dopo la sua morte. Riconosciuta la rilevanza giuridica del testamento . di nessun'altra giustificazione ha bisogno la successione che si apre alla sua morte⁴”*.

Fondamento delle norme sulla successione necessaria non è la tutela della famiglia nucleare⁵ considerata dagli artt. 29, 30 e 31 Cost. e dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, bensì la tutela dei singoli membri che la compongono.

Occorre preliminarmente osservare che soltanto con la riforma del diritto di famiglia è stata superata quella visione patriarcale espressa nella prima codificazione unitaria del 1865, passata senza alcuna modifica sostanziale nel codice del 1942, caratterizzata da una concezione della famiglia come unità produttiva a fondamento dell'economia il cui patrimonio andava preservato e non disperso tra le famiglie del coniuge superstite e quelle originarie⁶.

La L. 19 maggio 1975, n. 151, di riforma del diritto di famiglia, ha inciso sulle norme successorie attraverso un'unica innovazione, a carattere formale, apportata al testo dell'art. 536 cod. civ..

⁴ Così MENGONI, *Delle successioni legittime* in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, 1985, pag. 7-8.

⁵ CRISCUOLO, *Famiglia legittima – matrimonio – filiazione – famiglia di fatto – unioni omosessuali* in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/relazione_criscuolo .pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/relazione_criscuolo.pdf) precisa che la dottrina differenzia la famiglia estesa (o allargata) che comprende anche i parenti e gli affini da quella nucleare, circoscritta ai coniugi e, se vi sono, ai figli; che l'art. 29 Cost. è stato interpretato dalla Corte Costituzionale come riferito alla famiglia nucleare (sentenze n. 79/69; 50/73 e 82/74) e che il legislatore ordinario, in caso di successione legittima, si riferisce alla famiglia estesa e, in caso di successione necessaria, a quella nucleare.

⁶ Prima della riforma del diritto di famiglia il coniuge non era erede ma aveva diritto soltanto all'usufrutto sulla metà o su un terzo del patrimonio ereditario, a seconda del numero dei figli (uno o più) (art. 581 cod. civ.) i quali, esercitando la facoltà di commutazione dell'usufrutto *uxorio* in rendita vitalizia prevista dagli artt. 540 e ss. cod. civ. potevano estromettere il genitore dal godimento dei beni ereditari (D'IMPERIO, *La successione del coniuge dalla famiglia patriarcale alle unioni di fatto* in www.diritto.it).

Ha spostato l'ordine in cui i legittimari erano indicati ed ha portato il coniuge superstite dall'ultimo posto al primo manifestando così l'aspetto più rivoluzionario della riforma del sistema successorio: l'attribuzione al coniuge della qualità di erede e il suo ingresso nella prima cerchia dei successori, dalla quale fino ad allora era stato escluso.

Ma non solo.

Il nuovo ordine nell'elenco dei legittimari rispecchia soprattutto la nuova valutazione sul piano della rilevanza successoria, delle singole relazioni familiari, più aderente ai principi costituzionali, così che si può affermare che il baricentro della vocazione all'eredità, a seguito della riforma del diritto di famiglia, viene spostato dalla famiglia parentale alla famiglia coniugale e cioè a quella nucleare prevista dalla Carta Costituzionale⁷.

Più che l'ottica istituzionale della famiglia considerata dall'art. 29 Cost. ("*società naturale fondata sul matrimonio*" e perciò nucleare), ai fini della successione necessaria vengono in rilievo gli interessi dei singoli membri della famiglia.

In altri termini, in materia di successione necessaria la legge ha voluto garantire una tutela rafforzata ai componenti della famiglia nucleare, come il coniuge e i figli, che sono legati al deceduto da un vincolo familiare particolarmente intenso caratterizzato da una vera e propria condivisione di vita⁸.

Ha, inoltre, considerato che i figli ed il coniuge, già partecipi del patrimonio del deceduto, non potevano esserne privati integralmente per effetto della morte del loro congiunto e che normalmente il

⁷ DOSSETTI, *La successione necessaria*, Lezione tenuta a Milano il 22 novembre 2011 presso l'AIAF - Scuola di Alta Formazione in Diritto di famiglia, minorile e delle persone in www.aiaf-avvocati.it.

⁸ BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano 2005, pag. 669 e ss. osserva: *La successione necessaria ha un titolo specifico nel diritto di legittima o di riserva attribuito agli stretti congiunti. La legittima spetta ai congiunti che formano il nucleo familiare ed attribuisce ad essi un diritto di successione che prevale sulla diversa volontà dell'ereditando. Il fondamento di questo diritto non è quindi semplicemente quello dell'appartenenza al gruppo familiare o alla comunità statale, ma, più specificamente, "l'esigenza sociale di una inderogabile solidarietà tra i congiunti più stretti". In quanto la successione necessaria ha fondamento nella inderogabile solidarietà tra gli stretti congiunti, essa diviene anche mezzo di tutela della famiglia. Deve invece escludersi che possa parlarsi della tutela di un interesse superiore della famiglia poiché gli interessi familiari rilevano come interessi tipicamente individuali".*

coniuge e talvolta i figli hanno concorso alla conservazione o all'incremento del patrimonio relitto⁹.

Tradizionalmente sono queste le ragioni che la dottrina indica come fondamento della riserva in favore del coniuge e dei figli di una quota del patrimonio del *de cuius*.

Il legislatore ha inserito "condizionatamente" nella categoria anche gli ascendenti i quali, però, sono esclusi qualora vi siano i figli.

La scelta dipende dal fatto che un eventuale concorso di figli con ascendenti avrebbe privato i primi, spesso in giovane età, di una parte del sostentamento divenuto ancor più necessario a seguito della morte del genitore.

Pertanto, nel concorso dei figli, la tutela degli ascendenti in stato di bisogno si realizza attraverso l'istituto degli alimenti a cui sono tenuti anche i discendenti.

Le disposizioni a favore dei legittimari (art. 536-564 cod. civ.) costituiscono un limite all'autonomia testamentaria (art. 457, terzo comma cod. civ.) e la loro applicazione presuppone un conflitto tra la volontà della legge e quella del defunto definita come *successione contro il testamento*¹⁰.

La collocazione delle norme relative alla successione necessaria adottata nel codice del 1942 è stata criticata da autorevole dottrina.

Mentre nel codice Pisanelli del 1865 la disciplina della successione necessaria era frammentata perché alcune norme erano inserite nella successione testamentaria e le restanti nel titolo delle donazioni, nel codice civile del 1942 l'intera disciplina è stata unificata e collocata tra le disposizioni generali sulle successione, al fine di evidenziare la specifica scelta del legislatore di renderne l'applicazione obbligatoria sia in caso di successione legittima che testamentaria e ad escludere, nel contempo, trattarsi di un terzo tipo di successione distinto dagli altri due¹¹.

Tuttavia, poiché *"possono propriamente dirsi comuni solo quelle norme che in entrambe le specie di successione si manifestano con*

⁹ DE CRECCHIO *I diritti dei legittimari*, in www.sarannomagistrati.it/concorsinato/52_4/capitolo3.pdf; SCUOLA DI NOTARIATO DELLA CAMPANIA –FONDAZIONE "EMANUELE CASALE", *Principi generali sui legittimari* in www.conotna.notariato.it.

¹⁰ MENGONI, *Delle successioni legittime* cit., pag. 6 e ss.; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag. 45 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1982, pag. 276 e ss.

¹¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* a cura di Ferrucci-Ferrentino Milano 2009. pag. 386 e ss.

identico modo di operare”, attenta dottrina¹² ha criticato la sistemazione del codice osservando che la successione necessaria opera in modo differente nei rapporti con quella testamentaria e legittima.

Difatti, le norme a tutela dei legittimari costituiscono un limite alla facoltà di disporre del testatore e regolano perciò il conflitto tra volontà del defunto e volontà della legge risolto a favore di quest’ultima attraverso l’attribuzione al legittimario dell’azione di riduzione delle disposizioni lesive.

Nella successione *ab intestato*, invece, non è immaginabile un conflitto tra norme, ma soltanto una loro integrazione come si desume chiaramente nell’esempio che segue¹³.

Tizio muore lasciando a sé superstiti il padre Caio (legittimario *ex art. 536*, terzo comma cod. civ.) ed il fratello Sempronio (erede legittimo *ex art. 565* cod. civ.) ed un patrimonio di 50. In vita Tizio aveva fatto donazioni per 70.

Si apre la successione legittima regolata, nell’esempio, dall’art. 571 cod. civ. (concorso di genitori con fratelli) che attribuisce al genitore una quota non inferiore alla metà.

Sul *relictum* di 50, il padre Caio deve conseguire, quale erede intestato, 25 (la metà *ex art. 571*, comma 1 cod. civ.) e l’altra metà (25) spetta al fratello.

Tuttavia, poiché Tizio non aveva figli, il padre è legittimario a cui l’art. 538, primo comma cod. civ., attribuisce un terzo del patrimonio da calcolarsi, ai sensi dell’art. 556 cod. civ., sul *relictum* e sul valore delle donazioni fatte in vita dal *de cuius*.

Nell’esempio, la quota riservata al padre è perciò equivalente a 40 (beni relitti = 50 più 70 di donazioni = 120 diviso tre = 40).

Nell’indicata situazione, poiché è inammissibile un conflitto tra due diverse volontà di legge, la norma sulla successione necessaria (art. 536 cod. civ. nell’esempio) costituisce soltanto un limite del campo di applicazione di quella, generale, sulla devoluzione dell’eredità *ab intestato* (art. 571 cod. civ.) e quindi interviene a modificare la regola generale nella misura in cui ciò è necessario per soddisfare il diritto

¹² Così testualmente MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag. 44-47; adesivamente, CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 387 e ss.

¹³ L’esempio è tratto dalla lezione del Notaio GRAZIANO sui “*Principi generali sui legittimari*” tenuta presso la SCUOLA DI NOTARIATO DELLA CAMPANIA – FONDAZIONE “EMANUELE CASALE” il 23 novembre 2007 citata alla nota 5.

del legittimario.

La soluzione è allora che l'eredità si devolve in base all'art. 571 cod. civ., cioè alle norme relative alla successione intestata: genitore e fratello saranno eredi per una metà; il primo, però, ha diritto di avere dal secondo 15 ad integrazione della sua legittima che è 40.

Del rapporto tra successione *ab intestato* e necessaria si sono recentemente occupate anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione chiamate a decidere se in caso di successione legittima spetti al coniuge, oltre alla quota intestata di cui all'art. 581 cod. civ., anche il diritto di abitazione sulla casa familiare previsto nell'ambito della successione necessaria dall'art. 540 cod. civ.¹⁴.

¹⁴ La decisione prende le mosse dalla sentenza della Cassazione (Pres. TRIOLA), 4 maggio 2012, n. 6774 (in *cortedicassazione.it*) chiamata a stabilire se l'art. 540, secondo comma, cod. civ., trovi o meno applicazione anche nel caso della successione legittima, e, in caso positivo, se tali diritti vanno o meno ad aggiungersi alla quota intestata prevista per il coniuge dagli artt. 581 e 582 cod. civ. Il caso esaminato dai giudici di merito era il seguente: in data x era deceduto il sig. xx lasciando quali eredi la moglie e due figli. Il coniuge e la figlia, rilevato che nella fattispecie, a norma degli artt. 581 e 540 cod. civ., a ciascuno degli eredi spettava la quota indivisa di un terzo del patrimonio ereditario, fermo restando che al coniuge superstite andava riconosciuto il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza coniugale e quello di uso sui mobili che la corredano (art. 540, secondo comma, cod. civ.), citavano in giudizio l'altro figlio per ottenere l'assegnazione in natura delle quote loro spettanti. Il Tribunale, per quanto interessa, osservava che trattandosi di successione legittima, alla quota spettante al coniuge non potessero aggiungersi, come richiesto, i diritti di uso ed abitazione previsti in tema di successione necessaria dall'art. 540 cod. civ. La Corte di Appello confermava la pronuncia di primo grado ed avverso la decisione resa il coniuge superstite e la figlia proponevano ricorso per la cassazione. La Suprema Corte osservava che la questione da esaminare e cioè se in materia di successione legittima al coniuge, in aggiunta alla quota intestata (art. 581 e 582 cod. civ.) spettino o meno anche i diritti di uso ed abitazione (art. 540, secondo comma, cod. civ.), aveva trovato opposte soluzioni in giurisprudenza.

Il problema interpretativo nasceva dal fatto che diversamente dalla successione necessaria nella quale l'art. 540 cod. civ. attribuisce il diritto di abitazione ed uso al coniuge superstite, in quella legittima (art. 581 e 582 cod. civ.), eccettuata l'ipotesi del coniuge putativo (art. 584 cod. civ.), non sono previsti analoghi diritti. Con ordinanza 5 maggio 1988, n. 527 (in *Giur. Costituzionale*, 1988, I, fasc. 4), la Corte Costituzionale aveva affermato che la mancanza previsione nell'art. 581 cod. civ. dei diritti di abitazione ed uso non costituiva una dimenticanza, ma rispondeva alla precisa scelta del legislatore di non attribuire al coniuge, nella successione legittima, i predetti diritti "in aggiunta" alla quota intestata. In quella decisione, la Corte si era espressa nel senso della manifesta infondatezza della questione prospettata, non già perché avesse reputato non spettante al coniuge, nella successione legittima, il diritto di uso e di abitazione, ma perché riteneva, sulla base delle norme esistenti nel nostro ordinamento, che tale diritti competessero, comunque, al coniuge non già nella sua qualità di erede legittimo, bensì nella sua qualità di legittimario. In altri termini, secondo la Consulta, il mancato richiamo all'art. 540 cod. civ. "vale unicamente ad escludere che i diritti in argomento competano al coniuge autonomamente e cioè si cumulino con la quota riconosciutagli dagli articoli medesimi".

Con sentenza 13 marzo 1999, n. 2263, (in *Notariato* 1999, pag. 309), la Cassazione riapriva il dibattito sull'applicabilità alla successione legittima dell'art. 540, secondo comma, cod. civ., ipotizzando due diverse interpretazioni: i diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano si possono considerare o come diritti che si aggiungono alla quota spettante al coniuge, sicché "assegnati, anzitutto, al coniuge i diritti di abitazione e di uso, la successione legittima si apre sul residuo" oppure come diritti che non trovano

Aderendo alla tesi favorevole al coniuge, le Sezioni Unite¹⁵ hanno affermato che il valore dei diritti sulla casa familiare, configurabili come prelegato *ex lege*, si somma a quello della quota legittima. In altri termini, il valore capitale di tali diritti va detratto dalla massa ereditaria, che andrà poi divisa tra tutti i coeredi secondo le norme sulla successione legittima non tenendo conto di tale attribuzione.

Nel diverso rapporto tra successione testamentaria e legittima è recentemente intervenuta una sentenza della Suprema Corte che ha adottato una lettura opposta rispetto a quella fornita dalla precedente giurisprudenza del termine “*dispone*” contenuto nell’art. 587 primo comma cod. civ. (...: *il testamento è un atto revocabile con cui taluno “dispone”, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse*).

Diversamente dalle norme disciplinanti la successione necessaria, quelle dettate in materia di successione legittima hanno natura dispositiva¹⁶ e possono perciò essere derogate dal testatore il quale può liberamente diseredare l’erede legittimo (non il legittimario).

Tuttavia, la giurisprudenza meno recente interpretava il termine “*dispone*” in senso positivo; riteneva cioè insufficiente per la validità della disposizione testamentaria, la dichiarazione a carattere meramente negativo (es.: *non voglio che mio fratello Mario mi succeda*), rivolta, cioè, a ritirare il titolo di erede che la legge assegna a quel familiare.

applicazione nella successione legittima, sicché essi debbono “*comprendersi nella quota spettante a titolo di successione legittima*”.

Con sentenza 6 aprile 2000, n. 4329 (in *Giust. Civ.*, 2000, I, pag. 2198 e in *Notariato*, 2001, pag. 357) la Suprema Corte optava per la seconda soluzione. Distingueva la disciplina sulla successione necessaria, intesa non come *tertium genus*, rispetto alla successione legittima e testamentaria, bensì come disciplina di tutela di determinati soggetti, precisando che la riserva “*rappresenta il minimo, che il legislatore vuole assicurare ai più stretti congiunti, anche contro la volontà del defunto*”. Sosteneva che i diritti di cui al secondo comma dell’art. 540 Cod. civ. “*fanno parte*” di quel minimo osservando che “*da nessuna norma [...] risulta che il legislatore abbia modificato il regime della successione intestata per attribuire agli eredi legittimi (che siano anche legittimari), più di quanto viene loro riservato con la successione necessaria*”. Analoga decisione veniva poi adottata da Cass., 5 maggio 2008, n. 4329 (in *Vita notarile*, 2008, pag. 959).

In realtà, da quanto esposto, non sembra vi fosse in giurisprudenza quel contrasto denunciato dalla Cassazione del 2012 che ha verosimilmente rimesso la decisione alle Sezioni Unite sia perché ritenuta questione di massima importanza, sia perché erano state formulate dalla dottrina anche altre ipotesi ricostruttive.

¹⁵ Cass. Civ. Sez. Un. 24 febbraio 2013, n. 4847 (già citata alla nota n. 3) in *Dir. Giust. Quotidiano on line* del 22 aprile 2013, con nota di ACHILLE e in *Riv. Notariato* 2013, fasc. 2, pag. 425 e ss. con nota di TEDESCO “*Successione legittima e diritti del coniuge superstite sulla casa familiare fra legato con dispensa dall'imputazione, prelegato e legato in conto*”.

¹⁶ Per tutti, CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1981, pag. 167 e ss.

Esigeva, in altri termini, che la dichiarazione di diseredazione fosse accompagnata dalla volontà di istituire gli altri successori, indicati nella scheda o individuabili anche attraverso esame di atti esterni al testamento¹⁷.

Tale impianto è ormai venuto meno perché nella decisione a cui si è fatto riferimento¹⁸ la Suprema Corte ha affermato che il termine “*disporre*” contenuto nell’art. 587 cod. civ. non deve essere inteso in senso stretto come attribuzione positiva, ma anche in senso negativo potendo il *de cuius* manifestare validamente la propria specifica volontà di disporre anche escludendo un erede legittimo (purché diverso dai legittimari).

E’ perciò valida la disposizione “*escludo da ogni mio avere i miei cugini*” utilizzata dalla testatrice nel caso esaminato.

¹⁷ Cass. 18 giugno 1994, n. 5895 in *Giur. It.* 1995, I, col. 1565 e ss. con nota di CECERE; Cass. 5 aprile 1975, n. 1217 in *Foro It. Rep.* 1975, voce *Successione ereditaria*, n. 50; Cass. 20 giugno 1967, n. 1458 in *Foro It.* 1968, I, col. 574 e ss.; Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000 in *Vita not.* 2001, pag. 694 con nota di CAVANDOLI.

¹⁸ Cass. 25 maggio 2012, n. 8352 in *Foro It.* 2012, I, col. 3400 e ss. Nella pronuncia, la Suprema Corte ha anche chiarito che la diseredazione, al pari dell’indegnità a succedere, non esclude l’operatività della rappresentazione in favore dei discendenti del rappresentato, avendo effetti soltanto nei confronti del soggetto nei cui confronti è effettuata. La clausola di diseredazione permette così al discendente legittimo del diseredato di venire alla successione per rappresentazione.

§ 2. Posizione giuridica del legittimario

Secondo la prevalente dottrina¹⁹, in forza dell'art. 536, primo comma cod. civ., che identifica i legittimari con coloro a cui *la legge riserva una quota di eredità*, e cioè una parte *pro indiviso* del patrimonio del *de cuius*, il legittimario è un erede e non invece un legatario *ex lege*²⁰.

Legittimari e cioè titolari del diritto di legittima intesa come quota che spetta agli stretti congiunti anche contro la volontà del defunto, sono il coniuge, i figli e, in mancanza di questi, gli ascendenti.

Il diritto alla legittima, titolo successorio che attribuisce il potere di conseguire in tutto o in parte l'eredità del deceduto, non sempre è direttamente esercitabile mediante accettazione e non sempre lo stretto congiunto, per il solo fatto di essere legittimario, ha la posizione di chiamato all'eredità e quindi di erede²¹.

Il testatore potrebbe difatti pretermettere uno o più suoi stretti congiunti e disporre interamente dell'eredità mediante disposizioni a titolo universale a favore di altre persone ovvero lasciare ai legittimari dei legati²² e istituire altri eredi universali.

In tal caso, all'intera eredità sono chiamati i soggetti indicati nel testamento che è valido ed efficace, e non il legittimario preterito il quale non acquista la qualità di erede *ipso iure*, per il solo fatto dell'apertura della successione²³.

L'esclusione del legittimario può verificarsi oltre che nella delazione

¹⁹ DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008, pag. 22 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 389 e ss.; MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria* cit., pag. 50 e ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano 2005, pag. 667 e ss.

²⁰ Così FERRI, *Dei legittimari*, art. 536-564 in Commentario Scialoja e Branca cit. pag. 9 e ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni* cit., pag. 228 e ss. i quali ritengono che la legittima non sarebbe una quota di eredità, ma una *pars bonorum* in quanto il legislatore si preoccuperebbe soltanto di assicurare al legittimario una quota di utile netto essendo irrilevante che questo valore venga conseguito a titolo di eredità, legato o a titolo di donazione.

²¹ BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., pag. 667.

²² Per il legato in sostituzione di legittima (art. 551 cod. civ.), cfr. *infra*, §3.

²³ Tale era la teoria seguita sotto il vecchio codice formulata da COVIELLO Jr. in *Successione legittima e necessaria*, Milano 1938, pag. 307 e ss. che differenziava la quota di riserva, acquistabile *ipso iure* dal diritto di legittima acquisibile solo a seguito dell'esercizio dell'azione di riduzione. Attualmente l'indicata teoria non è sostenibile principalmente perché, una volta escluso che quella necessaria sia un *tertium genus* di successione, è ben possibile l'estromissione del legittimario dalle due forme di tutela previste dall'art. 457 cod. civ. (in tal senso, cfr. TRIOLA, *La tutela del legittimario*, Milano 2011, pag. 8 e ss.). Per un particolare sviluppo della tesi formulata da Coviello Jr. basata su un distinguo tra quota di eredità e quota di legittima, acquisibile quest'ultima automaticamente, cfr. CICU, *Le successioni*, Milano 1947, pag. 218 e ss.

testamentaria, anche in quella *ab intestato* tutte le volte in cui, per aver disposto di tutti i propri beni con atti *inter vivos*, al momento dell'apertura della successione il *de cuius* non abbia lasciato alcun bene relitto²⁴.

L'orientamento prevalente, in dottrina ed in giurisprudenza, è nel senso che il legittimario pretermesso acquista la qualità di erede soltanto se ed in quanto eserciti vittoriosamente l'azione di riduzione poiché le disposizione del testatore che ledono i diritti del legittimario, sia *inter vivos* che *mortis causa*, non sono nulle e conservano la loro efficacia sino a quando non vengano ridotte²⁵.

Da ciò consegue che, in deroga a quanto previsto dall'art. 564, primo comma cod. civ., il legittimario preterito non è tenuto ad accettare l'eredità con il beneficio di inventario²⁶, regola che vale invece soltanto per il legittimario che rivesta in pari tempo la qualità di erede e a cui soltanto è applicabile il principio condiviso dalla prevalente dottrina e giurisprudenza della cosiddetta accettazione "implicita"²⁷.

²⁴ La prevalente giurisprudenza chiarisce che *una totale pretermissione del legittimario può aversi sia nella successione testamentaria che nella successione ab intestato e che il legittimario sarà pretermesso: a) nella successione testamentaria se il testatore ha disposto a titolo universale dell'intero asse a favore di altri; b) nella successione ab intestato qualora il de cuius si sia spogliato in vita dell'intero suo patrimonio con atti di donazione* (Cass. sez. II, 3 luglio 2013, n. 16635 in *Giust. Civ.* 2013, 9, pag. 1691 e ss. che richiama in motivazione Cass. n. 2621/74 e Cass. n. 19527/05).

²⁵ BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit. pag. 668; MENGONI, *Successione* cit., pag. 56 e ss.; TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit. pag. 8 e ss.; NOVELLA, *Effetti della mancata qualità di erede del legittimario preterito* in *Foro pad.* 1967, I, pag. 365 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 394 e ss.

In giurisprudenza: oltre alla citata Cass. n. 16635/2013, Cass. 11 gennaio 2010, n. 240 in *Riv. Notariato* 2011, fasc. 1, pag. 179 e ss. Nello stesso senso, tra le tante, Cass. 9 dicembre 1995, n. 12632 in *Giust. Civ. Mass.* 1995, fasc. 12; Cass. 29 ottobre 1994, n. 8942 in *Giur. It.* 1995, I, 1, col 1228 e ss.; Cass. 4 aprile 1992, n. 4140 in *Giust. Civ. Mass.* 1992, fasc. 4; Cass. 6 marzo 1992, n. 2708 in *Vita not.* 1992, pag. 1215 e ss.; Cass. 6 agosto 1990, n. 7899 in *Giust. Civ. Mass.* 1990, fasc. 8; Cass. 22 ottobre 1988, n. 5731 in *Vita not.* 1988, pag. 735 e ss. Per una diversa ricostruzione: CANTELMO, *I legittimari*, Padova, 1991, pag. 142 e ss. secondo cui a seguito della riduzione il legittimario non diviene erede ma attributario di una *pars bonorum*; nello stesso ordine di idee, AZZARITI, *Il legittimario pretermesso*, in *Giur. It.* 1971, I, col. 102 e ss.

²⁶ Più diffusamente, *infra*, Cap. II, §12; nel senso indicato nel testo, cfr. MENGONI, *Successione per causa di morte; successione necessaria* cit., pag. 243 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 546 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari* cit., pag. 326 e ss. In giurisprudenza, recentemente, Cass. 3 luglio 2013, n. 16635 in *Dir. Giust. Quotidiano on line* del 4 luglio 2013, con nota di ACHILLE.

²⁷ Ad avviso della dottrina e della giurisprudenza, con la proposizione dell'azione di riduzione si segue un ordine cronologico inverso rispetto a quello tipico; si ha prima l'accettazione, implicita nella proposizione della domanda di riduzione e, soltanto successivamente, al momento della sentenza che la accoglie, la delazione *ex lege*. In tal senso, MENGONI, *Successioni per causa di morte; successione necessaria* cit. pag. 57 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 395 e ss.; TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 10 e ss.; in giurisprudenza, sull'accettazione implicita, recentemente Cass. 19 ottobre 2012, n. 18068 in *Giust. Civ. Mass.* 2010, fasc.10.

§ 3. Determinazione ed elasticità della quota riservata; intangibilità quantitativa ed eccezioni

In linea di principio possono distinguersi due forme di intangibilità della legittima: qualitativa e quantitativa.

Con la prima espressione si indica che il legittimario ha diritto ad ottenere la quota in natura e cioè di conseguirla formata, in proporzione alla sua entità, di una parte di ciascun cespite ereditario mentre con la seconda si intende che il legittimario ha diritto a conseguire un valore pari alla quota dovuta e, di conseguenza, non potrebbe legittimamente opporsi, ad esempio, ad una disposizione testamentaria che, attribuendogli il valore della quota riservata, gli assegnasse beni di una determinata natura escludendolo da quelli di natura diversa (es.: Tizio lascia un solo figlio a cui è riservata la metà del patrimonio, e beni per 100 di cui 50 di mobili e 50 di immobili e attribuisce al figlio i mobili e gli immobili ad un estraneo).

Il codice vigente, come si desume principalmente dall'art. 588, secondo comma, cod. civ., che consente espressamente l'attribuzione di beni determinati, liberamente scelti dal *de cuius* nella formazione della quota (*institutio ex re certa*), ha seguito il principio dell'intangibilità quantitativa (o di valore).

All'intangibilità quantitativa si riferiscono anche gli artt. 734, primo comma cod. civ. (c.d. *divisio inter liberos*) e 733 cod. civ. che permettono al testatore di stabilire nella formazione delle porzioni, particolari regole vincolanti per gli eredi²⁸.

Tuttavia, il testatore può esercitare tali poteri soltanto con riferimento ai propri beni e cioè a quanto incluso nell'asse ereditario non potendo, ad esempio, assegnare l'intera eredità a uno o soltanto alcuni eredi e disporre che costoro soddisfino le ragioni del legittimario attraverso corresponsione di una somma di danaro non compresa nel *relictum*.

Una simile disposizione testamentaria sarebbe radicalmente nulla sotto diversi profili: perché il legittimario ha diritto alla legittima "in natura" nel senso che i diritti vanno soddisfatti con beni o danaro che

²⁸ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 473 e ss.; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema delle tutele del legittimario*, Milano 2008, pag. 38 e ss. che desume l'indicato principio anche dall'art. 549 cod. civ.; PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, pag. 60 e ss. Il principio di intangibilità quantitativa è riconosciuto anche dalla giurisprudenza che lo ricava dalla facoltà del testatore di soddisfare le ragioni del legittimario con beni di qualunque natura, purchè compresi nell'asse ereditario (Cass. 12 settembre 2002, n. 13310 in *Riv. Notariato* 2003, pag. 234).

devono necessariamente provenire dall'eredità²⁹; perché una disposizione come quella indicata costituisce condizione imposta sulla quota di riserva essendo necessaria, per conseguirla, una necessaria cooperazione degli eredi obbligati³⁰ e, non da ultimo, per una difficoltà concettuale perché in sede divisoria deve dividersi l'eredità e non beni estranei all'asse ereditario³¹.

L'art. 556 cod. civ. garantisce ai legittimari una quota di valore della massa fittiziamente formata oltre che dai beni relitti, anche da quelli donati in vita dal defunto (massa di relitto più donato).

L'indicata quota, per un verso non coincide con la quota di eredità, intesa come complesso delle posizioni attive e passive trasmissibili facenti capo al defunto al momento della morte (beni relitti e debiti)³² e, per altro verso, è una entità non omogenea nella sua composizione perché formata, oltre che dalla quota di eredità (beni relitti e debiti), anche dal valore dei beni donati in vita dal deceduto.

Il legittimario soddisfa la propria quota di legittima anzitutto sui beni relitti e, soltanto in caso di "incapienza" e qualora anche la riduzione delle quote *ab intestato* (art. 553 cod. civ.) non garantisca il valore

²⁹ Cass. 2 ottobre 1974, n. 2560 in *Foro It.* 1975, I, col. 82 e ss. con nota di BARBARA afferma l'impossibilità di trasformare il diritto reale del legittimario in diritto di credito; per Cass. 23 marzo 1992, n. 3599 in *Rass. Dir. Civ.* 1994, pag. 819 e ss. e Cass. 12 marzo 2003, n. 3694 in *Giust. Civ.* 2004, 2, pag. 474, i diritti dei legittimari vanno soddisfatti con beni o denaro proveniente dall'asse ereditario e, di conseguenza, è nulla ex art. 735, primo comma cod. civ., la disposizione con la quale il testatore dispone che le ragioni del legittimario vengano soddisfatte dagli eredi tra cui è divisa l'eredità con corresponsione di una somma di danaro non compresa nel *relictum*.

La natura reale del diritto dei legittimari è affermazione abbastanza ricorrente in giurisprudenza. Con essa non si intende però che il legittimario abbia un diritto reale sul patrimonio ereditario, ma solo che i diritti devono essere soddisfatti con beni o danaro ereditario

³⁰ Per Cass. 12 marzo 2003, n. 3694 citata alla nota precedente, l'attribuzione al legittimario di un bene non presente nell'asse e che altri coeredi sono tenuti a procurargli costituisce un "peso o una condizione" (art. 549 cod. civ.) imposto sulla quota di riserva, che confligge con la natura "reale" del diritto del legittimario alla quota ereditaria, tale da trasformarlo in un diritto di credito. Difatti, l'attribuzione verrebbe ad essere mediata da una essenziale necessità di cooperazione del coerede obbligato che verrebbe inevitabilmente a frapporsi tra il legittimario e il conseguimento della sua quota e che assumerebbe la natura di condizione se non addirittura di prestazione.

³¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 475 e ss. e la giurisprudenza citata alle precedenti note 22 e 23. Di diverso avviso è AZZARITI, *Le successioni e le donazioni* cit., a pag. 255 che, coerentemente con la propria tesi secondo cui il legittimario non è erede ma un successore a titolo particolare avente diritto ad un attivo netto, ritiene possibile tacitare le ragioni dei legittimari con beni non ereditari.

Per CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 475 e ss. è perfettamente valida, invece, la disposizione con cui il testatore dispone l'obbligo di conguaglio a carico, ad esempio, di un figlio che abbia ricevuto beni di valore maggiore rispetto a quelli assegnati all'altro figlio.

³² BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., pag. 665 e ss.

della quota³³, sarà costretto a proporre azione di riduzione delle disposizioni testamentarie e, successivamente, delle donazioni..

In questa “prima fase” è perciò indispensabile rapportare la quota di legittima ai beni relitti che, come osservato, hanno valori differenti.

Si tratta di compiere, inizialmente, un’operazione meramente contabile, perchè, come evidenziato dal secondo comma dell’art. 556 cod. civ., le donazioni si riuniscono solo fittiziamente al *relictum* e non escono dalla sfera giuridica dei donatari per entrare a far parte, in concreto, della massa ereditaria, diversamente da quanto accade nella collazione a cui sono tenuti il coniuge, i figli e i loro discendenti (art. 737 cod. civ.) e, su volontà del donante, anche i terzi donatari³⁴.

Ogni qual volta il *relictum* sia capiente a soddisfare i diritti dei legittimari, le disposizioni testamentarie e le donazioni resteranno intangibili.

E così, se Tizio a cui sopravvive il suo unico figlio Caio, lascia un patrimonio relitto pari a 440, gravato di debiti per 40 ed in vita abbia effettuato donazioni ad estranei per 200, la quota di eredità riservata a Caio sarà equivalente a 300 ai sensi dell’art. 537, primo comma, cod. civ. che riserva all’unico figlio la metà del patrimonio (440 meno 40 di debiti = 400 più 200 di donazioni = 600 diviso 2).

Nell’esempio prospettato, poiché il patrimonio relitto (400) è sufficiente a garantire la quota riservata a Caio (300), questi si soddisferà su tali beni senza essere costretto a proporre azione di riduzione delle donazioni.

La quota di spettanza di Caio, però, se riguardata con riferimento al patrimonio relitto, non è equivalente alla sua quota di riserva prevista dall’art. 537 cod. civ. ($\frac{1}{2}$), bensì maggiore e pari ai tre quarti (300:400).

Questo fenomeno è definito *elasticità* della quota di riserva e dipende dal fatto che mentre i beni che costituiscono l’eredità sono soltanto quelli compresi nel *patrimonio* del *de cuius*, la *quota di riserva* o di

³³ L’art. 553 cod. civ. regola l’ipotesi di concorso dei legittimari con gli eredi legittimi. La norma, assieme a quelle successive, stabilisce l’ordine delle riduzioni (*infra*, Cap. II, § 12) ed intende evitare che i legittimari, quando concorrono con altri eredi legittimi, acquisiscano diritti inferiori rispetto a quelli loro garantiti dalla legge. A tal fine l’art. 553 cod. civ. dispone che le porzioni degli eredi legittimi si riducono proporzionalmente nei limiti in cui è necessario per integrare la quota riservata ai legittimari. Per un esempio del meccanismo attraverso cui opera l’art. 553 cod. civ., cfr. pag. 5 del testo; per il diverso problema se sia necessario o meno proporre azione di riduzione anche nell’ipotesi in esame, cfr., *infra*, Cap. II, § 12.

³⁴ Cfr. *infra*, Cap. II, § 11.

legittima consiste in una frazione di una massa fittizia comprensiva non soltanto del patrimonio relitto, ma anche delle donazioni effettuate in vita dal donante³⁵.

Autorevole dottrina³⁶ chiarisce perciò che la “*quota di eredità* (o *legittima*) *riservata*” ai legittimari prevista dall’art. 536 cod. civ. non si identifica con la “*quota di patrimonio*” indicata, per ciascun legittimario, dagli artt. 537 e ss. cod. civ. perché nel calcolo della *legittima* vanno considerate anche le donazioni.

Le esposte considerazioni portano ad una conclusione che potrebbe apparire paradossale: il defunto, quando redige il testamento, non è in grado di conoscere la quota riservata ai legittimari e, correlativamente, quella di cui può disporre.

L’affermazione, invece, è ampiamente giustificata dal fatto che se la quota disponibile va calcolata sottraendo, alla massa fittizia, la quota riservata ai legittimari in base al valore dei beni al momento dell’apertura della successione (art. 556 cod. civ.), l’ereditando non può conoscere, quando redige la scheda testamentaria, l’incremento o il decremento di valore dei beni donati al momento in cui sopraggiungerà la sua morte o quanto ancora sarà costretto a consumare degli altri suoi beni per procacciarsi risorse per far fronte, ad esempio, alle spese di cura dell’ultima sua malattia.

Il testatore, in definitiva, non è in grado di conoscere di quanto può liberamente disporre per testamento.

E’ stato autorevolmente sostenuto³⁷ che “*la quota di riserva e quella disponibile, risultano determinabili e determinate solo a posteriori, vale a dire all’apertura della successione, assumendosi come base di calcolo il valore dei beni alla morte dell’ereditando*”.

Dall’*elasticità* della quota di riserva discende che per stabilire quanta parte di eredità (ossia di *relictum* al lordo dei debiti) spetti al legittimario affinché consegua un valore netto pari alla quota di riserva, è necessario rapportare il valore ideale della riserva al *relictum* effettivo attraverso alcune operazioni matematiche che vengono descritte nell’esempio che segue.

Tizio ha come unico erede legittimario il figlio Caio e lascia un’eredità di 120, debiti per 20 e in vita ha effettuato donazioni per

³⁵ ANTONIO, *La successione necessaria*, Torino 2012, pag. 211 e ss.

³⁶ MENGONI, *Successione per causa di morte; successione necessaria* cit., pag. 60 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 400 e ss.

³⁷ MENGONI, *Successione per causa di morte; successione necessaria* cit., pag. 62 e ss.

40; la massa fittizia su cui va calcolata la legittima spettante a Caio è di 140 (120 – 20 +40).

Trattandosi di unico figlio, si applica l'art. 537, primo comma cod. civ. e la legittima di Caio è allora di 70 ($\frac{1}{2}$) mentre l'altra metà corrisponde alla quota disponibile.

Per stabilire, nell'esempio proposto, la quota di eredità dovuta all'unico figlio Caio occorre fissare il rapporto tra il valore della quota di legittima (70) e quello del *relictum* al netto dei debiti (120-20 = 100) = 7/10; quindi occorre rapportare la frazione al *relictum* al lordo dei debiti (100+20 = 120) per individuare il valore assoluto della quota riservata che nella fattispecie è di 84 equivalente a 7/10 di 120 di cui 14 per debiti (7/10 di 20) che assicura a Caio un utile netto pari a quello della sua porzione legittima.

In giurisprudenza è pacifico che per accertare il valore della quota di riserva o se vi è stata o meno lesione di legittima occorre in primo luogo individuare tutti i beni relitti e determinarne il valore complessivo degli stessi al momento dell'apertura della successione; quindi occorre detrarre i debiti da riferire alla stessa data e procedere poi alla riunione fittizia, cioè meramente contabile, tra attivo netto e *donatum*, da stimare, quest'ultimo, in relazione ai beni immobili ed ai beni mobili, secondo il loro valore al momento dell'apertura della successione (art. 747 e 750 cod. civ.) e, con riferimento al valore nominale quanto alle donazioni in denaro (art. 751 cod. civ.).

Vanno calcolate poi la quota disponibile e la quota indisponibile sulla massa risultante dalla somma del valore del *relictum* al netto ed il valore del donato e vanno imputate, infine, alla quota disponibile se effettuate con dispensa di imputazione ovvero, in caso contrario, alla quota spettante al legittimario le liberalità ad esso fatte (art. 564 cod. civ.)³⁸.

La quota di riserva così ottenuta è intangibile quantitativamente e non qualitativamente.

Uniche eccezioni all'intangibilità quantitativa sono: la cautela sociniana (art. 550 cod. civ. rubricato "lascito eccedente la disponibile) che prende il nome dal giurista del '500, Mariano Socino, che in un celebre parere ne sostenne la validità; il legato in sostituzione della legittima (art. 551 cod. civ.); il patto di famiglia.

L'art. 550 cod. civ. prevede che "*quando il testatore dispone di un*

³⁸ In giurisprudenza: Cass. 24 luglio 2012, n. 12919 in *Giust. Civ. Mass.* 2012, fasc. 7-8; Cass. 1 dicembre 1993, n. 11873 in *Giust. Civ. Mass.* 1993, fasc. 12.

usufrutto o di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, i legittimari, ai quali è stata assegnata la nuda proprietà della disponibile o di parte di essa, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione o di abbandonare la nuda proprietà della porzione disponibile. Nel secondo caso il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede”.

Esempi di cautela sociniana sono: a) Tizio con unico figlio possiede un patrimonio di 10, lega ad un estraneo l’usufrutto di un fondo del valore 7; b) Tizio nomina erede universale l’unico figlio Caio e nomina il fratello Sempronio legatario di tutto l’usufrutto.

In questi casi, al figlio è riservata la metà del patrimonio (art. 537, primo comma cod. civ.) che nel primo esempio è eguale a 5 e nel secondo alla metà.

Dai legati indicati negli esempi il legittimario riceve nel contempo un vantaggio e uno svantaggio; il vantaggio attiene alla nuda proprietà che gli viene assegnata per intero (anziché per metà); lo svantaggio attiene all’usufrutto che gli viene riconosciuto in misura inferiore alla metà. A rigore, per accertare se tali disposizioni siano effettivamente lesive, sarebbe necessario capitalizzare l’usufrutto il cui valore è incerto e aleatorio in quanto commisurato alla vita dell’usufruttario.

In simili ipotesi o nel caso di rendita vitalizia che eccede la quota disponibile, l’art. 550 cod. civ. attribuisce al legittimario il diritto potestativo di scegliere se eseguire la disposizione o abbandonare la nuda proprietà della porzione disponibile che viene acquistata dal legatario.

Per la dottrina prevalente³⁹, l’art. 550 cod. civ., nella parte in cui permette al testatore di disporre oltre il limite della disponibile, costituisce chiara deroga al principio dell’intangibilità quantitativa della legittima; più specificamente la cautela sociniana deroga all’art. 549 cod. civ., cioè all’inefficacia *ipso iure* dei pesi perchè, se non esistesse l’art. 550 cod. civ., l’usufrutto (o la nuda proprietà) a favore del terzo sarebbero nulli *ex lege* per la parte in cui incidono sulla quota legittima.

Di conseguenza, l’abbandono della nuda proprietà dell’intero evita piuttosto la lesione qualitativa determinata dal concorso di due diritti

³⁹ CASULLI, voce *Successioni (diritto civile): Successione necessaria*, in *Noviss. Dig. It. XVIII*, Torino, 1961, pag. 801 e ss.; TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (diritto privato)* in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, pag. 1348 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* 1983 cit., pag. 300 e ss.

sul medesimo bene (usufrutto e nuda proprietà) e tale abbandono tutela più propriamente il diritto alla legittima in *piena proprietà*⁴⁰.

Per la giurisprudenza la finalità dell'art. 550 cod. civ. è la salvaguardia del principio dell'intangibilità della legittima che si attua: a) in via diretta, nel caso in cui il legittimario abbandoni la nuda proprietà o, rispettivamente, l'usufrutto della porzione disponibile; b) in via indiretta, quando egli preferisca eseguire la disposizione testamentaria, con ciò stesso ritenendo che il valore della legittima intaccata, unito a quello della nuda proprietà della disponibile o dell'usufrutto sulla disponibile, eguaglia o supera il valore della legittima⁴¹.

La seconda ipotesi di deroga all'intangibilità quantitativa della legittima è presta dall'art. 551 cod. civ. che così dispone: "*se ad un legittimario è lasciato un legato in sostituzione della legittima, egli può rinunciare al legato e chiedere la legittima*" (primo comma).

"Se il legittimario preferisce conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento, nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima, e non acquista la qualità di erede. Questa disposizione non si applica quando il testatore abbia espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento" (secondo comma).

Attraverso il legato in sostituzione della legittima, il testatore si propone di escludere il legittimario dalla comunione ereditaria e, per raggiungere tale scopo, gli assegna in legato uno o più beni che il legittimario potrà o meno accettare.

Secondo una dottrina⁴² si tratta di una doppia vocazione testamentaria: il testatore attribuisce al legittimario, in alternativa alla quota di riserva a lui spettante, determinati beni dell'asse chiamandolo una volta alla quota di riserva e, in sostituzione della prima, come legatario.

Altra dottrina⁴³ ritiene trattarsi di una chiamata successiva: la prima, *ex testamento*, è nel legato; la seconda, *ex lege*, è nella quota di riserva conseguente alla rinuncia al legato.

Il legittimario, cioè, rinunciando al legato, si trova nella situazione di

⁴⁰ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 173.

⁴¹ Cass. 29 dicembre 1970, in *Foro It.* 1971, I, col. 623 e ss.

⁴² AZZARITI, *Sul legato in sostituzione di legittima* in *Giust. Civ.* 1983, I, pag. 49 e ss.

⁴³ MORELLO, *Accettazione o preferenza del legato a sostituzione di legittima?* in *Foro It.* 1964, I, col. 1210 e ss.

legittimario pretermesso ed ha perciò necessità di ricorrere all'azione di riduzione.

La giurisprudenza ha adottato questa seconda tesi ed ha affermato che nella fattispecie prevista dall'art. 551 cod. civ., il legittimario rinunciante viene a trovarsi nella medesima situazione di quello pretermesso dal testatore, la cui volontà era diretta a garantirgli il legato, e non già la quota di legittima.

Venuta meno la disposizione a titolo particolare, il legittimario non è altro che un erede pretermesso che non partecipa alla comunione ereditaria se non dopo aver esperito vittoriosamente l'azione di riduzione⁴⁴.

La Suprema Corte ha chiarito che anche quando accetta il legato tacitativo, il legittimario non è erede e non partecipa alla comunione ereditaria; non può perciò invocare alcun istituto proprio della divisione quale, ad esempio, l'art. 766 cod. civ. sulla determinazione del valore dei beni al momento della divisione⁴⁵.

Dottrina e giurisprudenza concordano sul fatto che anche il legato tacitativo, al pari degli altri, si acquista *ipso iure* (art. 649, primo comma cod. civ.), senza bisogno di alcuna accettazione e che l'accettazione, come per ogni altro legato, sarà necessaria al fine di rendere definitivo l'acquisto già prodottosi⁴⁶.

Discussa è invece la natura giuridica dell'atto di accettazione che consolida l'avvenuto acquisto *ope legis*.

Una minoritaria dottrina⁴⁷, valorizzando la frase contenuta nell'art. 551 cod. civ. “*se preferisce di conseguire il legato*” afferma che l'accettazione esige una specifica manifestazione di volontà ed in tal senso essa costituisce un negozio giuridico.

La prevalente dottrina⁴⁸, attribuisce invece ai citati termini contenuti nell'art. 551 cod. civ. valore meramente empirico ed afferma che

⁴⁴ Cass. 22 aprile 1992, n. 4800 in *Giust. Civ. Mass.* 1992, fasc. 4; Cass. 15 luglio 1966, n. 1910 in *Foro pad.* 1968, I, pag. 27.

⁴⁵ Cfr. Cass. 5 aprile 1990, n. 2809 in *Giust. Civ.* 1991, I, pag. 2787 e ss. che, con riferimento al caso esaminato in cui l'onerato era tenuto a versare al legittimario una somma di danaro equivalente alla quota di legittima, ha affermato che la quantificazione andava effettuata al momento dell'apertura della successione

⁴⁶ TAMBURRINO, voce *Successione necessaria* citata alla nota precedente; Cass. 27 maggio 1996, n. 4883 in *Foro It.* 1996, I, col. 3124 e ss.

⁴⁷ MORELLO, *Accettazione o preferenza del legato a sostituzione di legittima?* cit., in *Foro It.* 1964, I, col. 1210 e ss.

⁴⁸ CAPOZZI, *Successioni* cit., pag. 304; CASSISA, *Sui limiti del jus poenitendi dell'onorato nel legato in sostituzione di legittima* in *Giust. Civ.* 1955, I, pag. 853 e ss.

l'accettazione è atto giuridico in senso stretto; comportamento volontario, anche tacito, purchè significativo di accettazione.

La giurisprudenza è orientata in questo secondo senso e ritiene che l'accettazione del legato non sia soggetta a particolari forme⁴⁹ richiedendo soltanto la effettiva conoscenza della disposizione testamentaria da parte del legittimario⁵⁰; precisa che l'accettazione può avvenire per fatti concludenti quali il materiale conseguimento del legato ed è irretrattabile nel senso che preclude una successiva facoltà di scelta a favore della legittima⁵¹.

La Suprema Corte ha anche chiarito che una mera riserva di supplemento, manifestata all'atto della presa in consegna del bene legato, non equivale a rinuncia al legato tacitativo, né ha efficacia prenotativa di una rinuncia da esercitare in un momento successivo⁵² e che lo stesso esercizio dell'azione di riduzione non costituisce presunzione di rinuncia dovendosi invece valutare il comportamento precedente del legittimario⁵³.

Interessante è la questione se l'accettazione del legato tacitativo possa essere impugnato per revocatoria dai creditori del legittimario.

In una recente sentenza⁵⁴, la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile una simile azione sulla base dei seguenti argomenti: a) la revocatoria degli atti abdicativi necessita della valutazione della situazione di fatto in cui interviene e se si rinuncia ad una facoltà che non modifica la consistenza patrimoniale debitoria precedente, la domanda di revocatoria è inammissibile; b) nella fattispecie dell'art. 551 cod. civ. la "rinuncia" al legato tacitativo (che conseguirebbe all'accoglimento della domanda revocatoria) non farebbe acquistare automaticamente al legittimario la quota di legittima che può conseguire soltanto al positivo esperimento dell'azione di riduzione.

Ulteriore questione degna di nota è il rapporto tra l'accettazione del legato in sostituzione di legittima ed il computo della riserva.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, chi accetta il legato tacitativo

⁴⁹ Cass. 17 febbraio 1965, n. 261 in *Giust. Civ.* 1965, I, pag. 448 e ss.

⁵⁰ Cass. 5 giugno 1971, n. 1683 in *Foro It.* 1971, I, col. 2516 e ss.

⁵¹ Cass. 27 maggio 1996, n. 4883 in *Foro It.* 1996, I, col. 3124 e ss.; Cass. 13 novembre 1979, n. 5893 in *Rep. Foro It.*, 1979, voce Successione ereditaria, n. 70.

⁵² Cass. 13 novembre 1979, n. 5893 cit., in *Rep. Foro It.*, 1979, voce Successione ereditaria, n. 70.

⁵³ Cass. 5 giugno 1971, n. 1683 in *Foro It.* 1971, I, 2516; Cass. 19 settembre 1968, n. 2966 in *Foro It.* 1968, I, 2700.

⁵⁴ Cass. 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Dir. Giust. Quotidiano on line del 20 febbraio 2013* con nota di ACHILLE e in *Foro It.* 2013, fasc. 7-8, col. 2245 e ss. con nota di BROGI.

perde la qualità di erede nel senso che la sua posizione equivale a quella di erede rinunciante⁵⁵.

In tal caso, ad avviso dell'indicata giurisprudenza, ai sensi dell'art. 521 cod. civ. la rinuncia retroagisce al momento dell'apertura della successione e, come accade nell'ipotesi di rinuncia all'azione di riduzione, per determinare la quota di riserva, deve farsi riferimento non al momento dell'apertura della successione, bensì alla situazione concreta che si è venuta a delineare conseguente alla rinuncia alla quota con conseguente *espansione* della quota degli altri legittimari⁵⁶. Le Sezioni Unite della Cassazione⁵⁷ hanno invece affermato che per individuare la quota di riserva occorre far riferimento al momento di apertura della successione, essendo irrilevanti le eventuali rinunce successive.

L'ultima ipotesi di deroga all'intangibilità della legittima è il patto di famiglia ((L. n. 55 del 14 febbraio 2006 che ha aggiunto nel libro II, titolo IV del codice civile, il capo V bis e gli artt. dal 768 *bis* al 768 *octies*) per effetto del quale è possibile soddisfare, prima della morte dell'imprenditore ed in via definitiva con riferimento al valore dell'azienda o delle partecipazioni sociali, le ragioni dei legittimari attuali e predefinire quanto dovuto ai legittimari sopravvenuti, in deroga al principio dell'unitarietà della successione secondo cui ogni valutazione in ordine ai successibili e ai valori del patrimonio va eseguita dopo la morte del *de cuius*.

Si tratta di una quantificazione definitiva nel senso che non potrà più essere rimessa in discussione dopo il decesso dell'imprenditore, né da parte dei legittimari che parteciparono al patto, né da quelli sopravvenuti alla stipulazione per cui, sotto questo profilo, può ben discorrersi di deroga all'intangibilità qualitativa⁵⁸ e quantitativa tutte le volte in cui i non assegnatari dichiarino di rinunciare, in tutto o in parte, alla quota di liquidazione loro spettante.

Il patto di famiglia è dunque un contratto (a cui devono partecipare il coniuge e tutti coloro che al momento della stipula sarebbero

⁵⁵ Così Cass. 9 marzo 1987, n. 2434 in *Giust. Civ.* 1987, I, 1046; Cass. 11 febbraio 1995, n. 1529 in *Giur. It.* 1996, I, 1, 1139

⁵⁶ I concetti di "quota mobile" e di "espansione della quota" sono trattati più approfonditamente al Cap. II, §12, pag. 132 e ss.

⁵⁷ Cass. S.U. 12 giugno 2006, n. 13524, in *Giust. Civ.* 2007, I, pag. 2855 e ss. Le argomentazioni a sostegno della decisione sono indicate al Cap. II, §12.

⁵⁸ L'azienda o le partecipazioni acquisite dall'assegnatario già durante la vita del donante, resteranno nella disponibilità del titolare e sui relativi beni non potrà instaurarsi alcuna comunione ereditaria.

legittimari se in quel momento si aprisse la successione *ex art. 768 quater*, primo comma, cod. civ.) attraverso cui un disponente imprenditore attribuisce a carattere liberale⁵⁹ ad uno o più discendenti tutta o parte della propria azienda e/o delle proprie partecipazioni sociali (art.768 *bis* cod. civ.).

Il contratto produce effetti traslativi immediati e definitivi con riferimento all'azienda o alle partecipazioni che ne sono oggetto che entrano immediatamente nella disponibilità dell'assegnatario discendente al punto che l'eventuale premorienza di questi determinerà l'acquisizione dell'azienda da parte dei suoi eredi e non invece di quelli del disponente. L'efficacia immediata del contratto rende inoltre irrilevanti le successive modifiche nella consistenza o nel valore dei beni che resta così cristallizzato al momento della stipula.

Il contratto produce effetti anche *mortis causa* (768-*bis* cod. civ.: “*Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione*”; art. 768-*sexies* cod. civ.: “*All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'articolo 768-*quater*, aumentata degli interessi legali*”).

Ulteriore elemento essenziale del contratto è la liquidazione delle quote degli altri legittimari, o, in alternativa, la rinuncia da parte di costoro.

La liquidazione non è atto di liberalità perché è assente nell'assegnatario l'*animus donandi* e neppure potrebbe parlarsi di

⁵⁹ In dottrina si registra una sostanziale convergenza attorno alla natura liberale dell'attribuzione avente ad oggetto l'azienda o le partecipazioni sociali. Per gran parte della dottrina si tratta di una tipica nuova liberalità diversa dalla donazione definita legislativamente patto di famiglia (VOLPE, *Patto di famiglia*, Milano 2012, pag. 177 e ss.; AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale* in Riv. Notariato 2006, pag. 867 e ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi* in *Rassegna Dir. Civ.* 2008, pag. 156 e ss. individua nella funzione del patto di famiglia profili di liberalità ed arricchimento e profili distributivi eventuali e non necessari; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in Riv. Notariato 2006, pag. 899 qualifica il patto di famiglia come liberalità diretta, in contrapposizione alle donazioni indirette previste dall'art. 809 cod. civ.; DI MAURO-MINERVINI-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Commentario alla Legge 14 febbraio 2005, n. 55*, Milano 2006, pag. 37 e ss.; ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, a pag. 273 qualifica il patto di famiglia come trasferimento liberale operato in funzione successoria. Altri ricostruiscono l'istituto come una donazione gravata da onere a carico del donatario (CACCAVALE, *Appunti per un studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie* in Notariato 2006, pag. 304 e ss.). La natura liberale viene desunta oltre che dalla gratuità dalla concreta disciplina dell'istituto ed in particolare dalla non sottoposizione a riduzione e a collazione (art. 768, *quater*, quarto comma cod. civ.) allo stesso modo della donazione (VOLPE, *Patto di famiglia* cit., pag. 177).

donazione indiretta del disponente ai propri legittimari i quali, in cambio del vantaggio attuale, non potranno far valere le proprie ragioni successorie dopo la morte del disponente.

Descrittivamente il patto di famiglia si compone perciò di due fondamentali rapporti giuridici: l'attribuzione dal disponente al destinatario dell'azienda (o delle quote sociali) e l'attribuzione della legittima effettuata da quest'ultimo agli altri legittimari (ovvero, in alternativa, la rinuncia di costoro)⁶⁰.

E' molto discussa la struttura del patto e cioè se si tratti di un contratto bilaterale tra disponente e assegnatario (art.768 *bis* cod. civ.) ovvero plurilaterale (art. 768 *quater*, primo comma cod. civ.).

Per la prima tesi, la partecipazione dei legittimari non è requisito di validità, dovendosi interpretare i termini "*devono intervenire*" di cui all'art. 768 *quater*, primo comma cod. civ., soltanto come obbligo dell'imprenditore e dell'assegnatario di convocare i legittimari⁶¹ ricavandosi, dalla mancata partecipazione, diverse conseguenze.

Secondo alcuni, se i legittimari sono stati convocati e non hanno partecipato, sarà loro opponibile la quantificazione decisa dai contraenti; se, invece, non sono stati convocati, tale quantificazione sarà loro inopponibile con la conseguenza che i non partecipanti sono legittimati a ricorrere all'autorità giudiziaria al fine della determinazione del *quantum*⁶².

Secondo altri, la vincolatività del patto opera soltanto nei confronti dei legittimari che hanno partecipato, anche in momento successivo, nonché di quelli sopravvenuti per i quali dispone l'art. 768 *sexies* cod. civ..

Coloro che non hanno comunque partecipato o che hanno rifiutato il patto non ne sono vincolati e potranno perciò agire in riduzione (dopo il decesso del disponente) anche con riferimento all'impresa⁶³.

Altra dottrina, assegnando al patto natura divisionale-distributiva, ritiene che abbia struttura plurilaterale nel senso che ad esso devono necessariamente partecipare tutti i soggetti indicati dall'art. 768 *quater*

⁶⁰ OBERTO, *Il patto di famiglia* in www.giacomooberto.com/pattodifamiglia/pattodifamiglia.htm

⁶¹ ANGRISANI-SICA, *Il patto di famiglia e gli strumenti di successione dell'impresa*, Torino 2007, pag. 67 e ss; ATELLI, *Prime note sul patto di famiglia* in *Obbl. e contratti* 2006, pag. 6 e ss. ; AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv notariato* 2007, pag. 26 e ss.; CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie* in *Notariato* 2006, pag. 289 e ss.

⁶² CACCAVALE, *Appunti cit.*, pag. 300 e ss.

⁶³ PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia* in *Riv. Notariato* 2006, pag. 408 e ss.

cod. civ.⁶⁴.

La ragione di tale impostazione risiede nel fatto che il contratto rappresenta una sorta di anticipazione della distribuzione del patrimonio del disponente rispetto al momento dell'apertura della successione escludendo, rispetto a quanto oggetto dell'accordo, l'azione di riduzione e collazione.

L'antinomia tra l'art. 768 *quater* cod. civ. che impone la presenza di tutti i legittimari e l'art. 768 *sexies* cod. civ. che sembra escluderla nella parte in cui fa riferimento alla liquidazione al "*coniuge e ai legittimari che non abbiano partecipato al patto....*", è risolta da tale dottrina ritenendo che la seconda norma riguardi esclusivamente i legittimari ignoti o non ancora investiti di tale qualità al momento della conclusione del contratto⁶⁵.

In definitiva, secondo questa teoria, se alcuni legittimari non intervengono, il patto è nullo e, se egualmente stipulato, si converte in donazione.

⁶⁴ BALESTRA, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione* in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 2007, pag. 733 e ss.; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia* in Riv. Notariato 2006, fasc. 2, pag. 305 e ss.; BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato* 2006, vol. 9; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino 2011, pag. 171 e ss.; CAPOZZI, *Il patto di famiglia* in *Successioni e donazioni* cit., pag. 1567; ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)* in Riv. Dir. Civ. 2007, pag. 288 e ss.

⁶⁵ BALESTRA, *Il patto di famiglia* cit., pag. 733 e ss.; BONILINI, *Manuale* cit., pag. 171 e ss.; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi* cit., pag. 305 e ss.

§4. Gli strumenti di tutela del legittimario: art. 549 cod. civ. e cenni all'azione di riduzione

La tutela dell'intangibilità quantitativa della legittima è affidata dalla legge a due strumenti.

Il primo è previsto dall'art. 549 cod. civ. che sancisce il divieto, per il testatore, di imporre pesi e condizioni sulla quota di spettanza del legittimario ed il secondo è l'azione di riduzione (art. 557-564 cod. civ.).

Per la prevalente dottrina, il divieto *ex art. 549 cod. civ.* è posto a tutela non soltanto della concreta entità quantitativa della legittima, ma anche del libero impiego dei beni che la costituiscono da atti del testatore idonei a diminuirla *vel in quantitate vel in tempore*⁶⁶.

Il termine "pesi" utilizzato dall'art. 549 cod. civ. va perciò inteso in senso ampio come riferito in primo luogo alla figura dell'onere (o *modus*) e ai legati⁶⁷ e cioè a tutti possibili oneri (quali prestazioni di dare, di fare o non fare e ai legati obbligatori (es.: obbligare il legittimario a locare l'immobile ad una particolare persona) o reali.

La fattispecie vietata si verifica anche quando, pur non intaccando il valore dei beni riservati, il testatore stabilisca determinate condizioni accessorie che limitano o attenuano la disponibilità o il godimento dei medesimi (es.: usufrutto a favore di terzi; fissazione di un termine iniziale per entrare nella disponibilità dei beni; accollo di debiti ereditari in proporzione maggiore della quota del legittimario).

Sono vietati anche i legati a carico del solo legittimario; sono, al contrario, ammessi quelli a carico dell'intera eredità nei cui confronti

⁶⁶ Diffusamente, BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni* cit., pag. 146 e ss.; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano 2009, pag. 310 ricorda che la dottrina dominante adotta una interpretazione ampia della formula legislativa, ritenuta applicabile oltre le ipotesi di onere e condizione in senso tecnico ad ogni disposizione il cui effetto sia quello di attenuare la disponibilità dei diritti riservati ai legittimari.

⁶⁷ Il *modus* testamentario è un onere imposto dal testatore a carico dell'erede che, senza modificare gli effetti tipici dell'attribuzione, consente normalmente al defunto di far destinare parte dei vantaggi attribuiti all'erede a terzi. Può consistere in una prestazione accessoria di dare, fare o non fare a favore di altri e si distingue nettamente dalla condizione perché mentre nella disposizione modale il negozio di attribuzione ha immediata attuazione, in quella condizionata il negozio è subordinato all'avverarsi o meno dell'evento posto come condizione. Il *modus*, in quanto elemento accidentale, si distingue dal legato che è disposizione provvista di una sua autonomia con lo scopo di attribuire direttamente ad un soggetto determinato o determinabile un diritto reale o personale sicché mentre nel *modus* il beneficiario è un avente causa dell'onerato, il legatario è avente causa del *de cuius* (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino 2009, pag. 464, nota n. 3).

potrà proporsi azione di riduzione tutte le volte in cui determinano lesione della quota di legittima del singolo legittimario⁶⁸.

L'art. 549 cod. civ. sancisce espressamente il divieto per il testatore di sottoporre la quota del legittimario a condizioni (risolutive o sospensive).

Il fondamento del divieto di pesi e condizioni risiede nel fatto che se l'attribuzione della quota di legittima non è rimessa ad una scelta del testatore ma è imposta dalla legge nei limiti di volta in volta fissati, non può essere consentito al testatore ridurre il valore o il godimento

Il divieto riguarda esclusivamente la quota di riserva e, di conseguenza, il defunto potrà assegnare, ad esempio, ad un proprio figlio una quota maggiore di quella di riserva e condizionare il diritto a conseguire l'eccedenza al pagamento di un debito ovvero costituire sull'eccedenza un usufrutto a favore di terzi. Così, in sede di divisione, il legittimario potrebbe ricevere un bene gravato da un onere di destinazione se il minor valore del bene sia pur sempre sufficiente a soddisfare il suo diritto⁶⁹

Secondo la dottrina dominante⁷⁰, se i pesi e le condizioni non possono essere apposti, vuol dire che sono vietati e perciò nulli (art. 1418 cod. civ.) con l'effetto ulteriore che la nullità potrà esser fatta valere non solo dai legittimari ma da chiunque vi abbia interesse (art. 1421 cod. civ.).

Pertanto, il legittimario potrà ignorare la condizione o il peso gravante sulla sua legittima senza bisogno di proporre domanda giudiziale diretta a far valere la nullità che eccepirà qualora l'esecuzione gli venga richiesta giudizialmente dall'eventuale beneficiario. La nullità della condizione o del peso, in omaggio al principio di conservazione del testamento, non si estende alla disposizione.

L'altro strumento a tutela dell'intangibilità quantitativa della legittima è l'azione di riduzione (art. 557-564 cod. civ.).

Le disposizioni lesive della legittima non sono inefficaci o nulle ma possono essere private della loro efficacia nella misura in cui sia

⁶⁸ *Dizionario giuridico del notariato. Nella casistica pratica*, pubblicazione dell'Ufficio Studi del CNN, Milano 2006 con prefazione di PICCOLI, pag. 398.

⁶⁹ BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit. pag. 690.

⁷⁰ FERRI, *Dei Legittimari*, art. 536-564 cit., pag. 103 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 479 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria*, pag. 71 e ss., Padova 1936; per CARIOTA-FERRARA, *Un caso di legato a carico dei legittimari lesi* in *Riv. Dir. Civ.* 1959, pag. 511 e ss. la sanzione consiste nell'annullabilità.

necessario reintegrare la legittima⁷¹.

L'indicata finalità si realizza attraverso l'azione di riduzione che è di accertamento costitutivo poiché una volta accertata la lesione, la modifica giuridica del contenuto del diritto del legittimario si verifica automaticamente⁷² e di inefficacia relativa sopravvenuta dell'atto di disposizione⁷³ poiché la sentenza non attua un nuovo trasferimento al patrimonio del defunto, ma opera come se il trasferimento lesivo non fosse mai avvenuto per il legittimario⁷⁴ il quale acquista i beni non per la sentenza bensì in forza della vocazione necessaria che la sentenza produce nei suoi confronti.

Si tratta di un'azione personale perché non è rivolta contro chiunque sia proprietario o possessore del bene oggetto della disposizione lesiva, bensì soltanto contro il beneficiario, sia esso donatario, erede o legatario⁷⁵ e di un'azione con effetti retroattivi reali nel senso che gli effetti della sentenza retroagiscono al momento dell'apertura della successione anche nei confronti dei terzi acquirenti, in applicazione del brocardo *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, salve le eccezioni previste ed i temperamenti introdotti dalla riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ. realizzata dalla L. n. 80/2005.

⁷¹ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria* in *Tratt. Dir. Civ. e com.* diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1984, pag. 157 e ss.; PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, pag. 21 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 530 e ss. secondo cui perché la disposizione sia lesiva è necessaria che sia efficace e perciò valida; in giurisprudenza, Cass. 30 luglio 2002, n. 11286 in *Giust. Civ. Mass.* 2002, fasc. 7; Cass. 23 febbraio 1978, n. 9054 in *Giust. Civ. Mass.* 1978, fasc. 2.

⁷² CAPOZZI, *Successioni* cit., pag. 531 e ss.; MONCALVO, *Sulla natura giuridica dell'azione di riduzione* in *Famiglia*, 2004, pag. 177; Cass. 26 novembre 1987, n. 8780 in *Giust. Civ. Mass.* 1987, fasc. 11.

⁷³ MENGONI, *Successioni* cit., pag. 232 e ss.; PINO, *La tutela del legittimario* cit., pag. 78 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari* cit., pag. 331.

⁷⁴ Diffusamente TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit. pag. 106 e ss.; per BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol. III, Milano 2009, pag. 544 e ss., la domanda che accoglie la riduzione determina l'inopponibilità al legittimario dell'atto di donazione che non spiega più alcun effetto nei suoi confronti; il *petitum* della domanda di riduzione è l'inefficacia relativa della donazione, totale o parziale, mentre la *causa petendi* è la lesione della quota di legittima. Secondo RUPERTO, *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino 2006, pag. 123 e ss., per valutare l'efficacia di un fatto occorre guardare alla situazione precedente il verificarsi del fatto e a quella susseguente. Se la situazione diverge da quella precedente, si avrà una trasformazione che avrà effetti costitutivi (modificativi o estintivi); se invece la situazione converge con la preesistente, si avrà efficacia dichiarativa. In applicazione di tali principi, nei rapporti legittimario-donatario, la sentenza che accoglie la riduzione produce effetti di tipo estintivo nel senso che l'atto di donazione è privato di effetti, totali o parziali, nei confronti delle parti del giudizio e si considera come se non fosse mai intervenuto.

⁷⁵ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit. pag. 517; Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414 in *Giust. Civ. Mass.* 2005; fasc. 12; Cass. 22 marzo 2001, n. 4130 in *Giur. It.* 2001, col. 2261 e ss. con nota di PUCA.

Una volta ottenuta attraverso la domanda di riduzione l'inefficacia della disposizione lesiva nei suoi confronti, il legittimario pretermesso diviene erede e, se già precedentemente erede, potrà ottenere sulla massa reintegrata il valore dell'intera quota in caso di pretermissione o dell'integrazione della quota in caso di lesione parziale che la legge gli riserva secondo le regole innanzi sommariamente indicate.

Tuttavia, se il donatario, erede o legatario non è più titolare dei beni da restituire, allora il legittimario agirà nei suoi confronti con l'azione di restituzione per equivalente (*tandundem*) il cui valore va determinato con riferimento alla data di apertura della successione.

Qualora poi il beneficiario della disposizione lesiva abbia alienato a terzi i beni oggetto della disposizione lesiva, alle condizioni previste dall'art. 563 cod. civ., il legittimario potrà esperire azione di restituzione dei beni nei confronti di chiunque ne risulti titolare, al quale l'art. 563 cod. civ. concede la facoltà di riscattare il bene versando al legittimario il valore equivalente.

L'azione di restituzione nei confronti del terzo ha così carattere reale perché è proponibile non contro soggetti predeterminati ma nei confronti di chiunque risulti essere titolare o nella disponibilità dei beni oggetto della disposizione precedentemente ridotta.

Pertanto, trattasi di tre azioni diverse: la prima, di riduzione in senso stretto finalizzata a far accertare l'*an* e il *quantum* della lesione alla quota di riserva e a far dichiarare l'inefficacia, totale o parziale, della donazione o della disposizione testamentaria lesiva; la seconda e la terza, logicamente successive, di restituzione proposte rispettivamente nei confronti del beneficiario della disposizione o dell'atto lesivo e del terzo acquirente dei beni oggetto dell'atto e della disposizione dichiarati inefficaci⁷⁶.

Ovviamente, nulla esclude che le domande vengano proposte nell'ambito dello stesso processo.

⁷⁶ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 517.

§ 5. Aspetti critici della successione necessaria

Pur apprezzando le innovazioni e l'indubbia modernizzazione realizzata dalla L. n. 151 del 1975, non sono mancate critiche alla riforma del diritto di famiglia nella parte in cui ha ulteriormente ridotto la libertà di testare rispetto all'impianto originario del codice.

Difatti, attualmente la quota disponibile può essere limitata sino ad un quarto sia nell'ipotesi di concorso di coniuge con più figli (art. 542, secondo comma cod. civ.) che in quella, del tutto diversa e inspiegabilmente accumulata, di concorso di coniuge e ascendenti (art. 544, primo comma cod. civ.) laddove nella stesura iniziale del codice la disponibile non poteva scendere al di sotto di un terzo⁷⁷.

A tanto si aggiunga l'ulteriore compressione derivante dalla riserva dei diritti di uso e abitazione a favore del coniuge che, anche in dipendenza della ricordata interpretazione adottata dalle Sezioni Unite⁷⁸, potrebbe, in dipendenza del valore, addirittura far venir meno la disponibile⁷⁹.

Autorevole dottrina individua nella successione necessaria la causa prima degli ostacoli alla circolazione della ricchezza⁸⁰ auspicandone l'abrogazione anche perché priva di "copertura" costituzionale⁸¹.

⁷⁷ Critiche in tal senso sono formulate da BONILINI, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni* cit.; vol. 3, pag. 17 e ss.

⁷⁸ Cass. S.U. n. 4847/2013 citata a nota n. 8.

⁷⁹ Così GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare* in *Famiglia* 2001, pag. 11 e ss.

⁸⁰ DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* in *Riv. Notariato* 2007, 4, pag. 805; GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)* in *Giust. civ.*, 2006, 1, pag. 3: "Nei Paesi civili e moderni la legge riconosce ai proprietari il potere di disporre liberamente dei propri beni sia inter vivos sia mortis causa. Nei Paesi quasi civili e quasi moderni, il potere di disporre mortis causa è limitato bensì da una legislazione fortemente di favore per la categoria dei legittimari, ma sono ammessi accordi ante mortem per disciplinare la futura successione. Nei Paesi incivili e arretrati anche questi accordi sono invece tassativamente vietati. L'Italia, ovviamente, nella sua arretratezza ..., è rimasta, con qualche lieve deroga in sede di riforma del diritto di famiglia, all'epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria. Se si eccettua l'istituto del maggiorasco e della biblica primogenitura, nonché l'esclusione del coniuge, di sangue diverso, dalla proprietà, il sistema di protezione dei legittimari è infatti di tipo medioevale, se solo si considera che l'art. 550 c.c., prevede una delle poche vie praticabili dal de cuius per tentare di aggirare il divieto di ledere le quote di legittima, la quale via altro non è se non la c.d. «cautela sociniana», risalente al Quattrocento....".

⁸¹ GAZZONI, *Competitività, e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)* in *Giust. civ.*, 2006, 1 cit., pag. 3 e ss. così prosegue: "Un tale perverso sistema dovrebbe essere smantellato con una semplice norma, che abrogasse la successione c.d. necessaria, limitando la successione tribale legale al solo caso di successione ab intestato. Intervento, questo, non solo radicale e quindi risolutivo, ma anche facile, sul piano del procedimento legislativo, posto che spetta al legislatore ordinario stabilire le norme e i limiti della successione testamentaria (art. 42, comma 4, cost.).

Tuttavia, se è certamente vero che l'art. 42 Cost. all'ultimo comma, nel riservare alla legge il compito di stabilire “*le norme ed i limiti alla successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità*” non pare sancire alcuna tutela di dignità costituzionale per i diritti che la legge ordinaria attribuisce ai riservatari⁸², altrettanto vero è che tali diritti trovano fondamento in un rapporto giuridico tra coniugi (art. 29 Cost.) e tra genitori e figli (art. 30 Cost.) ispirato al principio di solidarietà (art. 2 Cost.) che impone di adeguare ogni intento riformatore al rispetto delle esigenze di solidarietà familiare⁸³.

Quali che siano le forme giuridiche attraverso cui concretamente si realizza la protezione dei legittimari nelle varie esperienze ordinamentali, la legittima sempre assolve, in ultima analisi, ad una funzione irrinunciabile: essa serve a contrastare quello che i tedeschi chiamano “*Missbrauch der Testierfreiheit*”, cioè l'abuso della libertà testamentaria⁸⁴.

Se si cancellassero le norme sulla successione necessaria, si dovrebbe giungere all'esito di ritenere inattaccabile il testamento con cui un padre di famiglia, in presenza di figli minori, avesse compiuto un'istituzione a favore di estranei.

Se, come si dice in Germania, risponde ad una “*natürliche Anschauung*” (constatazione naturale) che i più stretti congiunti del defunto debbano ricevere qualcosa sulla sua eredità, allora si potrà forse concludere che un atto testamentario come quello appena ipotizzato sia *contra bonos mores*, e debba dunque giudicarsi nullo.

Il mantenimento della legittima risponde inoltre a ragioni di coerenza sistematica.

Se il rapporto di filiazione determina, in capo al genitore, il sorgere dell'obbligo di mantenimento dei figli (art. 30 Cost., artt. 147, 261 e 277 cod. civ.), sarebbe mai possibile giudicare coerente la soluzione

Dunque la famiglia e la filiazione sono bensì protette a livello costituzionale (art. 29, 30, 31, 37 cost.), ma non nei suoi profili di trasmissione mortis causa della ricchezza, onde la quota di riserva potrebbe anche essere limitata, assai opportunamente e proficuamente, ad un assegno alimentare vitalizio del tipo di quello previsto dall'art. 548, cpv., c.c. per il coniuge separato con addebito o, ancor meglio, a un assegno assistenziale in caso di bisogno, del tipo di quello previsto, per il coniuge divorziato, dall'art. 9-bis l. 1° dicembre 1970 n. 898....”.

⁸² FRANCO, *Artt. 561 e 563 del codice civile: la novella e qualche considerazione sparsa sul diritto transitorio* in *Riv. Notariato* 2008, 6, pag. 1271 e ss.

⁸³ PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio - Tradizione e modernità nel diritto successorio* in *Riv. Dir. Civ.* 2007, pag. 317 e ss.; SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, vol. I, Milano 2011, pag. 3. e ss.

⁸⁴ DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* in *Riv. Notariato* 2007, fasc. 4, pag. 815; KIPP E COING, *Erbrecht 14*, Tübingen, 1990, pag. 51.

normativa che - pur in costanza di tale obbligo - consentisse al genitore stesso di escludere i propri figli dalla sua successione?

E, *mutatis mutandis*, altrettanto vale per il rapporto coniugale: non si vede come l'ordinamento giuridico, senza cadere in contraddizione con se stesso, potrebbe imporre il reciproco obbligo di assistenza anche materiale e di contribuzione ai bisogni della famiglia (art. 143, secondo e terzo comma cod. civ.) e, al tempo stesso, permettere a ciascun coniuge di sottrarsi all'ultima forma di contribuzione⁸⁵.

Il mantenimento della tutela dei legittimari non esclude invece un suo ripensamento al fine di attualizzarne il contenuto in conformità al profondo mutamento della realtà sociale e economica; nel mutato contesto, non appare più sostenibile la retorica finzione della continuità della persona, né più condivisibile la prospettiva del diritto ereditario come modalità di attuazione dell'interesse alla conservazione del patrimonio all'interno del nucleo familiare⁸⁶.

Si consideri soltanto come la stessa nozione di famiglia vede, oggi, mutare i propri confini concettuali.

L'attuale legislazione deve attuare un progressivo adattamento al *favor veritatis* e prendere atto che le ragioni sulle quali si è tradizionalmente fondata la forte restrizione all'autonomia negoziale in ambito successorio hanno perso consistenza.

Occorre conferire maggior risalto alla libertà testamentaria che deve essere temperata col principio di solidarietà (familiare, in particolare) che informa di sé l'intera materia ereditaria.

Qualunque riforma del diritto ereditario, che intenda rimuovere dal sistema dati normativi obsoleti, deve prendere le mosse dalla centralità della figura dei figli, ai quali va riconosciuta precedenza incondizionata in considerazione della derivazione costituzionale dei doveri di istruzione, educazione e mantenimento della prole.

Sembra dover, per converso, essere sottoposta a revisione critica l'attuale impostazione – nient'affatto giustificata dall'ordinamento costituzionale – che attribuisce preminenza assoluta al coniuge.

Adeguate valorizzazione in sede successoria potrebbe ricevere non solamente il matrimonio, quanto piuttosto la durata, la serietà e la stabilità del rapporto, l'effettiva vita in comune, nonché l'entità del

⁸⁵ DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* cit., pag. 815 e ss.

⁸⁶ PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio* cit., pag. 317 e ss.

contributo offerto alla creazione e all'incremento del patrimonio familiare.

E così, ormai da tempo si discute di una riforma organica dei diritti dei legittimari⁸⁷ sollecitata anche dall'Unione Europea e con riferimento alla quale sono stati presentati disegni di legge nel 2006 (S.1043)⁸⁸ e 2008 (S. 576, identico a quello del 2006).

Appare allora utile svolgere un'indagine storico-comparatistica per verificare se ed in quale misura i legittimari godono di privilegi negli altri modelli⁸⁹.

⁸⁷ Da ultimo, richiesta dal Consiglio Nazionale del Notariato nello scritto *La riforma dei diritti riservati ai legittimari*, Roma, ottobre 2011 in www.notariato.it.

⁸⁸ Il progetto è stato oggetto del convegno *Abolizione della successione necessaria. Crepuscolo della famiglia?* Milano, Università Bocconi 7 maggio 2007 con interventi di molteplici studiosi alcuni dei quali pubblicati quali quelli di BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria* in *Fam., Pers. e Succ.*, 2007, pag. 58 e ss.; DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* In *Riv. Not.* 2007, pag. 815 e ss.

⁸⁹ Un approfondito esame è compiuto da MAGLIULO: *“La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria”* in *Riv. notariato*, 2010, fasc. 3, pag. 533 e ss.

§ 6. Cenni sulla successione necessaria nel diritto romano, nei paesi di civil law e common law

Nel diritto romano classico la legittima non era una quota di eredità, ma *pars bonorum*, frazione del patrimonio netto del *de cuius* da attribuire necessariamente al legittimario il quale poteva conseguirla con attribuzioni della più svariata natura causale (donazioni in vita del *de cuius*, legati o istituzione di erede)⁹⁰.

Dalla lesione della legittima discendeva solo il diritto di proporre la querela *inofficiosi testamenti*, il cui positivo esperimento determinava l'invalidazione del testamento ma non l'acquisizione della qualità di erede al punto che con il venir meno del testamento si apriva la successione intestata.

Nel diritto giustiniano, per impedire per quanto possibile la caducazione del testamento, si introdusse l'*actio ad supplendam legitimam*, in virtù della quale il legittimario non del tutto pretermesso che avesse ricevuto un'attribuzione, anche a titolo particolare, era titolare di un diritto di credito verso gli eredi istituiti corrispondente al *tantundem* della quota di legittima, al netto di quanto già conseguito.

Soltanto nell'ultimo diritto giustiniano al legittimario preterito o ingiustamente diseredato, veniva riconosciuta la qualità di erede con obbligo per il testatore di istituire erede il legittimario, anche se in quota inferiore alla legittima, e salva l'azione suppletoria, laddove il supplemento non fosse stato accordato dallo stesso testatore con liberalità a titolo particolare.

L'evoluzione della nozione di successione necessaria che condusse all'elaborazione delle codificazioni dei principali Paesi europei prese le mosse dal diritto giustiniano, ma si sviluppò secondo due filoni normativi fra loro antitetici.

La tradizione pandettistica tedesca, ripudiata l'antica consuetudine germanica della proprietà collettiva dei beni familiari⁹¹, si sviluppò secondo il paradigma dell'*actio ad supplendam legitimam* che portò alla concezione della legittima quale mero diritto di credito verso gli

⁹⁰ DI LELLA, voce *Successione necessaria* (diritto romano), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pag. 1338 e ss.

⁹¹ Presso gli antichi popoli germanici la proprietà era collettiva, appartenente al gruppo parentale. Ciascun membro della famiglia aveva una quota ideale sul bene ed il suo contenuto di potestà (possedere, alienare, permutare, dare in godimento) assumeva una valenza autonoma ed una propria individualità; in *www.simone.it*.

eredi al pagamento del *tantundem* necessario ad integrare la legittima che può essere soddisfatto con beni non ereditari⁹².

Il § 2303 del BGB che disciplina la *Pflichtteil*⁹³ prevede perciò la riserva di una “quota obbligatoria” a favore del legittimario pretermesso, disponendo: “*Se un discendente del testatore è escluso dalla successione da disposizioni a causa di morte, egli può richiedere la sua quota obbligatoria all'erede. La quota obbligatoria consiste nella metà del valore della quota di eredità per legge*” e così nel diritto tedesco, come in quello romano, diversamente dall’Italia, la quota di legittima è determinata come frazione della quota intestata (*portio portionis*).

Al legittimario leso, ma non preterito, il § 2305 del BGB accorda una “quota obbligatoria integrativa”, disponendo: “*Se ad una persona avente titolo alla quota obbligatoria è lasciata una quota di eredità minore della metà della quota di eredità per legge, la persona avente titolo alla quota obbligatoria può chiedere ai coeredi come sua quota obbligatoria la somma mancante per integrare la quota della metà*” e se è necessario attingere a donazioni fatte in vita dal *de cuius*, il § 2329 del BGB prevede che il legittimario leso chieda al beneficiario di una donazione la restituzione del *donatum* come ingiustificato arricchimento e che il donatario può evitare la restituzione pagando la somma corrispondente all'ammanco.

Nel diritto tedesco il legittimario è perciò un mero creditore, non un erede a cui la legge attribuisce un diritto reale sul patrimonio ereditario e, per la sua natura obbligatoria, la legittima non mira ad attuare la conservazione del patrimonio ereditario all’interno della famiglia, quanto piuttosto a soddisfare esigenze di solidarietà familiare che già i romani individuavano nell'*officium pietatis*.

Si tratta di una costruzione teorica frutto di una visione raffinata ed evoluta della legittima che ha l'indubbio pregio di semplificare notevolmente le problematiche relative alla sua disciplina evitando che l'istituto costituisca un limite alla circolazione dei beni ereditari⁹⁴.

Il diritto tedesco (§ 2274-2302) ammette e disciplina il contratto successorio definito “*Erbvertrag*”, al pari dei diritti appartenenti al medesimo ceppo quali quello svizzero e quello austriaco; il codice

⁹² IANNACCONE, *Legittimari ed eredi legittimi nel diritto comparato*, in *Notariato*, 1997, pag. 465.

⁹³ Il termine corrisponde, in italiano, alla quota legittima.

⁹⁴ MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale* cit., pag. 533 e ss.

civile svizzero (artt. 468,481,494, 495 e 512 ss c.c.) riconosce e regola il patto istitutivo e quello rinunciativo; il codice civile austriaco (§ 602 e 1249 ABGB) ammette la stipulazione di patti successori solo tra coniugi, assimilandoli ai patti nuziali.

Nel modello francese il fondamento della legittima non è l'*officium pietatis* del diritto romano, ma l'idea arcaica dei popoli germanici finalizzata alla conservazione del patrimonio familiare secondo cui tale patrimonio non spetta al singolo, ma, in comunione, alla famiglia nucleare nel suo complesso⁹⁵.

Nel *code civil* la legittima è considerata come quota di eredità⁹⁶ e quindi assicura al legittimario una posizione molto più forte che incide sulla certezza delle situazioni giuridiche ed ostacola la circolazione della ricchezza.

Proprio per evitare tali inconvenienti, nel 2006 il legislatore francese, con la *Loi n. 2006-728 del 23 giugno 2006 “portant reforme des successions et des liberalites”* ha introdotto nel codice civile francese il patto rinunciativo, quale rinuncia anticipata a promuovere l'azione di riduzione, concedendo tale facoltà di rinuncia solo a un presunto erede necessario di colui della cui successione si tratta⁹⁷.

Nei sistemi giuridici di *common law* viene generalmente compiuta la scelta di comprimere il meno possibile la libertà del testatore nella sistemazione *post mortem* delle sue sostanze.

Il modello anglosassone, infatti, ignora la categoria dei legittimari, privilegiando i principi individualistici racchiusi nella sovrana volontà del *de cuius*.

Tuttavia, con l'*Inheritance Provision for Family and Dependants Act* del 1975 è possibile ai congiunti del defunto che versano in condizioni di bisogno (*dependants*) adire il giudice il quale, con la più ampia discrezionalità, può o meno disporre in favore dei congiunti. Non si

⁹⁵ MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale* cit., in *Riv. notariato*, 2010, fasc. 3, pag. 533 e ss.

⁹⁶ Esplicitamente gli artt. 912 e 1004 del *code civil* sanciscono: «La riserva ereditaria è la parte dei beni e diritti successori di cui la legge assicura la devoluzione libera da pesi a certi eredi detti riservatari, se essi sono chiamati alla successione e se essi l'accettano. La quota disponibile è la parte dei beni e diritti successori che non è riservata dalla legge e di cui il defunto può disporre liberamente a titolo di liberalità» (art. 912); «Nei casi in cui alla morte del testatore ci sono eredi ai quali una quota dei suoi beni è riservata dalla legge, tali eredi sono investiti di pieno diritto, alla sua morte, del possesso di tutti i beni della successione; e il legatario universale è tenuto a domandare loro il rilascio dei beni compresi nel testamento» (art. 1004). Cfr. FERRI, *Dei Legittimari*, artt. 536-564 cit. pag.15 e ss.

⁹⁷ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO *Nuove regole tra affetti ed economia*, 2011, pag. 75 in www.notariato.it.

tratta perciò di una quota di riserva poiché non è predeterminata dipendendo l'eventuale assegnazione soltanto dalla buona volontà del giudice⁹⁸.

Neppure negli Stati Uniti è diffuso un istituto della legittima come quella regolamentata dal nostro ordinamento; soltanto in Louisiana, a partire dal 1990, è stata introdotta una legittima a favore dei figli più giovani (minori di 23 anni) e di quelli portatori di handicap psichico o fisico. Negli altri stati nulla è previsto per i figli, mentre sono disciplinate previsioni a favore del coniuge, a volte proporzionate alla durata del matrimonio.

Nei paesi privi di una propria tradizione giuridica (quali Canada francofono, Messico, Cuba) sta emergendo un originale modello "misto" capace di coniugare il principio individualistico in favore della volontà del testatore, con una visione solidaristica dei rapporti all'interno della famiglia.

La caratteristica di questo modello, cui sembra indirizzarsi anche il più recente diritto inglese, è rappresentata dal fatto che il diritto alla riserva dei più stretti familiari - ai quali talora è equiparato persino il convivente - è subordinato all'esistenza di uno stato di bisogno in presenza del quale è concessa una vera e propria attribuzione alimentare *post mortem*.

Anche in Lituania il diritto alla riserva è condizionato allo stato di bisogno del legittimario, mentre in Albania, Estonia, Russia e Moldavia il diritto alla riserva è subordinato allo stato di minore età ovvero all'inabilità al lavoro.

⁹⁸ MARUFFI, *La composizione qualitativa della quota di riserva*, in Riv. dir. civ., 1995, II, 157; IANNACCONE, *Legittimari ed eredi legittimi nel diritto comparato*, in Notariato, 1997, 469

Capitolo II

La circolazione dei beni di provenienza donativa prima e dopo la Legge n. 80 del 2005

§1. Introduzione. **§2. Rimedi dottrinali a tutela del terzo acquirente:** 2.1.: *garanzia per evizione*; 2.2.: *risoluzione per mutuo dissenso*; 2.3.: *risoluzione per inadempimento dell'onere*; 2.4.: *riserva di disporre*; 2.5.: *fideiussio inademnitatis*; 2.6.: *novazione causale*; 2.7.: *polizza assicurativa*. **§3. Ratio e disciplina intertemporale della riforma.** **§4. Finalità e natura del termine ex art. 563, primo comma e 561 primo comma cod.civ.:** 4.1. *Il problema dell'usucapione*. 4.2. *Natura giuridica del termine: prescrizione-decadenza-durata*. 4.3. *L'art. 2652, n. 8 cod. civ.*. **§5. L'atto di opposizione ex art. 563, quarto comma cod. civ.:** 5.1. *La "sospensione" del termine e la rinnovazione dell'opposizione*. 5.2. *Natura giuridica dell'opposizione*. **6. La personalità ed i soggetti titolari del diritto di opposizione.** 6.1. *La "personalità"*. 6.2. *I soggetti titolari*: 6.2.1. *Il coniuge*. 6.2.2. *Gli ascendenti*. 6.2.3. *I discendenti*. **§7. La rinuncia all'opposizione.** **§8. Forma e contenuto dell'opposizione:** 8.1. *L'opposizione come atto stragiudiziale*. 8.2. *Contenuto dell'opposizione*. 8.3. *La notifica dell'opposizione*. 8.4. *La trascrizione dell'opposizione*. **§9. Donazioni indirette e simulate.** **§10. Opposizione e patto di famiglia.** **§11. La collazione.**

§ 1. Introduzione

L'ordinamento giuridico italiano è ancora privo di strumenti giuridici in grado di garantire la sicurezza dei trasferimenti di beni di provenienza donativa. La certezza del trasferimento è inevitabilmente incisa per la presenza di alcuni istituti, tra i quali meritano rilievo:

1. il divieto di patti successori previsto dall'art. 458 cod. civ.⁹⁹;

⁹⁹ Una regolamentazione contrattuale in termini generali della vicenda successoria comprometterebbe irrimediabilmente la libertà di testare in quanto il vincolo scaturente dall'accordo potrebbe venir meno soltanto per mutuo consenso o nei casi tassativi previsti dalla legge e così, a garanzia di una effettiva autonomia testamentaria, l'art. 458 cod. civ. sancisce il divieto dei patti successori (FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. Cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, art. 456-511 Bologna-Roma 1964, pag. 83 e ss).

Ad avviso di PIGNALOSA, *Sul divieto di rinunciare all'azione di riduzione durante la vita del donante*; nota a Cass. 19 novembre 2009, n. 24450 in *Fam. Per. Succ.*, 2010, fasc. 7, pag. 511 e ss., il disposto dell'art. 458 cod. civ. lascia isolare tre tipi di patti successori, diversi tra loro e tradizionalmente denominati patti istitutivi, dispositivi e rinunziativi.

Il patto successorio c.d. istitutivo integra gli estremi di un vero e proprio contratto ereditario con cui le parti dispongono irrevocabilmente della successione di una di esse, a titolo oneroso o gratuito, con effetti reali o obbligatori, attribuendo diritti ereditari a titolo universale o particolare per il tempo della propria morte. La dottrina dominante individua la ragione della nullità sia nell'introduzione di una nuova forma di delazione non prevista dall'art. 457 cod.civ., sia, soprattutto, nell'esigenza di assicurare al testatore la libertà di revoca di precedenti disposizioni garantita inderogabilmente dall'art. 679 cod. civ. e, indirettamente, dagli artt. 589 e 635 cod. civ.

I patti successori dispositivi e rinunziativi sono accumulati dal fatto che un soggetto, in vita, dispone o rinuncia di diritti successori che gli potrebbero spettare all'apertura della

2. le norme a tutela dei legittimari;
3. il principio di unitarietà della successione¹⁰⁰ in base al quale ogni valutazione in ordine ai successibili, ai valori e ai conteggi del procedimento successorio e divisionale deve essere effettuata al

successione di un terzo; la *ratio* del divieto del patto dispositivo consiste nella necessità ispirata ad esigenze di ordine pubblico di proteggere il disponente il quale potrebbe ignorare la reale consistenza dei diritti di cui dispone e decidere in modo affrettato; quella del divieto del patto rinunciativo anche nel proteggere il disponente dal rischio di eccessiva prodigalità. Da alcuni si è individuata la *ratio* del divieto dei patti successori dispositivi e rinunciativi nel loro oggetto futuro, accumulandola all'analogo divieto di donazione di beni futuri previsto dall'art. 771 cod. civ. e cioè di quelli non esistenti in *rerum natura* o non facenti parte del patrimonio del donante (donazione di beni altrui) (DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, pag. 85 e ss.) rientranti tra i particolari casi di divieto di prestazioni di cose future normalmente valide nei negozi onerosi (art. 1348 cod. civ.). Particolare applicazione del patto rinunciativo è l'art. 557, secondo comma, cod. civ. nella parte in cui stabilisce che i legittimari non possono rinunciare all'azione di riduzione finché vive il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione. La giurisprudenza si è occupata numerose volte dei patti successori. Per una ipotesi di istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, cfr. Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, in *Giust. Civ.* 2010, fasc. 9, pag. 1895 con nota di VIDIRI; in una fattispecie di nullità (per contrasto con l'art. 458 cod. civ.) dell'accordo in base al quale il *de cuius* versa una somma al legittimario a tacitazione dei diritti di legittima allo stesso spettante, cfr. Cass. 26 agosto 2002, n. 12474 in *Giur. It.*, 2003, col. 1580 e ss., con nota di D'AURIA; nel caso di una convenzione avente ad oggetto la disposizione di beni afferenti ad una successione non ancora aperta nulla ai sensi dell'art. 458 cod. civ., cfr. Cass. 9 maggio 2000, n. 5870, in *Riv. notariato*, 2001, pag. 227, con nota di GAZZONI. In controtendenza appare Cass. 8 ottobre 2008, n. 24813 in *Riv. notariato* 2009, fasc. 3, pag. 679, con nota di BILOTTI che si è occupata di una interessante fattispecie di testamenti conformi a precedente accordo tra i testatori. Valorizzando la finalità "morale" e non patrimoniale, la Suprema Corte ha ritenuto valide le identiche schede testamentarie con cui un fratello e una sorella avevano istituito una fondazione a cui avevano devoluto tutti i loro beni.

¹⁰⁰ L'espressione unitarietà della successione assume diversi significati.

In un primo senso equivale ad unicità, nel senso che la successione è unica ed irripetibile, si apre una sola volta, in occasione della morte della persona fisica e ciò anche quando, dichiarata la morte presunta, la persona ritorni.

Difatti, anche nel caso di dichiarazione di morte presunta, in caso di ritorno, la successione prevista dall'art. 64 cod. civ. a favore degli eredi testamentari o legittimi (art. 50, secondo comma cod. civ.) perde ogni effetto e restano salvi soltanto le posizioni giuridiche acquistate dai terzi in buona fede.

In altro senso, unitarietà vuol dire trasferimento della totalità dei rapporti facenti capo al defunto. Nella successione legittima, l'intero patrimonio, definito dall'art. 565 cod. civ. eredità, ormai privo di soggetto per l'avvenuto decesso del titolare, non diviene *res nullius* ma è destinato ai soggetti individuati dalla legge (art. 565 e ss. cod. civ.) i quali subentrano in tutti i rapporti che facevano capo al *de cuius*. L'indicato principio vale anche nella testamentaria qualora il testatore assegni al beneficiario la totalità o una quota dei suoi beni; in simile evenienza, si ha difatti successione universale con attribuzione della qualità di erede mentre negli altri casi successione a titolo particolare e attribuzione della qualità di legatario (art. 588 cod. civ.).

Sotto un terzo profilo, la successione legittima è unitaria nel senso che la legge stabilisce un unico meccanismo, sempre eguale indipendentemente dalle condizioni soggettive del *de cuius* o di colui o coloro che gli succedono, attraverso cui tutte le situazioni giuridiche facenti capo al defunto che si compendiano nell'eredità, non importa se qualificata *universitas iuris*, patrimonio autonomo ovvero se il fenomeno successorio vada riguardato ponendo al centro la figura dell'erede, passano ad uno o più successori, individuati dalla stessa legge, che subentrano in toto nei rapporti giuridici che facevano capo al *de cuius*.

momento dell'apertura della successione¹⁰¹.

Il principio di intangibilità della quota legittima in “natura” da calcolarsi sul *relictum* e le donazioni fatte in vita (art. 556 cod.civ.)¹⁰², la donazione intesa come anticipata successione e la retroattività reale dell'azione di riduzione giustificano la diffusa convinzione secondo cui il nostro ordinamento offre una protezione eccessiva e squilibrata ai legittimari rispetto a quella accordata ai terzi acquirenti di beni di provenienza donativa ostacolando, di fatto, la circolazione della ricchezza.

La disciplina anteriore alla riforma del 2005 era caratterizzata dall'irrelevanza del momento in cui la donazione era stata trascritta e dalla necessità di attendere il decesso del donante per esperire l'azione di riduzione e di restituzione stante il divieto di rinuncia preventiva alla riduzione (art. 557, secondo comma, cod. civ.).

L'indicato impianto normativo mal si conciliava con il mutato assetto sociale caratterizzato da estrema rapidità dei traffici e dal prolungamento della vita umana perché ogni trasferimento di beni di provenienza donativa poteva considerarsi sicuro soltanto successivamente alla morte del donante e a condizione che il legittimario non avesse proposto domanda di riduzione della donazione e di restituzione del beni nei confronti di chi in quel momento ne fosse stato titolare.

In aggiunta, l'immobilizzazione “forzata” procurava una vera e propria sterilizzazione anche al di fuori dell'ipotesi in cui il donatario intendesse trasferire il bene a terzi perché per prassi bancaria non erano (e non sono) accettate, se non in casi eccezionali, garanzie immobiliari costituite da beni di provenienza donativa i quali, perciò, oltre a non produrre ricchezza, subiscono una perdita di valore oggettivo.

Sono queste le ragioni che fanno comunemente percepire il bene di provenienza donativa come *marchiato da un onere pregiudizievole*

¹⁰¹ Diffusamente, sull'argomento, 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, fasc. 6, pag. 1249 e ss.

¹⁰² Con l'espressione “legittima in natura” si suole descrivere il diritto del legittimario ad ottenere la sua quota con denaro e beni provenienti dall'eredità (Cap. I., §3); in caso di disposizioni lesive, soccorre l'azione di riduzione attraverso cui i trasferimenti di beni oggetto di disposizioni lesive della quota di riserva si considerano, più che recuperati, come mai usciti dal patrimonio del *de cuius* per consentire al legittimario, chiamato *ex lege*, di ottenere la sua quota (AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative* in *Riv. Dir. Civ.* 2009, pag. 683 e ss.).

*che limita la sua commerciabilità e la disponibilità dei diritti reali vantati sullo stesso, sia di godimento che di garanzia*¹⁰³, perché esposto ad azione di restituzione proponibile dal legittimario a distanza di moltissimi anni dalla trascrizione dell'atto di donazione.

La Suprema Corte, nell'ambito dei rapporti tra le parti contraenti, ha attribuito rilevanza ai limiti alla circolazione derivanti dalla disciplina positiva; ha difatti chiarito che pur dopo la stipulazione di un preliminare di vendita di cui fosse stata taciuta la provenienza donativa, il promittente acquirente avrebbe potuto legittimamente rifiutare di concludere il definitivo qualora, previa verifica della consistenza patrimoniale del venditore da condurre in base ai principi di correttezza e buona fede contrattuale, fosse stata accertata la sussistenza di un concreto rischio – eccedente il limite accettabile da un contraente di ordinaria diligenza – di essere esposto a domanda di restituzione¹⁰⁴.

La rigidità di un sistema caratterizzato dalla necessità di posticipare la domanda di riduzione delle donazioni dirette e indirette alla morte del donante, l'impossibilità, derivante dal divieto dei patti successori, di regolare in vita i rapporti successori e lo stesso termine decennale entro cui poter proporre la domanda di riduzione costituiscono il primo elemento di squilibrio tra la tutela del legittimario e quella del donatario e dei terzi acquirenti.

Non va difatti taciuto che, accanto alle ipotesi di reale contrasto in ambito familiare, nella maggioranza dei casi i legittimari acconsentono alla donazione che, ad esempio, i genitori intendono fare al fratello o alla sorella e sarebbero ben lieti di prestare il proprio

¹⁰³ PATTI, *Acquisti in comunione legale e circolazione dei beni di provenienza donativa* in *Quaderni del Notariato* 2011, n. 26, pag. 104 e ss.

¹⁰⁴ Cass., 4 maggio 1985, n. 2792 in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 5, secondo cui *“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”*.

consenso se ciò fosse utile a tranquillizzare i donanti sulla stabilità dell'atto che si accingono a compiere¹⁰⁵.

In realtà, le indicate regole e i principi della successione necessaria sono percepiti come inattuali ed inadeguati alle mutate esigenze della realtà economica e sociale.

¹⁰⁵ BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4, codice civile) – Studio n. 5809/C approvato dalla Commissione studi civilistici il 21 luglio 2005 del Consiglio Nazionale del Notariato*, pag. 28, in www.notariato.it

§2- Rimedi dottrinali

La dottrina ha tentato di individuare strumenti che, seppur in modo non assolutamente certo, fossero in grado di tutelare i terzi acquirenti “incolpevoli” dai danni derivanti dall’utile esperimento dell’azione di riduzione da parte del legittimario¹⁰⁶.

Gli strumenti in esame presentano, nella nuova disciplina, una specifica utilità nel periodo di tempo che intercorre tra la data di trascrizione della donazione e lo spirare del ventennio – o del termine prolungato per effetto dell’opposizione – al cui compiersi si produce il consolidamento dell’acquisto del terzo.

2.1. Un primo rimedio proposto è rappresentato dalla garanzia per evizione (art. 1483 cod. civ.) a favore del terzo acquirente.

La garanzia è, però, limitata alle cause di evizione preesistenti al contratto di vendita o a una situazione di minor tutela addebitabile a fatto del venditore¹⁰⁷; non si applica, pertanto, all’azione di riduzione che costituisce causa sopravvenuta di evizione.

Per tutelare l’acquirente è necessario estendere convenzionalmente la garanzia (art. 1487 cod. civ.) anche se, dal punto di vista economico, potrebbe non giovare al terzo se si considera che il legittimario, prima di agire in restituzione nei confronti del terzo, è tenuto ad escutere il donatario e che se tale escussione è vana per il legittimario, lo sarà altrettanto per il terzo che non conseguirà perciò nessun risarcimento.

E’ stato però opportunamente precisato che la garanzia potrebbe assumere un rilievo pratico ove fosse prestata non dal donatario-venditore bensì, qualora intervenissero più passaggi, dal terzo (o successivo) acquirente in favore di un quarto (o successivo) acquirente.

¹⁰⁶ FEDERICO, *Tecniche di tutela degli interessi nella circolazione delle provenienze donative: la fideiussione del donante e del legittimario* in *Dir. famiglia*, 2012, 2, pag. 852.

¹⁰⁷ Cass., 16 maggio 1981, n. 3249 in *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 5: “La garanzia per evizione (art. 1483 c.c.) che comporta, con la risoluzione del contratto, l’obbligo di restituzione del prezzo, il rimborso delle spese e il pagamento dei frutti che il compratore evitto ha dovuto restituire al terzo evincente - opera non solo nel caso in cui il compratore, per una causa preesistente alla conclusione della vendita, perda successivamente il diritto legittimamente acquisito, ma anche nel caso in cui il compratore medesimo sia costretto a subire la pretesa del terzo sul bene compravenduto per la condizione di minore tutela giuridica in cui versa in conseguenza della mancata trascrizione nei registri immobiliari dell’acquisto del bene precedentemente compiuto dal suo dante causa”.

In tal caso, il legittimario, dopo aver escusso il donatario, agirà in restituzione nei confronti del quarto (o successivo) acquirente il quale sarà garantito dal terzo (o precedente) acquirente, suo venditore¹⁰⁸.

2.2. Altro rimedio proposto è rappresentato dalla risoluzione per mutuo dissenso del contratto di donazione.

In pratica donante e donatario, con atto contrario (*contrarius actus*), eliminano gli effetti della donazione e ripristinano la situazione originaria consentendo al donante di vendere il bene direttamente al terzo.

Tale soluzione appare problematica per la presenza di due fondamentali obiezioni.

La prima è avanzata da quella dottrina¹⁰⁹ che, influenzata dalla tradizione giuridica francese e basandosi prevalentemente sull'art. 1050 del codice del 1865 (*la donazione è un atto di spontanea liberalità, con il quale il donante si spoglia ... irrevocabilmente*) considera l'irrevocabilità come una caratteristica propria della donazione che assume significato assoluto, tanto da vietare la sottoposizione della donazione a condizione risolutiva potestativa e a termine finale e da sottrarla all'applicabilità dell'art. 1372 cod. civ. (attuale codice) in base al quale il vincolo contrattuale, oltre che nei casi previsti dalla legge, può essere sciolto per mutuo consenso.

Si è però sostenuto¹¹⁰ che nell'attuale disciplina dell'art. 769 cod. civ. il legislatore ha abbandonato i requisiti dell'irrevocabilità e dell'attualità dello spoglio, considerandoli un relitto storico al punto che nella nuova definizione, diversamente da quella contenuta nel codice Pisanelli (art. 1050), non compare il riferimento all'irrevocabilità.

Secondo tale orientamento è allora ammesso, anche per il contratto di donazione, il mutuo dissenso.

La seconda obiezione si fonda sul rilievo che il mutuo dissenso, per essere volto ad eliminare il precedente contratto, non può incidere su

¹⁰⁸ MAGLIULO, *Il problema delle "provenienze donative" tra vecchie questioni e nuove norme* in *Novità e problemi in materia di circolazione immobiliare*; in Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai, Roma 19 e 20 settembre 2008, in *Quaderni Notariato* 2009, fasc. 22, pag. 95 e ss.

¹⁰⁹ BIONDI, *Le Donazioni*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Vol. XII Torino 1961, pag. 519. Secondo l'Autore l'accordo con cui si fa venir meno una donazione non è una risoluzione consensuale, bensì una donazione inversa.

¹¹⁰ TORRENTE, *La Donazione*, in *Trattato dir. civ. e com.* diretto da Cicu-Messineo, Vol. XXII, Milano, 2006; pag. 308 e 568; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano 1980, pag. 279-280; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* 1982 cit., pag. 858 e ss.

atti che abbiano esaurito i propri effetti come accade, ad esempio, nei contratti reali¹¹¹ (quali un mutuo) e neppure in quelli consensuali ad effetti reali¹¹² (come la donazione o la vendita) quando le obbligazioni sono state adempiute per cui, per ritrasferire il bene donato al donante, sarebbe comunque necessaria una controdonazione o controvendita.

Ad avviso di una dottrina¹¹³, la ritrattazione bilaterale del contratto (cd. controdonazione) avrebbe effetti *ex nunc* e ciò danneggerebbe il terzo acquirente perché farebbe entrare in gioco i legittimari del donatario (ora donante) che potrebbero essere lesi dalla “controdonazione”.

Altra dottrina¹¹⁴ ritiene invece che il negozio solutorio sia rivolto a porre nel nulla, con efficacia *ex tunc*, il contratto precedente e non soltanto a paralizzarne gli effetti.

In altri termini¹¹⁵, il mutuo dissenso non produce né effetti reali, né effetti obbligatori, ma effetti risolutivi¹¹⁶ di ciò che le parti avevano creato perché non esiste una figura di mutuo dissenso con effetti obbligatori distinta da un mutuo dissenso con effetti reali, bensì un'unica figura generale, omnicomprensiva, di mutuo dissenso che annienta il contratto precedentemente stipulato di qualunque tipo siano

¹¹¹ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, pag. 290; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961, pag. 205 e ss.; in giurisprudenza Trib. Catania 26 gennaio 1983, in *Vita notarile*, 1984 con nota di DE RUBERTIS.

¹¹² GALGANO, *Il contratto*, Trento, 2011, pag. 251, differenzia i contratti in consensuali nei quali gli effetti si producono con il solo consenso e che possono avere anche effetti reali quando sono fonte di obblighi (es.: consegna nella vendita o donazione) dai contratti reali che non si perfezionano con il solo consenso, ma necessitano anche della consegna (es.: mutuo, comodato).

¹¹³ IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro* in Studi in onore di Pietro Rescigno in *Riv. Notariato*, 1998, fasc. 6, pag. 1129 e ss.

¹¹⁴ LUMINOSO, *Il mutuo dissenso* cit., pag. 258 e ss.; CAPOZZI, *Mutuo dissenso – Donazione di bene immobile – atto di risoluzione – Ammissibilità – Effetti* in *Vita not.*, 1973, pag. 607 e ss.

¹¹⁵ In particolare, CAPOZZI, *Mutuo dissenso* cit., pag. 607 e ss.

¹¹⁶ La teoria del negozio di annientamento è stata formulata dalla dottrina tedesca ed è attribuita a BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen 1884, II, pag. 469. Alla teoria hanno aderito, in Italia, illustri autori come CAPOZZI, *Mutuo dissenso* cit., pag. 635 e ss.; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso* cit., pag. 49 e ss. e pag. 234 e ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano 1984, pag. 698 e ss.; CARRESI, *Il contratto* in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo, XXI, 2, Milano 1987, pag. 874. Contro la teoria di annientamento si adduce l'impossibilità per l'autonomia privata di influire sul passato con effetti retroattivi e di pregiudicare, in tal modo, i diritti *medio tempore* acquistati dai terzi (DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. Dir. Priv.* 1939, I, pag. 122 e ss. e pag. 135 e ss.).

gli effetti da esso prodotto¹¹⁷.

Unico limite è costituito dal fatto che il mutuo dissenso non può vulnerare i diritti dei terzi stante il principio generale di cui è espressione l'art. 1458, secondo comma, cod. civ., secondo il quale la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non può pregiudicare i diritti acquistati dai terzi¹¹⁸.

Tuttavia, nonostante la tesi dell'”annientamento” con efficacia *ex tunc* sia sostenuta da autorevole dottrina, in difetto di pronunce giurisprudenziali, neppure questa soluzione dottrinale appare sicura.

Resta, in altri termini, sempre possibile che la risoluzione consensuale possa essere qualificata come “controdonazione” (o donazione inversa) dal donatario al donante munita di efficacia *ex nunc*; decisione, questa, che aggraverebbe la posizione del terzo acquirente perché metterebbe in gioco i legittimari del donatario che, in caso di efficacia *ex nunc* della risoluzione, si aggiungerebbero o sostituirebbero a quelli del donante¹¹⁹.

Sul punto è stato però chiarito¹²⁰ che, quando il bene donato sia stato ritrasferito al donante a titolo gratuito dal donatario, a prescindere da ogni altra questione, non si fa luogo a riunione fittizia soprattutto “*perché il donatario non può essere chiamato a presentare il bene donato alla massa qualora lo abbia già restituito al de cuius durante la vita di questi. Se il legittimario trova il bene nel relictum, non può pretendere di calcolare due volte la legittima su di esso, una volta come bene relitto, un'altra volta come bene donato; se non lo trova perché il defunto (dopo averlo riottenuto) lo ha dissipato, non può pretendere di conseguire la legittima per equivalente pecuniario a carico del donatario*”.

Ulteriore profilo di problematicità della risoluzione consensuale attiene alle modalità attraverso cui si realizza l'intera operazione.

¹¹⁷ L'autonomia causale del contratto di mutuo dissenso rispetto al contratto eliminato sembra emergere nella decisione di Cass. 30 agosto 2005, n. 17503 in *Giust. civ. Mass.* 2005, fac. 10 secondo cui il mutuo dissenso realizza “*per concorde volontà, la ritrattazione bilaterale del contratto, che si concretizza in un nuovo contratto di natura solutoria e liberatoria, con contenuto eguale e contrario a quello del contratto originario, di cui neutralizza gli effetti*”.

¹¹⁸ CAPOZZI, *Mutuo dissenso*, cit., pag. 607 e ss.

¹¹⁹ IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro* in Studi in onore di Pietro Rescigno in *Riv. Notariato*, 1998, 6, pag. 1129 e ss.

¹²⁰ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria* cit., pag. 193.

Il fine pratico che le parti perseguono attraverso l'operazione è quello di risolvere il contratto per permettere all'originario donante di trasferire in tutta sicurezza il bene al terzo acquirente a titolo oneroso. Il terzo dovrà allora versare il corrispettivo al donante (ora venditore) il quale, a sua volta, dovrà ritrasferirlo all'originario donatario o con autonoma donazione, ed in tal caso l'intera operazione sarebbe stata inutile avendo i legittimari una nuova donazione da ridurre, ovvero consentendo al terzo di pagare direttamente al donatario nei cui confronti il donante dovrebbe lasciar prescrivere l'azione di restituzione, ponendo, in essere, così, una donazione indiretta di danaro che potrà sempre essere attaccata dai legittimari¹²¹.

Questi ulteriori inconvenienti si aggiungono a quelli innanzi citati e rendono la soluzione proposta di incerta applicazione.

2.3. Si è anche proposto di ricorrere alla risoluzione per inadempimento dell'onere prevista dall'art. 793, terzo comma, cod. civ., con efficacia retroattiva.

Il rimedio manifesta tuttavia evidenti limiti di carattere pratico poiché presuppone, oltre alla piena collaborazione del donante, che la donazione sia stata effettuata con onere a carico del donatario, che l'onere sia rimasto inadempito, che la risoluzione sia stata espressamente prevista nell'atto di donazione come richiesto dall'art. 793, terzo comma, cod. civ. e che il terzo acquirente sia disposto ad attendere il passaggio in giudicato della relativa sentenza di risoluzione che ha efficacia costitutiva non potendosi ottenere il medesimo effetto con atti di parte.

Non può, infatti, ipotizzarsi l'adozione di alcun congegno o clausola contrattuale che elimini la necessità della sentenza (es.: clausola risolutiva o condizione risolutiva) ovvero ne anticipi gli effetti (transazione), in considerazione della natura costitutiva che si riconosce alla sentenza stessa che non può perciò essere sostituita dall'autonomia privata.

La necessità della sentenza emerge inoltre dalla eccezionalità del rimedio che la legge prevede in caso di inadempimento dell'onere apposto ad una donazione che, ad avviso della prevalente interpretazione dottrinale, non costituisce risoluzione per

¹²¹ ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio* in *Contratto e impresa* 2007, pag. 947 e in [www.parerigiuridici .it/SaggioAngeloni.pdf](http://www.parerigiuridici.it/SaggioAngeloni.pdf).

inadempimento del contratto (art. 1453 cod.civ.)¹²².

2.4. Altro rimedio proposto è la riserva di disporre prevista dall'art. 790 cod. civ.¹²³ riferita ad una parte degli oggetti donati ovvero ad una determinata somma sui beni donati.

Nella prima ipotesi considerata dalla norma (es.: dono a mia nipote Tizio la mia biblioteca giuridica, ma mi riservo di disporre dei libri scritti da Santoro-Passarelli e da Nicolò o dei manoscritti di Caio oppure dono a mio nipote Tizio il fondo Tuscolano ma mi riservo di disporre del fabbricato insistente sul fondo sito a confine con la strada pubblica) si è in presenza di una donazione sottoposta a condizione risolutiva dell'atto limitatamente all'oggetto riservato. La condizione, ancorchè meramente potestativa e cioè dipendente dall'arbitrio del donante, è tuttavia eccezionalmente valida in quanto specificamente prevista dalla legge.

Negli esempi precedenti il trasferimento in favore del donatario avviene per tutti i beni oggetto della donazione ma, limitatamente ai libri scritti da Santoro-Passarelli e da Nicolò o al fabbricato confinante con la strada pubblica, è risolutivamente condizionato dalla riserva il cui esercizio li fa rientrare *ex tunc* nella sfera giuridica del donante.

Pertanto, la riserva di disporre non interferisce con il divieto dei patti successori per il semplice motivo che, attraverso l'esercizio di essa, i beni riservati tornano retroattivamente al donante il quale potrà trasferirli al terzo che non subirebbe i rischi connessi all'azione di riduzione.

Nella nuova disciplina, la riserva potrebbe essere limitata al ventennio utile al consolidamento della donazione che, qualora opposta dai legittimari attraverso la trascrizione dell'opposizione prevista dal quarto comma dell'art. 563 cod. civ., verrebbe esercitata per privare di ogni effetto l'opposizione compiuta attraverso il rientro dei beni nella sfera giuridica del donante.

Il maggior limite del rimedio attiene all'oggetto della riserva che per l'espressa previsione dell'art. 790 cod. civ., si estende ad "*un qualche*

¹²²TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, pag. 494.

¹²³ L'art. 790 cod. civ. dispone: *Quando il donante si è riservato la facoltà di disporre di un qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, tale facoltà non può essere esercitata dagli eredi*". Della riserva di disporre tratta diffusamente CARRABA, *Le donazioni mortis causa* in *Riv. notariato*, 2006, fasc. 6, pag. 1449 e ss.

oggetto” e quindi soltanto ad una parte di quanto donato.

La dottrina si è interrogata sull’astratta possibilità di estendere la riserva sino a ricomprendere l’intero oggetto della donazione ed ha fornito al quesito risposta negativa stante il carattere eccezionale della norma che limita la facoltà soltanto ad una parte dei beni donati; ha poi precisato che l’eventuale negozio che in formale ossequio alla lettera dell’art. 790 cod. civ. sia finalizzato soltanto ad eluderla (es.: dono a mio nipote mille euro e tre ville al mare riservandomi di disporre di questi ultimi tre beni) sarebbe nullo ai sensi dell’art. 1344 cod. civ.¹²⁴.

2.5. Altra soluzione adottata nella prassi notarile è quella di ricorrere ad una fideiussione diretta a garantire non già il pagamento di un debito, bensì l’obbligo di risarcimento dei danni derivanti dall’inadempimento del debitore principale (c.d. *fideiussio inademnitatis*).

In pratica si fa intervenire nell’atto di vendita il legittimario non donatario (o i legittimari non donatari o, come preferivano le banche, il donante) che si costituisce fideiussore del donatario nei confronti dell’acquirente per gli eventuali obblighi risarcitori che potrebbero derivare dall’evizione del bene in conseguenza dell’esercizio dell’azione di riduzione (che in definitiva, essi stessi o i propri aventi causa avrebbero dovuto proporre).

Il Tribunale di Mantova, con sentenza n. 228 del 24 febbraio 2011¹²⁵, ha dichiarato la nullità del contratto di fideiussione stipulato dal

¹²⁴ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* 1982 cit., pag. 820-821.

¹²⁵ In www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it/prova/files/ncr_successioni.pdf e in *Obbl. contr.*, 2011, pag. 463 e ss. con nota di SCHIAVONE.

Nel caso esaminato dal Tribunale, un signore, che in precedenza (con atto del 6 ottobre 1993) aveva donato al figlio un terreno agricolo con soprastanti fabbricati rurali (unico bene appartenente al donante), aveva (in data 13 dicembre 2000, due giorni prima che la Banca concedesse il mutuo di cui subito *infra*) prestato fideiussione (fino alla concorrenza di 3,5 miliardi di lire) a favore della Banca per l’adempimento di tutte le obbligazioni che dovessero in futuro sorgere per operazioni bancarie di qualsiasi natura che fossero sorte in capo al figlio (all’art. 3 del contratto di fideiussione era, fra l’altro, prevista la solidarietà e indivisibilità dell’obbligazione fideiussoria nei confronti dei successori e aventi causa del fideiussore).

Morto il *de cuius*, la Banca aveva inviato alla moglie dello stesso una lettera così concepita: *...Le comunico che il defunto ha rilasciato in favore della Banca Agricola Mantovana fideiussione sino alla concorrenza di Lire italiane 3.500.000.000 a garanzia di tutte le obbligazioni del figlio M.G.. Conseguentemente, qualora Le venisse riconosciuta la qualifica di erede, con tutti i suoi beni già presenti nel suo patrimonio e rinvenienti dalla successione, Lei dovrà rispondere (nel limite predetto) di tutte le obbligazioni di Suo figlio, ivi comprese quelle già esposte nell’esecuzione 184/2004 indicata in € 1.904.652, 56 oltre interessi.*

Il Tribunale di Mantova — adito dalla moglie del *de cuius* — ha ritenuto la fideiussione nulla ex art. 1344 cod.civ. (contratto in frode alla legge), in quanto il patto di garanzia è

donante in quanto in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., perché in contrasto con l'art. 549 cod. civ.

Difatti, la garanzia del *de cuius* che dopo il decesso si trasferisce agli eredi, costituisce peso o condizione apposto sulle quote dei legittimari perché costringe costoro a garantire il terzo dalle conseguenze dell'azione di riduzione che essi stessi avrebbero proposto e ad eludere il principio di intangibilità della legittima.

Qualora invece fossero gli altri legittimari a prestare la fideiussione, si sarebbe in presenza di un vero e proprio patto successorio rinunciativo che, sebbene non formalmente tale, avrebbe in sostanza ad oggetto la rinuncia, preventiva, all'azione di riduzione vietata dall'art. 557, secondo comma, cod. civ..

In altri termini, attraverso la fideiussione, i legittimari non donatari si privano di ogni interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.) in riduzione e in restituzione nei confronti del donatario e dei terzi acquirenti poiché ciò che recuperano corrisponde esattamente al danno che il donatario o il terzo acquirente subisce per effetto del positivo esperimento delle azioni di riduzione e restituzione; danno che i legittimari stessi sarebbero tenuti a risarcire in dipendenza della garanzia prestata. Perciò, il risultato che si produce attraverso l'illustrato congegno è esattamente lo stesso che si raggiungerebbe in caso di rinuncia preventiva all'azione di riduzione¹²⁶.

2.6. Altro rimedio proposto da una dottrina¹²⁷ consiste nella novazione della originaria donazione in vendita.

teso ad eludere il principio di intangibilità della quota legittima, principio che si desume incontestabilmente dalla norma imperativa di cui all'art. 549 cod.civ. Ne consegue la nullità ex art. 1418 cod.civ.

A questa conclusione i giudici del Tribunale di Mantova sono pervenuti dopo aver accertato : 1) che la banca aveva erogato (in data 15 dicembre 2000, due giorni dopo la prestazione della fideiussione) un mutuo per l'importo di Lire italiane 3.500.000.000, garantito da ipoteca sui beni del figlio (tra cui l'immobile di provenienza donativa di cui sopra); 2) che la stessa Banca aveva riconosciuto che il mantenimento del credito a M.G. era subordinato alla condizione di avere ulteriori garanzie, più sicure di quelle costituite su beni di provenienza donativa; 3) che, del resto, tali ulteriori garanzie non potevano individuarsi nel patrimonio del donante-fideiussore, il quale — dopo la donazione al figlio — era diventato nullatenente, e viveva dei proventi della sua modesta pensione; 4) che in tale contesto la funzione della fideiussione non può essere altra se non quella di dissuadere il legittimario dall'intentare in futuro l'azione di riduzione che gli possa competere. Invero, in un caso come quello di specie il legittimario erede si troverebbe nell'asse ereditario il debito di garanzia del *de cuius* e, come è stato osservato, tanto dovrebbe valere ad indurlo ad evitare di proporre l'azione di riduzione perché l'effetto di incremento del patrimonio risultante dal suo vittorioso esperimento sarebbe vanificato dal debito.

¹²⁶ IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro* in *Riv. notariato*, 1998, fasc. 6, pag. 1129.

¹²⁷ Il rimedio è stato elaborato da ANGELONI, *Nuove cautele cit.*, in *Contratto e impresa* 2007, pag. 947 e riproposto nel saggio *Ancora sulla novazione della donazione in vendita*:

Secondo l'indicata tesi, la novazione (art. 1230 e ss. cod. civ.) è applicabile oltre che alle obbligazioni, anche al contratto¹²⁸, conformemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza¹²⁹, e consiste, nella fattispecie proposta, in una modificazione del titolo (cd. novazione causale) che la dottrina riconosce pienamente ammissibile¹³⁰.

Si tratta, cioè, della sostituzione, all'originaria causa della donazione (arricchimento del patrimonio del donatario per spirito di liberalità), di quella della vendita (scambio di cosa o diritto verso il corrispettivo di un prezzo). Quando, infatti, le parti dell'originario contratto di donazione concordano nel pattuire un corrispettivo dell'attribuzione

optima repetita iuvant? in *Dir. Giust. Quotidiano on line* del 4 ottobre 2013; PETRELLI, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione – nota a Tribunale Avellino 31 maggio 2012*, in *Riv. Notariato* 2012, fasc. 4, pag. 968 e ss. ritiene che la novazione causale costituisca “l'uovo di Colombo”: una soluzione semplice e lineare, che risolve in modo efficiente il problema della circolazione giuridica successiva in presenza di titolo di provenienza donativo, senza pregiudicare alcun interesse meritevole di tutela. Precisa che è stato scarsamente utilizzato sia perché la dottrina lo ha elaborato soltanto recentemente, sia per le difficoltà frapposte — sul piano pubblicitario — dalla rigida posizione tradizionale, che ammette alla pubblicità immobiliare soltanto le vicende effettuali espressamente contemplate dalla legge. Nel caso della sentenza annotata, il Conservatore aveva rifiutato la trascrizione di una novazione causale avente ad oggetto la modifica di una precedente donazione intercorsa tra le parti in vendita. Il Tribunale di Avellino, a seguito di reclamo dell'interessato, con pronuncia adottata collegialmente ed in camera di consiglio (art. 113 *ter* disp. Att. cod. civ.), aveva ordinato la trascrizione in applicazione di quel “diritto vivente” che ritiene non eccezionali e non tassative le ipotesi di trascrizione (e di pubblicità legale) in forza di una interpretazione sistematica, analogica e costituzionalmente orientata (tra le altre, Cass. S.U. 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur. It.*, 2007, col. 937; Cass. 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Corr. giur.*, 2004, pag. 471; Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 111, in *Giust. Civ.*, 1995, I, pag. 1420; Corte Cost. 15 marzo 2002, n. 57, in *Foro It.*, 2003, I, col. 1669; Corte Cost. 21 ottobre 2005, n. 394, in *Giust. Civ.*, 2006, I, pag. 1131; Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 318, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, pag. 918, con nota di BIZZARRO).

¹²⁸ Così BIANCA, *Diritto civile, 4. L'obbligazione*, Milano, 1990, pag. 455 e ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1950, pag. 441 e ss. che in nota 38 afferma la validità della “*renovatio contractus con la quale si sostituisce un negozio ad un altro nel regolare lo stesso rapporto*”.

¹²⁹ Con riferimento al contratto di locazione citare bene in corsivo la rivista e il numero di pagine: Cass. 18 gennaio 1982, n. 326 in *Mass. Foro It.* 1982; Cass. 17 dicembre 1985, n. 6412 in *Foro It.* 1986, I, col. 1582; Cass. 8 settembre 1987, n. 7227 in *Archivio locazioni*, 1988, pag. 75; Cass. 7 luglio 1997, n. 6145 in *Foro It.* 1997, I, col. 3209; Cass. 25 novembre 2003, n. 17913 in *Contratti* 2004 con nota di MANGIALARDI; con riferimento al contratto di affitto di fondi rustici: Cass. 26 agosto 1985, n. 4544 in *Giur. Agr. It.* 1986, pag. 26 con nota di FERRETTI; con riferimento al contratto di loro subordinato: Cass. 21 maggio 1982, n. 3129 in *Mass. Foro It.* 1982; Cass. 11 luglio 1989, n. 3266 in *Riv. It. Dir. Lav.* 1990, II, pag. 195 e ss. con nota di MARIANI.

¹³⁰ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Padova 2004, pag. 110; BIANCA, *Diritto civile*, 4, cit. pag. 449 e ss. per il quale “*la diversità del titolo deve intendersi come diversità del titolo sostanziale, ossia della causa dell'obbligazione. La causa dell'obbligazione si identifica nella causa del contratto, e l'obbligazione novata ha un “titolo diverso” quando la causa del contratto novativo non è riconducibile a quella del precedente rapporto (es.: l'obbligo di pagare una somma di denaro per canoni anticipati di locazione si converte in obbligo di pagare il prezzo dell'immobile)*”.

patrimoniale in passato attuata per spirito liberale (anche retroattivamente, nei loro rapporti interni), il patrimonio del donante si arricchisce del corrispettivo pattuito, e i legittimari non hanno, in linea di principio, di che dolersi.

Eventuali abusi possono essere sempre sanzionati con gli strumenti previsti dall'ordinamento (azione di nullità per frode alla legge, azione revocatoria, azione di simulazione, eccetera.).

Secondo l'autore del rimedio, se è ammessa la novazione causale dei contratti ad effetti obbligatori, deve essere possibile anche quella dei contratti ad effetti reali di cui all'art. 1376 cod. civ. nei quali il trasferimento avviene sulla base del solo principio consensualistico e cioè per effetto della sola volontà manifestata dalle parti prescindendo dall'obbligo della *traditio*.

In questi casi, il contratto ad effetti reali altro non è che un contratto ad effetti obbligatori in cui l'obbligazione di consegnare non è contemplata perchè sorge e si estingue in un unico momento¹³¹.

Ammessa così la possibilità di novare la donazione (che costituisce contratto consensuale), la dottrina in esame conclude nel senso che il donatario conserverà la titolarità dei diritti a suo tempo donati ma non più in base alla causa donativa, quanto in base a quella della vendita.

Gli effetti derivanti dalla novazione, trattandosi di sostituzione della causa, saranno retroattivi ancorchè sarebbe bene che le parti, a cui l'autore del rimedio riconosce il potere di stabilire la retroattività o meno degli effetti del negozio concluso¹³² facciano a ciò specifico riferimento nell'atto novativo.

Diversamente dai rimedi precedenti ed in particolare dalla risoluzione consensuale e dalla riserva di disporre, attraverso la novazione, la parte che trasferisce il bene al terzo non è l'originario donante, bensì il donatario che, divenuto (retroattivamente) acquirente e perciò titolare di un titolo di proprietà diverso dalla donazione, può trasferire il bene al terzo in assoluta sicurezza.

Una volta stipulata la novazione e modificato il titolo da donazione in

¹³¹ CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Vol. 9, 1984, pag. 87: "l'effetto reale viene ad occupare il luogo che spetterebbe all'obbligazione a produrlo, come se tale obbligazione fosse sorta ed estinta in modo soddisfattivo in unico baleno".

¹³² A conforto dell'affermazione riportata nel testo, nel saggio *Ancora sulla novazione della donazione in vendita* cit., in *Dir. Giust. Quotidiano on line* del 4 ottobre 2013; ANGELONI richiama Cass. 7 dicembre 2000, n. 15530 in *Archivio locazioni*, 2001 pag. 551 e Cass. 18 novembre 2005, n. 24444 in *Fisco* 2005, pag 7129 secondo cui *nell'esercizio della loro autonomia privata le parti possono far retroagire gli effetti del contratto*.

vendita, il donatario divenuto *ex tunc* acquirente sarà tenuto a pagare il prezzo al donante (ora primitivo venditore) che, suggerisce l'autore del rimedio, non dovrà essere di favore per evitare possa configurarsi un negozio misto o una donazione indiretta tali da non escludere gli inconvenienti che la novazione tende ad evitare.

La somma versata dovrà essere restituita dal donante-venditore al donatario-acquirente perché la novazione è finalizzata soltanto a consentire al donatario di vendere in assoluta sicurezza e, a tal fine, l'indicata dottrina ritiene che il donante-venditore dovrà trasferirlo al donatario attraverso nuova donazione di danaro che sarebbe esposta a rischio di riduzione.

In sede di novazione o successivamente, conclude l'autore, le parti non dovrebbero ricorrere a strumenti alternativi per beneficiare il donatario, quali una remissione del debito o il lasciar trascorrere il termine decennale per esigere il prezzo perché gli indicati comportamenti sarebbero fortemente sintomatici di simulazione e non ostacolare, perciò, la riduzione della primitiva donazione.

L'esposta soluzione è stata criticata da altra dottrina¹³³ sulla base di diversi argomenti.

In primo luogo, ha osservato, la novazione del contratto può riguardare soltanto contratti fonte di rapporti obbligatori di durata (locazioni, contratti di lavoro, eccetera) e non contratti consensuali come la donazione.

La sostituzione, cui fa riferimento l'art. 1230 cod. civ., rappresenta un concetto che sintetizza un contestuale effetto estintivo di una preesistente situazione giuridica soggettiva e costitutivo di una nuova obbligazione¹³⁴. Ne deriva che una vicenda modificativa che prescindendo dall'effetto estintivo della precedente obbligazione non è compatibile con la novazione potendosi discorrere di modificazione soltanto a condizione che gli elementi nuovi risultino tali da non trasformare la struttura del precedente rapporto¹³⁵.

In aggiunta, l'indicata dottrina contesta alla radice il potere delle parti

¹³³ AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa* in www.notaioricciardi.it.

¹³⁴ PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*. Art. 1230-1259 in Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, pag. 66 e ss. il quale afferma che "l'effetto novativo esprime una sintesi verbale dei due effetti (estinzione e costituzione) corrispettivi, logicamente contemporanei e coessenziali"; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1949 pag. 273 e 695 definisce la novazione "vicenda annientatrice del rapporto giuridico".

¹³⁵ CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione negozio modificativo* in *Giust. Civ.* 1957, I, pag. 847 e ss.

di poter riqualificare il contratto di donazione sul rilievo che, una volta che queste hanno disposto in ordine al regolamento dei propri interessi, la qualificazione del negozio è di competenza esclusiva della legge e, in caso di conflitto tra le parti, del giudice chiamato ad applicarla.

In dipendenza dei dubbi citati, anche l'esposta soluzione non appare idonea a garantire la certezza del trasferimento del bene.

2.7. Altra soluzione adottata nella prassi è rappresentata dalla stipulazione di una polizza assicurativa con la quale il donatario alienante garantisce al terzo acquirente l'adempimento della sua eventuale obbligatoria risarcitoria, eventualmente in misura equivalente a quanto questi, riscattando il bene (art. 563, terzo comma, cod. civ.), sarà tenuto a versare al legittimario.

La soluzione era, almeno prima della riforma, scarsamente utilizzata per i notevoli costi connessi alla prestazione di una garanzia di durata incerta e tanto più onerosa quanto minore fosse stata l'età del donante. Nuovi spiragli per il contenimento dei costi si aprono per effetto dell'introduzione legislativo del diritto di rinunciare¹³⁶ all'opposizione.

In tal caso, ove i parenti in linea retta del donante e il coniuge rinuncino ad opporsi alla donazione, la garanzia potrà essere limitata a "soli" venti anni dalla trascrizione o, considerato che l'acquisto del terzo è normalmente successivo alla donazione, al minor periodo intercorrente tra la data di acquisto del terzo ed il ventennio dalla trascrizione della donazione utile a consolidare l'atto.

Pertanto, nonostante la rinuncia all'opposizione non equivalga a rinuncia alla riduzione e non possa escludersi, in caso di decesso del donante nei venti anni dalla trascrizione, la proposizione della domanda di riduzione da parte del legittimario che aveva rinunciato ad opporsi alla donazione, il terzo acquirente resterà adeguatamente garantito dalla polizza fideiussoria.

Allo stato è perciò abbastanza agevole ipotizzare che contestualmente alla vendita al terzo, il donatario consegnerà all'acquirente la polizza fideiussoria prestata da una banca o da una compagnia assicurativa

¹³⁶ Art. 563, quarto comma cod. civ.: *“Salvo il disposto del numero 8) dell'articolo 2652, il decorso del termine di cui al primo comma e di quello di cui all'articolo 561, primo comma, è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. Il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile. L'opposizione perde effetto se non è rinnovata prima che siano trascorsi venti anni dalla sua trascrizione”*.

con cui è garantito il pagamento dell'indennità della somma di riscatto in caso di proposizione dell'azione di riduzione e restituzione¹³⁷.

¹³⁷ CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobiliari donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione* in *Contratto e impresa*, pag. 1086 e ss.

§3. *Ratio* e disciplina intertemporale della riforma

In un contesto normativo che rende rischioso l'acquisto di beni di provenienza donativa, si inseriscono, senza risolvere i problemi segnalati, le riforme degli artt. 561 e 563 cod. civ. del 2005 e del 2006 (istituzione del patto di famiglia) finalizzate a rendere meno rigido il sistema: in termini generali la prima e limitatamente al settore dell'impresa e delle partecipazioni societarie la seconda¹³⁸.

Va premesso che con gli artt. 13 e seguenti della L. 18 ottobre 2001, n. 383, il legislatore abolì l'imposta sulle successioni e donazioni (poi ripristinata nel 2006 con la L. n. 286/96 e L. n. 296/2006 – Finanziaria per il 2007) causando in quegli anni un utilizzo quasi anomalo del contratto di donazione a cui si ricorreva non soltanto per le tradizionali trasmissioni immobiliari, ma anche per altre fattispecie, tra cui la donazione dell'azienda da padre a figlio, da marito a moglie sino a quella dall'imprenditore alla società formata dai membri della famiglia.

Non sembra che il legislatore del 2001 avesse adeguatamente considerato alcune peculiarità del contratto di donazione e, in particolare, la sua incidenza in ambito successorio e, specificamente, la tutela che il codice accorda al legittimario a cui è permesso proporre l'azione di riduzione e, all'occorrenza, di restituzione anche nei confronti dei terzi acquirenti, soltanto successivamente al decesso del donante.

Così, tutti i trasferimenti avvenuti per donazione (e soprattutto il gran numero di quelli incentivati dalla detassazione del 2001), risultavano, secondo le regole all'epoca vigenti, altamente "pericolosi" per la loro precarietà ed esposti ad azione di riduzione che il legittimario avrebbe potuto proporre dopo la morte del donante.

Si rendeva allora particolarmente urgente un intervento legislativo concretizzatosi nel cosiddetto decreto competitività del 2005 (D.L. n. 35/2005 conv. con L. n. 80/2005) che, oltre ad apportare, tra l'altro, rilevanti modifiche al processo esecutivo, alla procedura fallimentare e al rito ordinario, ha specificamente individuato all'art. 2 comma 4-

¹³⁸ TASSINARI, *Problemi d'attualità. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari* in *Giur. comm.*, 2006, fasc. 5, pag. 808 e ss. precisa che prima che nel nostro ordinamento giuridico fosse introdotto il patto di famiglia, non c'era modo di garantire stabilità al passaggio generazionale dell'azienda ostandovi il divieto dei patti successori che non avrebbe consentito una rinuncia preventiva all'esercizio dell'azione di riduzione da parte degli altri legittimari.

novies, lett. a), D.L. n. 35/2005 la ragione della modifica che ha interessato gli artt. 561 e 563 cod. civ. : ”agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito” conformemente alla preoccupazione manifestata nella relazione di accompagnamento alla legge n. 80/2005 in cui si legge “*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*”.

La riforma, definita “miniriforma” perché ha deluso le più ampie aspettative in essa riposte, può idealmente essere suddivisa in due parti, ciascuna della quali si occupa di un “interesse”.

Nella “prima parte” il legislatore, per favorire la circolazione degli immobili di provenienza donativa, ha previsto (art. 563, primo comma, cod. civ.) che decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, i terzi acquirenti di beni donati non sono più esposti all’azione di restituzione che il legittimario avrebbe potuto proporre nei loro confronti secondo la disciplina previgente.

Ciò equivale a dire che è stato introdotto un termine ventennale, prima non previsto, il cui il decorso consolida la donazione e garantisce agli aventi causa dai donatari – conformemente alla *ratio legis* – la più ampia certezza di non essere esposti ad un futura azione di restituzione proposta dal legittimario leso o pretermesso.

L’innovazione è estremamente significativa perché nella disciplina *ante* riforma la data di trascrizione della donazione non assumeva alcuna rilevanza giuridica non essendo previsto alcun termine di consolidamento dell’atto.

Nella disciplina anteriore al 2005, difatti, il terzo acquirente era esposto all’azione di restituzione per un periodo indefinito e lunghissimo, non conoscibile a priori e variabile in funzione dell’età del donante.

Con riferimento agli atti formalmente donativi o dissimulanti una donazione, durante la vita del donante il legittimario versava in una situazione di aspettativa di mero fatto¹³⁹: non poteva né “ratificare” le donazioni attraverso rinuncia all’azione di riduzione stante il divieto dei patti successori, né impugnarle per lesione della sua quota legittima, magari previa dichiarazione di simulazione, perché, come osservato, ogni questione in ordine ai successibili, al valore delle

¹³⁹ Cfr. *infra*, particolarmente §4.1.

quote ereditarie e ai conteggi doveva essere effettuata soltanto dopo il decesso del donante.

Gli indicati aspetti sono rimasti invariati e non incisi dalla riforma perchè anche attualmente il legittimario può agire in riduzione e restituzione nei confronti del donatario o del terzo soltanto dopo il decesso del donante, entro il termine di prescrizione ordinaria decennale decorrente dalla data di apertura della successione.

La novità assoluta e l'elemento più rilevante e qualificante della riforma del 2005 è l'introduzione di un meccanismo che nel concorso di determinate circostanze (rinuncia o mancata opposizione alla donazione da parte dei legittimari) permette, durante la vita del donante, di stabilizzare l'atto, precludere l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti e far salvi i pesi e vincoli apposti dal donatario sui beni sia pure dopo il necessario decorso di un periodo non breve (venti anni).

Fermo restando quanto previsto dal n. 8 dell'art. 2652 cod. civ. e cioè che la trascrizione della domanda di riduzione effettuata dopo dieci anni dall'apertura della successione non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda¹⁴⁰, il decorso dei venti anni produce:

- a) la stabilità dell'atto di donazione nel senso che al legittimario è preclusa l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente (art. 563, primo comma, cod. civ.):
- b) in caso di positivo esperimento delle azioni di riduzione e di restituzione nei confronti del donatario, purchè la domanda sia stata proposta nei dieci anni dall'apertura della successione, la salvezza dei pesi e vincoli sui beni donati apposti dal donatario il quale sarà tenuto a compensare il legittimario del minor valore del bene restituito (art. 561, primo comma, cod. civ.).

Con questa seconda innovazione dell'art. 561 cod. civ., altrettanto significativa, il legislatore ha voluto far venir meno quel grave inconveniente *ante* riforma prodotto dall'efficacia retroattiva dell'azione di riduzione che faceva venir meno tutti i vincoli e pesi apposti dal donatario, causa di quella sterilizzazione dei beni donati a cui si è già accennato direttamente imputabile al fatto che nessuna banca accettava garanzie ipotecarie prestate su immobili di provenienza donativa suscettibili di essere poste nel nulla.

¹⁴⁰ Cfr., sull'art. 2652, n. 8 cod. civ., *infra* §4.3.

Nella “seconda parte” della riforma il legislatore si occupa del contrapposto interesse dei legittimari che, secondo la previgente disciplina, durante la vita del donante non potevano agire nei confronti del donatario o dei terzi acquirenti.

Per riequilibrare la previsione del termine ventennale che inizia a decorrere quando il donante è in vita, il legislatore ha attribuito al legittimario uno strumento capace di incidere sul decorso del termine: l’opposizione alla donazione e cioè un diritto potestativo a carattere personale e rinunciabile che produce la sospensione del termine ventennale, parte qualificante ed essenziale della riforma.

L’indicata scelta legislativa ha perciò soltanto attenuato quell’eccesso di tutela già garantita ai riservatari che si rifletteva negativamente sulla circolazione dei beni di provenienza donativa perché il legittimario che intende evitare il consolidamento della donazione – effetto che consegue *ipso iure* al decorso dei venti anni dalla relativa trascrizione - ha solo l’onere, peraltro non eccessivamente difficoltoso, di notificare e trascrivere l’atto di opposizione e, eventualmente, prima della scadenza del ventennio dalla primitiva notifica e trascrizione, qualora il donante sia ancora in vita, di rinnovare l’opposizione con le medesime modalità.

La proposizione dell’opposizione sospende, per chi la propone, il termine dei venti anni per il consolidamento della donazione ed il relativo esercizio vanifica completamente la “prima parte” della riforma perché preserva al legittimario il diritto di agire utilmente, dopo la morte del donante, in riduzione e restituzione nei confronti di un improbabile terzo acquirente¹⁴¹.

Le differenze tra la precedente disciplina e quella attuale vengono evidenziate nell’esempio che segue.

Un padre effettua una donazione al figlio nel 2006 e muore nel 2030, dopo 24 anni dalla donazione. La moglie, lesa nella sua quota legittima, propone vittoriosamente nei dieci anni dall’apertura della successione, l’azione di riduzione nei confronti del figlio, ma il patrimonio del figlio non è più sufficiente a soddisfare il suo credito perché, nel frattempo, questi ha trasferito la proprietà a terzi.

Nello stesso esempio, è possibile che il figlio, anziché trasferire il bene a terzi, costituisca un usufrutto a favore di terzi o iscriva una ipoteca sui beni a garanzia di un mutuo e la madre eserciti

¹⁴¹ La trascrizione dell’opposizione costituirà sicuramente notevole deterrente alla circolazione successiva del bene.

vittoriosamente l'azione di riduzione.

Nella precedente disciplina non era previsto il termine ventennale e così, una volta accertata l'incapienza del patrimonio del donatario, la moglie del *de cuius* avrebbe potuto recuperare il bene nei confronti dei terzi acquirenti sperando l'azione di restituzione (art. 563 cod. civ.); altrettanto avrebbe potuto fare nei confronti del figlio senza che l'usufruttuario o il creditore ipotecario avessero potuto opporre l'esistenza dei vincoli costituiti dal donatario (art. 561 cod. civ.).

Nell'attuale disciplina ciò non è più possibile perché, nell'esempio prospettato, dalla data di trascrizione della donazione rispetto a quella di proposizione della domanda giudiziaria, sono trascorsi i venti anni introdotti dalla riforma del 2005 e, di conseguenza, la madre non potrà più esperire azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti e i vincoli apposti dal donatario resteranno salvi anche se questi sarà tenuto a compensare in danaro la madre in ragione del conseguente minor valore dei beni.

Le descritte novità, di notevole impatto, sono state però neutralizzate dalla facoltà riconosciuta al legittimario di sospendere il termine ventennale (art. 563, quarto comma cod. civ.).

Dalla valutazione complessiva della riforma si ricava che il legittimario potrà continuare a proporre alle medesime condizioni anteriori alla riforma l'azione di restituzione e di riduzione purchè, donante in vita, notifichi e trascriva l'opposizione prevista dal quarto comma dell'art. 563 cod. civ.

Nel testo degli artt. 561, primo comma, cod. civ. e 563, primo comma, cod. civ., come modificato dalla L. n. 80 del 2005, il termine ventennale aveva una diversa decorrenza: mentre nella fattispecie dell'art. 561 cod. civ., andava computato dalla "*trascrizione della donazione*", in quella dell'art. 563 cod. civ., decorreva "*dalla donazione*".

L'unificazione del *dies a quo* è stata disposta in via legislativa attraverso l'intervento correttivo della Legge 28 dicembre 2005, n. 263¹⁴² che ha stabilito che anche nell'ipotesi dell'art. 563 cod. civ., il termine decorre "*dalla trascrizione della donazione*".

¹⁴² Pubblicata nella G.U. n. 301 del 28.12.2005, recante interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con il decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, nonché ulteriori modifiche al codice di procedura civile e alle relative disposizioni di attuazione, al regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, al codice civile, alla legge 21 gennaio 1994, n. 53, e disposizioni in tema di diritto alla pensione di reversibilità del coniuge divorziato

Anteriormente alla modifica normativa si erano formati tre diversi orientamenti dottrinali.

Secondo una prima opinione¹⁴³ la previsione legislativa doveva essere intesa come un mero refuso intervenuto in sede di recepimento, all'interno del *maxi-emendamento* del Governo, dell'emendamento n. 2100 approvato dalla Commissione Bilancio del Senato il 21 aprile 2005, ove invero si faceva riferimento alla data di trascrizione della donazione e, di conseguenza, il termine non poteva che decorrere dalla data di trascrizione..

Diversi autori¹⁴⁴ pervenivano alla medesima conclusione sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata ed affermavano che anche alla fattispecie prevista dall'art. 563 cod. civ. dovesse applicarsi il medesimo *dies a quo* previsto dall'art. 561 cod. civ..

Un terzo orientamento¹⁴⁵, invece, valorizzando il dato letterale, sosteneva che le due ipotesi dovessero essere differenziate in considerazione del diverso *dies a quo* previsto *ex lege*.

L'intervento correttivo di dicembre 2005, pur non apportando alcuna modifica all'impianto originario, ha avuto il merito di risolvere alcune incertezze applicative: ha stabilito che il termine ventennale, anche nella fattispecie dell'art. 563 cod. civ., va computato con decorrenza dalla trascrizione della donazione ed ha inoltre individuato chiaramente il soggetto nei cui confronti va trascritta l'opposizione.

Nel rinviare ai successivi paragrafi la disamina delle caratteristiche dell'atto di opposizione, appare utile stabilire preliminarmente a quali donazioni si applichi la riforma: se cioè soltanto a quelle successive alla data di entrata in vigore della novella (15 maggio 2005) ovvero anche a quelle precedenti.

Dalla soluzione discendono conseguenze di notevole rilievo pratico perché mentre nel primo caso la riforma risulterebbe sostanzialmente inefficace e perciò inutile non potendo contribuire a risolvere gli attuali problemi di limitazione della circolazione derivanti da

¹⁴³ LANDINI, *Modifiche in tema di riduzione delle donazioni introdotte dalla L. n. 80 del 2005*, in *Foro It.*, 2005, V, col. 152.

¹⁴⁴ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatori: prime riflessioni sulla legge n. 80/2005*, in *Riv. notariato* 2005, fasc. 4; pag. 773 e ss.; DE FRANCISCO, *Nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁵ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*; in *StudiumJuris* 2005, pag. 1138 e ss.; GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in *Giust. civ.*, 2006, 1 cit., pag. 3 e ss.

pregresse donazioni, perché la nuova disciplina andrebbe a regime soltanto dal 15 maggio 2025, al prodursi degli effetti della mancata opposizione, nel secondo, invece, avrebbe una sua attuale utilità e la mancata opposizione – seppur all’epoca non prevista – acquisterebbe una rilevanza per le azioni di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti proposte e proponibili dal 15 maggio 2005.

E’ questo il principale problema di diritto transitorio che la L. n. 80/2005 non ha risolto e a cui il progetto di legge n. 4809 presentato dai deputati Pepe e Cilluffo in data 30 novembre 2011¹⁴⁶ intende dare soluzione positiva attraverso interpretazione autentica dell’art. 563 cod. civ. che espressamente sancisca l’applicabilità del termine ventennale anche alle donazioni trascritte in data anteriore a quella di entrata in vigore del decreto legge n. 35 del 2005.

La giurisprudenza non ha avuto ancora modo di pronunciarsi sul tema e possono perciò esaminarsi soltanto le tre diverse soluzioni elaborate dalla dottrina:

- a) la nuova legge dispone per il futuro e non si applica alle donazioni stipulate prima del 15 maggio 2005; andrà, pertanto, a regime solo dal 15 maggio 2025;
- b) la nuova legge si applica solo alle successioni aperte dal 15 maggio 2005 e alle donazioni precedenti e successive la data di entrata in vigore della legge;
- c) la nuova legge si applica a tutte le successioni, aperte sia prima che dopo il 15 maggio 2005 e a tutte le donazioni, senza alcuna esclusione dipendente dalla data della loro trascrizione, ad eccezione delle domande di riduzione già proposte alla data del 15 maggio 2005.

Il primo orientamento¹⁴⁷, in applicazione del principio di irretroattività (art. 11 preleggi) secondo cui le leggi dispongono per l’avvenire, afferma che la novella andrà a regime soltanto dal 15 maggio 2025 (venti anni successivi alla sua entrata in vigore); pertanto, le nuove disposizioni, in difetto di disciplina transitoria, sono inapplicabili a

¹⁴⁶ Su cui, *infra*, Cap. III, §2.

¹⁴⁷ DE FRANCISCO, *Nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione* cit. pag. 7 e ss.; MARICONDA, *L’inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c. in Corriere Giur.* 2005, pag. 1178 e ss.; IEVA, *Circolazione e successione mortis causa* in *Riv. Notariato*, 2012, fasc. 1, pag. 551 e ss.; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., pag. 1132 e ss.; BARALIS, *Riflessioni sull’atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell’art. 563 c.c. in Riv. Notariato* 2006, pag. 279 e ss.; CARLINI UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss., sostengono l’irretroattività ma non negano che profili ricostruttivi sistematici e lo spirito sotteso alla riforma indurrebbero a concludere in senso opposto.

qualunque donazione stipulata in data anteriore al 15 maggio 2005 con riferimento alle quali il termine ventennale non può che iniziare a decorrere dall'entrata in vigore della nuova legge.

Con la riforma del 2005, sostengono i fautori dell'orientamento in esame, i legittimari si ritroverebbero in un contesto normativo del tutto diverso da quello precedente che assicurava loro la possibilità di attendere la morte del donante e l'apertura della sua successione per potere agire in riduzione (contro i donatari) e poi in restituzione (contro i donatari stessi ovvero contro i loro aventi causa) a tutela dell'intangibilità della propria quota di legittima.

Così, facendo affidamento sulla disciplina previgente, un'applicazione immediata della riforma li penalizzerebbe ingiustamente privandoli retroattivamente del diritto di agire in restituzione nei confronti dei terzi per non aver posto in essere, del tutto incolpevolmente, una opposizione che la precedente disciplina non prevedeva.

Ad avviso di questa dottrina, una contraria interpretazione non si sottrarrebbe a censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost. in quanto determinerebbe una disparità di trattamento tra legittimari *ante* riforma che confidavano nella incondizionata possibilità di agire in restituzione, nel concorso dei diversi requisiti, dopo il decesso del donante e quelli *post* riforma che già sanno che, per preservare tale diritto, hanno necessità di opporsi alla donazione.

La disparità risulterebbe ancor più marcata nel caso di donazioni anteriori al 15 maggio 1985 rispetto alle quali si verificherebbe anche una lesione del diritto di agire (art. 24 Cost.) del legittimario il quale avrebbe irrimediabilmente perso, prima ancora di poterlo esercitare (art. 2935 cod. civ.), quel diritto di opporsi entro il ventennio dalla trascrizione della donazione introdotto da una legge entrata in vigore soltanto dopo lo spirare dell'indicato termine.

Di qui la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata della novella che nell'allineare tutte le situazioni alla data della sua entrata in vigore (15 maggio 2005), è la sola idonea a garantire il superamento della disparità di trattamento tra legittimari che possono ancora giovare del diritto di opporsi rispetto a quelli che lo hanno perso senza averlo mai acquisito.

Il necessario riallineamento alla data di entrata in vigore della legge, quale conseguenza della sua irretroattività, consente di superare anche l'ulteriore disparità di trattamento prodotta dalla riforma tra quei legittimari che, pur potendo ancora avvalersi dell'opposizione,

preservano il diritto in termini differenziati per effetto delle diverse date di trascrizione della donazione.

Tuttavia, secondo l'orientamento dottrinale in esame, la riforma, ancorchè spieghi effetti per il futuro, non impedisce il prodursi di taluni effetti giuridici anche su donazioni precedenti ben potendo, ad esempio, i legittimari rinunciare all'opposizione consentendo così con il decorso dei venti anni il consolidamento della donazione.

Il secondo orientamento¹⁴⁸, prende le mosse dall'art. 135 disp. trans. cod. civ.¹⁴⁹ che, con riferimento alle domande di riduzione, stabilisce che le norme contenute nel libro *Delle successioni* sono applicabili anche alle donazioni anteriori alla data di entrata in vigore del predetto libro (21 aprile 1940).

Già in precedenza, con riferimento all'azione di riduzione, una riforma della normativa sulle donazioni fu estesa dal legislatore anche alle donazioni pregresse, attraverso la previsione di retroattività inserita nelle disposizioni di attuazione del codice civile (art. 135) e ciò, ad avviso della dottrina in esame, farebbe pensare, in via analogica, che anche l'attuale riforma apportata dalla L. n. 80/2005 debba estensivamente applicarsi alle donazioni per le quali non siano trascorsi i venti anni dalla trascrizione..

L'art. 135 disp. trans. cod. civ. valorizza non la data della donazione, bensì quella dell'apertura della successione, perché prima di tale momento il legittimario non ha alcun diritto soggettivo ma soltanto una aspettativa di mero fatto ad agire in riduzione.

Non avendo perciò maturato, prima dell'indicato momento alcun diritto quesito, eventuali sopravvenute modifiche normative, anche *in peius*, sarebbero insuscettibili di ledere una sua qualunque posizione giuridicamente tutelata.

E così come nessuno dubita dell'applicabilità di una nuova legge sulle successioni che, in ipotesi, modificasse l'attuale devoluzione dell'asse in favore del coniuge superstite o dei figli a coloro che sono viventi alla data di entrata in vigore dell'ipotizzata legge, allo stesso modo, secondo l'indicata dottrina, una modifica delle condizioni dell'azione di restituzione deve potersi applicare a tutte le fattispecie nelle quali il

¹⁴⁸ 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, fasc. 5, pag. 1269 e ss. ; ANDRINI, *Commentario del codice civile*, Vol. 1, a cura di Cuffaro-Delfini, Torino, 2009, pag. 709.

¹⁴⁹ La norma testualmente dispone: "Le norme sulla riduzione delle donazioni sono applicabili anche alle donazioni fatte anteriormente al 21 aprile 1940, purchè la successione si sia aperta dopo". [omissis].

diritto ad agire in restituzione non è ancora sorto e quindi alle successioni che si aprono successivamente al 15 maggio 2005.

Di conseguenza, l'elemento distintivo è la data di decesso del *de cuius*: se anteriore al 15 maggio 2005, si applicherà la previgente disciplina e non potrà, ad esempio, il terzo acquirente convenuto in restituzione, eccipere il consolidamento della donazione per mancata opposizione introdotta soltanto dal 15 maggio 2005 in poi.

Ad avviso di questa teoria, deve superarsi anche il dubbio di legittimità costituzionale per disparità di trattamento tra legittimari *ante* e *post* 15 maggio 2005 perché non si tratta di applicare la stessa regola a situazioni diverse, bensì di applicare regole diverse a situazioni diverse (domanda di restituzione *ante* e *post* riforma) che, come osservato, possono essere proposte, sia prima che dopo la riforma, soltanto dopo il decesso del donante.

Del resto, osserva la dottrina in esame, la rimessione in termini del legittimario attraverso il riallineamento alla data del 15 maggio 2005 finalizzato ad escludere il dubbio di illegittimità costituzionale sollevato dalla prima tesi, determinerebbe, a sua volta, una irragionevole espansione temporale del diritto del "precedente" legittimario ad opporsi di almeno altri venti anni in più del termine concesso ai "nuovi" legittimari; privilegio, questo, che ben potrebbe essere censurato innanzi alla Corte Costituzionale¹⁵⁰.

Secondo la citata dottrina¹⁵¹, un ulteriore inconveniente sarebbe costituito dal dover riconoscere il diritto di opposizione anche ai legittimari sopravvenuti nonostante il sistema riformato non garantisca loro l'azione di restituzione.

Pertanto, secondo l'orientamento in esame, alle successioni aperte dal 15 maggio 2005 in poi si applicherà sempre la nuova disciplina che potrà però essere riferita anche alle donazioni anteriori all'indicata data, conformemente al disposto dell'art. 135 disp. att. cod. civ. e alla *ratio* della L. n. 80/2005, senza che ciò costituisca applicazione retroattiva della legge peraltro garantita a livello costituzionale soltanto per quelle penali (art. 25 Cost.).

Nulla esclude, perciò, che il diritto di opposizione utile a preservare la domanda riduzione, possa risultare ampiamente limitato (si pensi ad

¹⁵⁰ TASSINARI, *La «provenienza» donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, studio n. 5859/C approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 9 settembre 2005, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali*, 2005, fasc. 2, pag. 1150 ss.

¹⁵¹ CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

una donazione del 10 maggio 1986 per la quale il termine di prescrizione si matura nel 2006 esercitabile soltanto dal 15 maggio 2005 al 10 maggio 2006) se non addirittura compromesso con conseguente preclusione dell'azione di restituzione nei confronti del terzo, come avviene nel caso in cui la donazione lesiva sia stata trascritta oltre venti anni prima del decesso del donante avvenuto successivamente al 15 maggio 2005.

Il terzo orientamento dottrinale¹⁵² supera il discrimine della data di apertura di successione ritenendo che la novella si applichi a tutte le successioni, anche se aperte anteriormente al 15 maggio 2005 purchè non risulti maturata la prescrizione dell'azione di restituzione.

Tale conclusione è argomentata, preliminarmente, dalla *ratio* dell'intervento legislativo ("*agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito*") indicata nel testo dell'art. 2, comma 4-*novies* lett. a) del D.L. 14 marzo 2005 n. 35 conv. con L. n. 80/2005, confermata nella relazione di accompagnamento alla legge, in cui si fa anche specifico riferimento alle donazioni incentivate dall'abrogazione dell'imposta sulle successioni e donazioni.

Dopo aver segnalato l'imprecisione del legislatore che ha trascurato di indicare nelle finalità della riforma anche i beni mobili (pure soggetti alla nuova disciplina), questa terza opinione dottrinale¹⁵³ incentra l'attenzione sulla locuzione "*già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito*" che evoca chiaramente il riferimento ad immobili che hanno alle spalle una provenienza donativa.

L'avverbio di tempo utilizzato sarebbe chiaro indice del fatto che il legislatore si sia riferito, nella disciplina adottata, anche se non soprattutto alle donazioni per le quali il termine dei venti anni risulti ancora pendente o già interamente trascorso alla data del 15 maggio 2005 e, di conseguenza, la mancanza di una disciplina a carattere transitorio (necessaria per assegnare alla legge una portata retroattiva ex art. 11 preleggi), più che a significare – come sostenuto dalla prima dottrina richiamata - che la riforma si applichi soltanto alle donazioni

¹⁵² FRANCO, *Artt. 561 e 563 del codice civile: la novella e qualche considerazione sparsa sul diritto transitorio* in *Riv. Notariato* 2008, fasc. 6, pag. 1271 e ss.; BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.)*, Studio n. 5809/C approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 21 luglio 2005, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, 2005, fasc. 2, pag. 1133 e ss.; TASSINARI, *La «provenienza» donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti* cit., pag. 1150 e ss.

¹⁵³ Tra gli altri, BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 13 e ss.

stipulate dal 15 maggio 2005 in poi conferma, semmai, il contrario e cioè che il legislatore abbia dato quasi per scontato (senza bisogno perciò di puntualizzarlo) che la riforma si applicasse alle donazioni anteriori all'indicata data.

Ulteriore indizio in tal senso è il provvedimento in cui è contenuta la modifica normativa e cioè il decreto n. 35 recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, ribattezzato decreto sviluppo e competitività; termini e definizioni, questi, che sarebbero del tutto trascurati e contraddetti se la riforma andasse a regime solo a partire dal 15 maggio 2025.

La dottrina in esame valorizza poi l'argomento utilizzato dalla tesi "intermedia" secondo cui la riforma del 2005 non ha apportato alcuna modifica alla disciplina della donazione come atto essendosi limitata ad incidere sull'azione di restituzione (conseguente alla riduzione).

Sulla base di questa premessa ed in forza di tale argomento, sostiene che se la modifica ha interessato i presupposti dell'azione di riduzione è a questa che bisogna far riferimento e non alla data di apertura della successione.

Coerentemente, perciò, la novella si applicherà a tutte le domande di riduzione e di restituzione proposte dopo il 15 maggio 2005, indipendentemente dalla data - anteriore o successiva all'entrata in vigore della legge - in cui si sia aperta la successione e a tutte le donazioni, in qualunque data stipulate.

Ne consegue che l'unica ipotesi sottratta alla nuova disciplina è quella in cui, precedentemente alla riforma, la domanda di restituzione sia già stata proposta.

In tutte le altre ipotesi resterà pienamente applicabile la nuova disciplina dell'art. 563 cod. civ. con conseguente preclusione dell'azione di restituzione anche ad ipotesi di apertura della successione anteriormente al 15 maggio 2005 (seconda dottrina) e precisamente:

- a) donazione trascritta oltre venti anni prima del 15 maggio 2005 ed azione di riduzione non ancora proposta e ancora non prescritta; ferma restando la possibilità di agire in riduzione, il legittimario non potrà agire in restituzione nei confronti del terzo acquirente essendo ormai decorso il termine di venti anni dalla donazione per poter trascrivere l'opposizione e beneficiare dell'effetto "sospensivo" ex art. 563, quarto comma, cod. civ.;
- b) non diversa è la conclusione nella medesima fattispecie sub a) qualora

la domanda di riduzione risulti proposta autonomamente, senza cioè contestuale proposizione anche di quella di restituzione nei confronti del terzo.

In realtà, ad avviso dell'orientamento dottrinale in esame, in tali ipotesi non vi è applicazione retroattiva dell'art. 563 cod. civ. come modificato dalla novella, bensì applicazione della nuova disciplina alle azioni di restituzione non ancora proposte; nuova disciplina che, conformemente alla *ratio legis* si è resa necessaria per stabilire un nuovo punto di equilibrio tra gli interessi sostanziali contrapposti.

Ulteriore dubbio di legittimità costituzionale è stato avanzato¹⁵⁴ con riferimento alla disciplina dei termini previsti dagli artt. 561 e 563 cod. civ. che introducono una disparità di trattamento tra i legittimari sopraggiunti dopo venti anni dalla donazione e quelli preesistenti alla donazione o sopraggiunti nel ventennio, in quanto i primi non potranno mai proporre opposizione e conservare l'azione di restituzione contro i terzi, come invece sarà consentito agli altri legittimari.

La conseguenza è che alla morte del donante nonostante siano tutti legittimari e titolari di eguali diritti, avranno, in violazione dell'art. 3 Cost., tutele diverse in difetto di strumenti alternativi idonei a eliminare l'indicata disparità.

Difatti, a garanzia dei legittimari sopravvenuti dopo il ventennio dalla donazione non può soccorrere la revocazione della donazione (art. 803 cod. civ.) per diversi motivi: la revocazione, limitata ai figli sopravvenuti, non si estende al coniuge sopravvenuto; la domanda può essere proposta, a determinate condizioni ed entro certi termini, soltanto dal donante; la revocazione non è opponibile ai terzi aventi causa che abbiano trascritto il loro acquisto prima della trascrizione della domanda (artt. 808 e 2652, n. 1, cod. civ.¹⁵⁵).

Tuttavia, si è osservato¹⁵⁶ che nell'ordinamento giuridico italiano è già acquisito che al legittimario sopravvenuto possa essere accordata una tutela della legittima non identica a quella del legittimario presente al momento della conclusione della donazione.

L'art. 768-*sexies* cod. civ., in tema di patto di famiglia, riconosce

¹⁵⁴ CARLINI UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss.

¹⁵⁵ CAMPISI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁶ TORRONI, *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa o per usucapione non accertata giudizialmente. Tutela dell'acquirente* in www.notaio.torroni.it.

difatti al legittimario sopravvenuto soltanto il diritto ad una somma, aumentata degli interessi legali, a tacitazione della sua quota di legittima sul bene aziendale trasferito con il patto, senza che lo stesso abbia avuto la possibilità di concordare la valutazione del bene aziendale trasferito o di contestarla successivamente¹⁵⁷.

A tanto si aggiunge che la diminuita tutela concessa al legittimario sopravvenuto è ampiamente giustificata ed affatto irragionevole ex art. 3 Cost. per la preminenza assegnata al legislatore all'interesse di consolidare – senza alcuna eccezione – con il decorso del ventennio gli effetti della donazione¹⁵⁸.

¹⁵⁷ TASSINARI, *La «provenienza» donativa* cit., pag. 1150 e ss.

¹⁵⁸ BUSANI, *L'atto di opposizione* cit. pag. 13 e ss.

§ 4. Finalità e natura del termine ex art. 563, primo comma e 561 primo comma cod. civ..

Anteriormente alla riforma, nella fattispecie dell'art. 561 cod. civ. l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione contro il donatario faceva venir meno ogni diritto reale o personale, di godimento o di garanzia di cui questi avesse gravato i beni immobili (es.: costituzione di una ipoteca a garanzia di un mutuo concessogli da una banca).

Nella diversa fattispecie dell'art. 563 cod. civ., l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione consentiva al legittimario di poter recuperare il bene donato sia nei confronti del donatario che nei confronti di chiunque ne fosse divenuto proprietario.

Tale impianto non è stato oggetto di alcuna modifica con la riforma del 2005.

Difatti, dall'analisi dei novellati primi commi degli artt. 561 e 563 cod. civ., emerge che la riforma ha introdotto un termine ventennale idoneo a stabilizzare l'acquisto del terzo avente causa dal donatario e fissato, così, dal punto di vista pratico-operativo, il termine di venti anni (prima inesistente) per proporre l'azione di restituzione¹⁵⁹.

Una dottrina¹⁶⁰ ha osservato che dal punto di vista del legittimario, si tratta di un termine finale perché segna il momento ultimo entro cui questi potrà agire per ottenere la restituzione dal terzo acquirente (art. 563 cod. civ.) e, qualora il bene sia ancora nella disponibilità del donatario, per ottenerne la restituzione senza i pesi e vincoli che il donatario può aver apposto (art. 561 cod. civ.); riguardato dall'ottica del terzo acquirente e del donatario, si tratta invece di un termine iniziale perché a partire da tale momento si consolidano le loro posizioni.

Difatti, il terzo potrà considerare sicuro l'acquisto perché dopo lo spirare del ventennio non potrà più essere convenuto in restituzione (art. 563 cod. civ.) ed il donatario, da tale momento, potrà considerare salvi (art. 561 cod. civ.) i vincoli e pesi apposti sul bene¹⁶¹.

¹⁵⁹ DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari*, cit., pag. 57 e ss. chiarisce che, nella nuova disciplina, per conservare il beneficio della retroattività reale della sentenza di accoglimento della domanda di riduzione e poter agire conseguentemente in restituzione, è necessario introdurre la domanda giudiziale entro l'arco temporale del ventennio

¹⁶⁰ CAPRIOLI, *La circolazione* cit., pag. 1088.

¹⁶¹ L'art. 561, primo comma, cod. civ., nella seconda parte del secondo periodo, pone a carico del donatario l'obbligo di compensare in danaro il legittimario del minor valore del bene restituito purchè la domanda sia stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione.

Ulteriore novità è che l'indicato termine ventennale inizia a decorrere dalla data della trascrizione della donazione e perciò da quando è in vita il donante.

La diversità rispetto alla previgente disciplina consiste soltanto nel fatto che mentre prima era irrilevante il comportamento del legittimario di opposizione o meno alla donazione dovendo ogni questione essere rinviata al momento dell'apertura della successione, dal 15 maggio 2005 il coniuge superstite e i parenti in linea retta sono titolari di una situazione giuridico soggettiva da esplicitarsi in vita del donante con riferimento agli atti da questi posti in essere¹⁶².

E' questa la novità della "seconda parte" della novella che ha congegnato il diritto di opposizione come strumento che preserva l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti rimettendo al legittimario la facoltà di neutralizzare il termine e di impedire, così, il verificarsi dell'effetto di stabilizzazione dei trasferimenti successivi al primo che la riforma, nella sua "prima parte" fa conseguire al decorso dei venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione.

In altre parole, se intende preservare il diritto ad agire in restituzione nei confronti di eventuali terzi acquirenti del bene donato, il legittimario ha l'onere¹⁶³ di opporsi alla donazione durante la vita del donante e qualora questi sopravviva di oltre venti anni all'atto di liberalità, di rinnovare l'opposizione.

Il potere di opporsi alla donazione costituisce allora lo strumento che bilancia la limitazione temporale fissata dalla legge alla tutela "reale" del legittimario e si giustifica in considerazione dell'importanza attribuita dall'ordinamento giuridico al vincolo di solidarietà familiare che unisce i più stretti congiunti, costituente principio ispiratore della disciplina della successione necessaria¹⁶⁴.

Una forma di tutela che è rimasta del tutto invariata per il legittimario

¹⁶² Per considerazioni in tal senso, CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili* cit., pag. 1092 e ss.

¹⁶³ IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi* in *Riv. Notariato* 2005, 5, pag. 943 testualmente: "Pertanto l'opposizione rappresenta l'onere cui è assoggettato il legittimario che voglia conservare l'azione di restituzione anche oltre il ventennio.". Estremamente calzante all'opposizione appare la definizione dell'onere contenuta nel TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, XIX Ed. pag 86 – Milano 2009 : "L'onere ricorre quando ad un soggetto è attribuito un potere ma l'esercizio di tale potere è condizionato ad un adempimento che, essendo previsto nell'interesse dello stesso soggetto, non è obbligatorio e quindi non prevede sanzioni per l'ipotesi che resti inattuato".

¹⁶⁴ CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili* cit., pag. 1088-1089. Sul fondamento della successione necessaria, BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia. Le successioni*, III Ed. riv. e aggiornata; Milano 2001, pag. 591.

è quella prevista dall'art. 562 cod. civ.

Per garantirsi la quota che la legge gli riserva, il legittimario deve proporre l'azione di riduzione che mira a ricostruire il patrimonio del *de cuius* e, una volta esperita con successo, deve agire in restituzione contro il donatario ovvero, previa escussione del patrimonio di costui, nei confronti del terzo acquirente.

Qualora, però, dopo la riduzione non sia possibile proporre la domanda restitutoria né nei confronti del donatario perché il bene oggetto di donazione è perito per causa imputabile a questi o ai suoi aventi causa, né nei confronti dei terzi¹⁶⁵ ed il donatario risulti altresì insolvente¹⁶⁶, le ragioni del legittimario ricevono comunque la tutela dell'art. 562 cod. civ..

La citata disposizione non fa ricadere esclusivamente sul legittimario vittorioso in riduzione le conseguenze negative dell'insolvenza del donatario e dell'impossibilità di recupero del bene donato, ma le ripartisce equamente a carico dei donatari antecedenti e del legittimario.

L'art. 562 cod. civ. prevede, difatti, che il valore della donazione che non si può recuperare vada detratto dalla massa ereditaria con conseguente riduzione sia della disponibile che della legittima e così il legittimario potrà richiedere la riduzione delle donazioni anteriori che non sarebbero state lesive qualora si fosse recuperato il bene in misura inferiore a quella che avrebbe potuto ottenere da quella fatta al donatario insolvente¹⁶⁷.

4.1. In dottrina è stato affrontato il problema del perché il termine per agire in restituzione contro i terzi sia stato determinato proprio in venti anni.

In realtà, la soluzione sembra trovarsi nella Relazione di accompagnamento alla legge di conversione del “decreto competitività” (L. n. 80/2005) nella quale si legge che si sarebbe individuata, nel sistema delineato dagli originari artt. 553 ss. cod. civ., una contraddizione specifica, consistente nel non aver previsto — ai fini dei rimedi attribuiti al legittimario dagli artt. 561 e 563 c.c. — un

¹⁶⁵ Si pensi al caso in cui il bene oggetto della donazione era un bene mobile acquistato in buona fede dal terzo.

¹⁶⁶ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 595, nota 1293 aderisce alla tesi formulata da MENGONI in *Successione per causa di morte. Parte Speciale, Successione necessaria* cit., pag. 329 secondo cui lo stato di insolvenza va determinato con riferimento alla data di apertura della successione con la conseguenza che ricade sul legittimario il rischio dell'insolvenza successiva.

¹⁶⁷ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 596.

“limite ventennale” che si giustificerebbe pienamente per far sì che l'acquirente “*che è pur 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 ordinaria*”.

Questo passo sembrerebbe suggerire l'idea che il termine ventennale di cui al nuovo testo dell'art. 563 cod. civ. sia null'altro che il termine per l'acquisto del bene immobile per usucapione.

Aderendo alle ragioni illustrate, parte della dottrina¹⁶⁸ afferma che il legislatore ha inteso riservare all'acquirente di beni con provenienza donativa un trattamento non deteriore rispetto all'acquirente *a non domino* per il quale venti anni costituiscono il periodo più lungo per l'usucapione (art. 1158 cod. civ.).

Così, l'opposizione in parola costituirebbe in sostanza un atto interruttivo dell'usucapione.

L'indicata ricostruzione è però contrastata da altra dottrina in base ad argomentazioni che investono il rapporto tra tutela dei legittimari e usucapione.

Secondo autorevole dottrina¹⁶⁹, l'usucapione trova la sua ragione giustificativa nell'esigenza di rendere certa e stabile la proprietà: se non esistesse l'usucapione la prova della provenienza del diritto di proprietà (o dei diritti reali di godimento) “*che chi si afferma proprietario dovrebbe dare, non avrebbe limiti, e si dovrebbe risalire di autore in autore nella notte dei tempi, con la conseguenza logica giuridica che sarebbe una prova di difficile dimostrazione, se non impossibile (probatio diabolica)*”.

La *ratio* giustificatrice dell'usucapione è individuata¹⁷⁰ nelle ragioni sociali che ispirano l'istituto.

L'usucapione è l'effetto dell'atteggiamento di sfavore del legislatore verso colui che è titolare di un diritto e non lo esercita: deve essere premiato colui che, pur senza averne il diritto, utilizza i beni e li rende produttivi, a scapito del proprietario rimasto inerte per lungo tempo.

In questo senso depone un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'istituto in considerazione del fatto che l'art. 42 Cost., dopo aver previsto che la legge determina i modi di acquisto della

¹⁶⁸ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di disposizione lesiva* cit., pag. 1132 e ss.

¹⁶⁹ TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, pag. 335 e ss.

¹⁷⁰ Diffusamente, PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli 1997.

proprietà nonché di godimento, ne determina i limiti “*allo scopo di assicurare la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*”.

Se deve essere garantita la funzione sociale della proprietà e l’accesso alla stessa da parte di tutti, ben si giustifica un istituto giuridico che premia il soggetto produttivo che riesce ad acquisire un diritto per il possesso continuato, senza discriminazioni economiche; assicurare la funzione sociale vuol dire realizzare un sistema meritocratico effettivo: chi utilizza un bene deve essere avvantaggiato rispetto a colui che non lo usa.

Da questa prospettiva, il concetto di funzione sociale si traduce in “*meritocrazia reale*”.

La garanzia di libero accesso alla proprietà sta a significare che essa non è accessibile solo economicamente, ma anche attraverso il possesso, poiché, diversamente, vi sarebbe il rischio di vulnerare, in qualche modo, il principio di uguaglianza, *ex art. 3 Cost.*: se tutti i cittadini devono essere uguali davanti alla legge, allora, tutti i cittadini devono poter accedere a tutti i diritti, comprendendo anche quelli reali, indipendentemente dalla sola posizione economica, in un’ottica sociale di giustizia distributiva.

Alla luce dell’indicata *ratio* è necessario verificare se durante la vita del donante sia o meno configurabile un’inerzia del legittimario che, per trascurare di esercitare per un notevole lasso temporale i propri diritti, rende possibile l’usucapione del bene da parte di terzi.

La risposta al quesito è senz’altro negativa perché prima del decesso del donante, i legittimari non possono proporre, nei confronti delle donazioni, l’azione di riduzione che costituisce il principale atto interruttivo o compiere i “fatti contrari” idonei ad interrompere la prescrizione acquisitiva che appartengono alla sfera giuridica del donante.

In altri termini, finché il *de cuius* è in vita, il legittimario versa in situazione di aspettativa di mero fatto e non può neppure disporre in alcun modo della futura eredità per il divieto dei patti successori.

Con specifico riferimento all’ambito successorio è stato ripetutamente affermato che l’usucapione, come strumento per l’acquisto della proprietà, ha come suo tipico contrappeso la possibilità di interruzione da parte del vero proprietario non essendo giuridicamente configurabile un possesso *ad usucapionem* che non possa in qualsiasi

momento essere interrotto¹⁷¹.

Contropartita di questa situazione di impotenza giuridica che cessa al momento dell'apertura della successione quando, ai sensi dell'art. 555 cod. civ., in mancanza di beni relitti sufficienti a garantire la sua quota di riserva, diviene attuale per il legittimario il diritto di chiedere la riduzione delle donazioni, è che nei suoi confronti, prima di tale momento ed in applicazione dell'art. 2935 cod. civ., non opera la prescrizione.

Pertanto è soltanto dal giorno del decesso del donante che il possesso del donatario (o del terzo acquirente di beni donati) diviene utile ad usucapire con la conseguenza che l'acquisto a titolo originario si perfezionerà qualora da tale momento l'inerzia del legittimario si protragga per il tempo rilevante.

L'esposta conclusione in ordine al momento in cui può configurarsi un possesso del donatario o del terzo utile ad usucapire è confermata dai dati normativi.

Il codice civile del 1865, nell'unico titolo dedicato alla prescrizione (titolo XXVIII del libro terzo) dettava la disciplina unitaria della prescrizione e della usucapione, denominata prescrizione acquisitiva e individuava negli artt. 2115-2120 molteplici ragioni di diritto che impedivano l'inizio della prescrizione; il broccardo *contra non valentem agere non currit praescriptio* aveva all'epoca soltanto valore descrittivo e non costituiva perciò, come nel codice civile vigente, vero e proprio principio generale.

L'attuale codice civile distingue la disciplina della prescrizione da quella della usucapione e all'art. 1165 cod. civ. stabilisce che "*le disposizioni generali sulla prescrizione, quelle relativamente alle causa di sospensione e di interruzione e al computo dei termini si osservano, in quanto applicabili, rispetto alla usucapione*".

L'art. 2935 cod. civ. "*La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*" detta una disposizione di ordine generale ispirata proprio dal principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* e, per opinione dominante¹⁷², la norma ha riguardo alla possibilità legale dell'esercizio del diritto, non anche

¹⁷¹ Cass. 18 ottobre 1991, n. 11024 in *Giust. Civ.* 1992, I, pag. 1293; Cass. 2 febbraio 2011, n. 2424 in *Foro It.* 2011, fasc. 11, col. 3109; Cass. 5 settembre 2012, n. 14917 in *Foro It.* 2013, fasc. 3, col. 961.

¹⁷² Per tutti, VITUCCI, *La prescrizione* in *Comm. Cod. civ.* diretto da Schlesinger, art. 2934-2940, Milano 1990, pag. 145 e ss.

all'impossibilità di fatto¹⁷³, in cui venga a trovarsi il titolare.

L'art. 1165 cod. civ., nel richiamare espressamente le norme sulla prescrizione, estende la previsione degli artt. 2935 ss. cod. civ. all'usucapione¹⁷⁴ che perciò inizia a decorrere contro il proprietario soltanto dal momento in cui questi può esercitare il diritto di opporsi alla situazione possessoria.

Gli argomenti esposti costituiscono la principale ragione in base alla quale escludere che il ventennio previsto dagli artt. 561 e 563 cod. civ. sia un termine di usucapione.

Durante la vita del donante il legittimario versa in una situazione di vera e propria impossibilità giuridica di esercitare azione nei confronti del donatario o del terzo acquirente e, di conseguenza, prima del decesso del donante, non può essergli opposto un possesso utile ad usucapire.

Ulteriore motivo a sostegno della raggiunta conclusione è tratto dalla natura dell'azione di riduzione che non è finalizzata ad affermare il diritto di proprietà sul bene donato in capo al legittimario nei confronti del donatario o terzo acquirente possessore.

Difatti, diversamente da quanto accade nell'usucapione, attraverso l'esercizio dell'azione di riduzione delle donazioni (dirette o indirette) lesive, il legittimario non contesta l'altrui diritto di proprietà il quale, anzi, costituisce il presupposto stesso dell'azione di riduzione; non mette neppure in discussione la legittimità originaria o attuale dell'atto dispositivo o la proprietà dei beni in capo ai donatari.

L'obiettivo della riduzione è il ripristino di una situazione patrimoniale compatibile con i diritti intangibili dei legittimari al fine di far loro conseguire il valore di tali diritti¹⁷⁵.

¹⁷³ Esempi: norma costituzionalmente illegittima (Cass. 27 giugno 1988, n. 4361 in *Giur. It.*, 1989, I, col. 861); ignoranza di norme giuridiche (Cass. 20 luglio 1987, n. 6364 in *Giur. It.* 1988, I, col. 611 con nota di ROSSELLI); difficile contabilizzazione di un credito (Cass. 18 febbraio 1964, n. 356 in *Giur. It.* 1965, I, col. 258); pendenza di una controversia avente ad oggetto l'accertamento del diritto la cui lesione venga dedotta come titolo di una pretesa di risarcimento di danni (Cass., sez. lav., 7 maggio 2004, n. 8720 in *Giust. Civ. Mass.* 2004, fasc. 5).

¹⁷⁴ MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in Trattato Rescigno, vol. VIII, Torino, 1982, pag. 502 ritiene applicabile all'usucapione l'art. 2935 c.c.; CENDON, *Commentario al codice civile*, art. 1140-1172, Milano, 2009, pag. 1165. GAZZONI, "E' forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari? Nota a Corte di Appello Roma 25 gennaio 1993 in *Giust. Civ.* 1993, pag. 2519; Cass. 27 ottobre 1995, n. 11203 in *Giust. Civ.* 1996, I, 375 afferma testualmente in motivazione: "Per ciò che concerne la decorrenza, il principio fissato dall'art. 2935 cod. civ. e richiamato dall'art. 1165 dello stesso codice vale per ogni tipo di usucapione".

¹⁷⁵ TRIOLA, *La tutela del legittimario*, Milano 2011, pag. 118-119; CAMPISI, *Azione di riduzione cit.*, in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; Cass. 19 ottobre 1993 n.

Diverso è invece il caso in cui il legittimario non agisce in riduzione ma rivendica il bene nei confronti del donatario in qualità di erede *ab intestato* o testamentario facendo valere la nullità della donazione per vizio di forma.

In tal caso, poiché agisce come successore del *de cuius* contestando la validità del titolo di acquisto, ben potrà il donatario opporgli l'avvenuta usucapione¹⁷⁶.

Come osservato, prima dell'apertura della successione non è configurabile un possesso utile ad usucapire nei confronti del legittimario; tuttavia, un simile possesso potrebbe ipotizzarsi nei confronti del donante.

Occorre preliminarmente osservare, a tal proposito, che l'ordinamento giuridico italiano non riconosce l'usucapione *a domino*; l'usucapione, cioè, che si compie con il consenso del proprietario.

La Suprema Corte ha chiarito che l'usucapione, in quanto si fonda sul possesso *uti dominus*, configurato dall'intenzione di esercitare un diritto proprio sulla cosa, matura contro il proprietario e non con il suo consenso¹⁷⁷.

L'indicato principio assume peculiare importanza in ambito successorio perché in grado di evitare possibili forme di diseredazione occulta dei legittimari che si potrebbero verificare in modo estremamente agevole qualora, ad esempio, il *de cuius* permettesse (o addirittura richiedesse) ad un terzo che intende beneficiare, di "usucapire" in suo danno.

Molto delicata appare la configurabilità dell'usucapione nei confronti del donante in presenza di un atto di disposizione del futuro *de cuius* simulato o nullo.

Appare opportuno premettere che secondo la teoria del "doppio effetto", elaborata dalla dottrina tedesca¹⁷⁸, esaminata e condivisa

10333 in *Giur. It.* 1995, I, 918, con nota di MASUCCI, "Non è ammessa la diseredazione occulta del legittimario: brevi cenni sull'usucapione a domino", di cui si trascrive la massima: "l'azione del legittimario di riduzione delle donazioni ... non può essere paralizzata dall'eccezione di usucapione ventennale (art. 1158 cod. civ.) del convenuto, in quanto l'azione fatta valere dal legittimario pretermesso si configura come azione di natura personale, diretta non a rivendicare lo specifico bene posseduto dal beneficiario dell'atto di liberalità, ma a far valere sul valore di detto bene le proprie ragioni successorie, sicché l'eccezione del donatario non avrebbe altra funzione se non quella di ribadire l'esistenza di quel dominio, presupposto dalla domanda di riduzione".

¹⁷⁶ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 119

¹⁷⁷ Cass. 27 ottobre 1995, n. 11203 in *Giust. Civ.* 1996, 2, pag. 375.

¹⁷⁸ ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* a cura di Baratta, Milano 1970.

anche dalla dottrina italiana¹⁷⁹, in presenza dei presupposti di legge per l'usucapione, l'avente causa a titolo derivativo cumula all'acquisto derivato, un acquisto del medesimo diritto a titolo originario: *magis quam semel res mea esse non potest*¹⁸⁰.

Ciò si verifica ogni volta che un avente causa, unendo al proprio possesso quello del suo autore e dei relativi danti causa (art. 1146 cod. civ.) abbia goduto complessivamente di un possesso protratto per il tempo necessario a far maturare l'usucapione.

In tal caso il suo acquisto si consolida come originario, con conseguente sopravvenuta radicale inapplicabilità delle regole della derivatività tra cui quella di cui costituisce applicazione la normativa degli artt. 561 e 563 cod. civ.: *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*.

La particolare utilità dei principi esposti, come confermato anche dalla Suprema Corte¹⁸¹, si manifesta nelle fattispecie caratterizzate da invalidità del titolo traslativo (es.: atto nullo; acquisto *a non domino*) nelle quali, qualora sussistano i requisiti dell'usucapione, l'acquisto avviene a titolo originario in virtù del possesso continuato.

Per i beni mobili non registrati l'acquisto a titolo originario si verifica istantaneamente, ex art. 1153 cod. civ., in presenza dei due requisiti costituiti dal possesso da parte dell'acquirente, dalla sua buona fede (c.d. usucapione istantanea) e dal titolo.

In base alle acquisizioni appena citate, si è deciso che se la causa del trasferimento è a titolo oneroso e l'atto risulti per qualche ragione viziato, non sussistono ragioni per negare la possibilità di acquisto a titolo originario, purchè il possesso sia stato esercitato *a non domino*¹⁸²; qualora invece la causa del trasferimento sia a titolo

¹⁷⁹ PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1978, pag. 177 e ss.; GERBO, *Prelegato e funzione del contenuto testamentario*, Padova 1996, pag. 9 e ss.; EBNER, *Azione di riduzione e opponibilità dell'usucapione: la teoria del "doppio effetto"* in *Riv. Notariato* 2003, fasc. 6, pag. 1469 e ss.

¹⁸⁰ CARINGELLA-GIOVAGNOLI-MENNA, *Studi di diritto civile* cit., pag. 798 e ss. ed ivi ulteriori richiami alla dottrina; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione di beni immobili* cit., pag. 7. e ss.

¹⁸¹ Cass. 27 ottobre 1995, n. 11203 in *Giust. Civ.* 1996, I, pag. 375.

¹⁸² Corte di Appello Roma 25 gennaio 1993 in *Giust. Civ.* 1993, pag. 2519 annotata da GAZZONI "E' forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?" si è occupata di una fattispecie interessante: nel 1936 un padre abbandona figli e moglie e va a vivere in altra città dove acquista un appartamento in cui vivrà con la convivente *more uxorio* e una nipote sino alla morte avvenuta nel 1979. Nel 1958 conclude con la nipote e la convivente rispettivamente un contratto di vendita della nuda proprietà e di usufrutto. Dopo la sua morte, la moglie ed i figli chiedono dichiararsi la simulazione dei contratti stipulati con la

gratuito (es.: vendita dissimulante una donazione nulla per vizio di forma), va senz'altro esclusa la possibilità di usucapire il bene perché ciò si tradurrebbe in una diseredazione occulta dei legittimari.

Difatti, l'atto, ancorché nullo, costituisce pur sempre una donazione indiretta, soggetta, ai sensi dell'art. 809 cod. civ., all'azione di riduzione per la quale il termine di opponibilità al legittimario non può che decorrere dalla data di apertura della successione¹⁸³.

Sulla base degli indicati argomenti, rilevato che anche dopo la riforma del 2005 il legittimario non può agire in riduzione durante la vita del donante, si sostiene¹⁸⁴ che il termine ventennale, nonostante le indicazioni della Relazione di accompagnamento alla L. n. 80/2005, non trova alcun collegamento con l'usucapione e che conseguentemente l'opposizione non può essere assimilata ad atto interruttivo.

Ciò trova ulteriore conferma nel fatto che una volta decorso il ventennio, alla salvezza dei pesi e vincoli apposti sul bene consegue l'obbligo del donatario di compensare il legittimario della perdita di valore del bene (art. 561, primo comma, cod. civ.); previsione, questa, ritenuta del tutto incompatibile con l'usucapione¹⁸⁵.

4.2. Isolata dottrina¹⁸⁶ sostiene che il diritto di opporsi alla donazione è soggetto a prescrizione ordinaria decennale che inizia a decorrere dalla data di trascrizione della donazione ovvero, ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., dal momento in cui si verificano i presupposti per esercitare il diritto di opposizione (es.: dal giorno del matrimonio con cui il coniuge acquista la qualità di legittimario).

nipote e la convivente perché dissimulanti delle donazioni nulle per vizi di forma (senza proporre domanda di riduzione). Le convenute eccepiscono l'avvenuta usucapione; il Tribunale accoglie la domanda di simulazione e rigetta quella di usucapione sul rilievo che la situazione di fatto antecedente ai contratti era identica a quella successiva. La Corte di Appello riforma la sentenza ritenendo che i contratti non fossero simulati; la Suprema Corte cassa sul punto e rinvia alla stessa Corte di appello che in sede di rinvio, con la sentenza del 25 gennaio 1993 conferma la dichiarazione di simulazione ma accoglie la riconvenzionale di usucapione intervenuta durante la vita del de cuius nei confronti dei legittimari.

¹⁸³ GAZZONI "E' forse ammessa la diseredazione occulta dei legittimari?" cit. pag. 8 e ss.; nello stesso senso TRIOLA, *Donazione nulla ed opponibilità dell'usucapione al legittimario*, nota a Cass. 27 ottobre 1995 n. 11203, in *Giust. Civ.* 1996, 2, pag. 375.

¹⁸⁴ CAMPISI, *Azione di riduzione* cit. in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7. e ss.

¹⁸⁵ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss.

¹⁸⁶ DOLMETTA, *La sorte delle ipoteche concesse sul bene soggetto a restituzione e relativi riflessi sull'erogazione del credito bancario* in Atti del Convegno sul tema "Successioni e donazioni – tutela della legittima e circolazione dei beni anche alla luce della legge sulla competitività", Milano, 5-6 luglio 2005 in [notariato.it](http://www.notariato.it).

La prevalente dottrina¹⁸⁷, invece, afferma che il diritto di opporsi non è soggetto a prescrizione per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché se un termine di venti anni può essere sospeso per effetto di un atto di parte, è necessario riconoscere che l'atto stesso possa essere compiuto per tutta la durata del termine e ciò, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui la legge non ha previsto alcun termine finale per l'esercizio dell'opposizione.

A tale più ragionevole conclusione si perviene anche in applicazione del principio secondo cui quando la legge attribuisce il potere di esercitare un diritto (nella specie, opposizione per sospendere il termine) l'estinzione del potere non può non coincidere con quella del diritto stesso¹⁸⁸.

In secondo luogo perché, accogliendo la tesi della prescrittibilità decennale dell'opposizione, si giungerebbe a conseguenze non giustificabili logicamente tutte le volte in cui nonostante l'inerzia ultradecennale del titolare, questi possa comunque esercitare l'azione di restituzione come accade quando il decesso del *de cuius* si verifichi in un arco temporale che si colloca oltre il decimo anno dalla trascrizione della donazione ma anteriormente alla scadenza del ventennio¹⁸⁹.

Chiarito che l'opposizione non è soggetta a prescrizione e che può esercitarsi per tutta la durata del ventennio, resta da esaminare la natura giuridica del termine ventennale; se si tratti, cioè, di un termine di prescrizione, decadenza o altro.

La formula legislativa (“*il decorso del termine ... è sospeso*”) sembra attribuire natura prescizionale al termine per cui è opportuno verificare se la sospensione prevista dall'art. 563 cod. civ. sia o meno compatibile con la disciplina generale della prescrizione.

E' noto che in materia di prescrizione l'effetto sospensivo è descritto come una parentesi¹⁹⁰ che non toglie valore al tempo trascorso prima e dopo il verificarsi dell'impedimento; è giustificata o da particolari

¹⁸⁷ BUSANI, *L'opposizione* cit. pag. 13 e ss.; nello stesso senso: BARALIS, *Riflessioni* cit., pag. 279 e ss. il quale osserva che *sarebbe davvero irragionevole che l'opposizione avesse una durata inferiore ai venti anni. Si tratta di un diritto strumentale ai fini della sospensione ed è regola che in tali casi il diritto potestativo o non soggiace a prescrizione o ha la stessa durata del diritto che mira a realizzare.* CALVO, *L'opposizione alla donazione* cit., a pag. 349 e ss., precisa che il legislatore non ha previsto alcun termine finale per l'esercizio dell'opposizione e che al quesito se il diritto sia destinato ad estinguersi per prescrizione decennale occorre fornire risposta negativa.

¹⁸⁸ PERLINGIERI, *Profili istituzionali di diritto civile*, Napoli 1979, pag. 197.

¹⁸⁹ CALVO, *L'opposizione alla donazione* cit., pag. 349 e ss.

¹⁹⁰ TORRENTE, *Manuale di diritto privato* cit., pag. 215 e ss.

rapporti intercorrenti tra le parti (art. 2941 cod. civ., ad esempio tra coniugi, genitore che esercita la potestà sui figli minori e i figli stessi) o dalla condizione del titolare (art. 2942 cod. civ., ad esempio, minori non emancipati o interdetti per infermità di mente privi di rappresentante legale; militari in servizio attivo in tempo di guerra) ed ha carattere tassativo nel senso che non rilevano gli impedimenti di mero fatto e non a carattere giuridico¹⁹¹.

L'interruzione ha invece luogo quando il titolare esercita il diritto e quindi fa cessare il proprio stato di inerzia ovvero quando il soggetto tenuto all'obbligo riconosce l'altrui diritto¹⁹².

Diverso è perciò il fondamento e diversi sono gli effetti della sospensione e dell'interruzione: nella prima l'inerzia è giustificata per il periodo considerato; nella seconda, l'inerzia viene meno perché il diritto è esercitato o riconosciuto dal soggetto passivo.

Pertanto, diversamente dalla parentesi della sospensione, l'interruzione toglie ogni valore al tempo già trascorso e fa iniziare a decorrere, per intero, un nuovo periodo di prescrizione (art. 2945 cod. civ.).

E' stato chiarito¹⁹³ che, nel caso dell'opposizione in esame, il termine non può considerarsi di sospensione della prescrizione perché una sospensione legale è già prevista dal codice (artt. 2941 e 2942 cod. civ. relativamente ai rapporti tra coniugi ed ai rapporti tra figli minori e genitori) e ciò di fatto renderebbe inutile la proposizione dell'opposizione da parte di questi soggetti prolungando sensibilmente la durata del termine in modo non prevedibile per i terzi.

Le indicate ragioni hanno indotto ad affermare che, contrariamente alla definizione di "sospensione", nel caso dell'opposizione trattasi, in realtà, di interruzione della prescrizione che esige per il suo prolungamento un ulteriore atto anteriore alla scadenza del primo.

Tuttavia, si è rappresentato¹⁹⁴, che neppure di interruzione può discorrersi perché l'interruzione toglie ogni rilevanza al tempo trascorso anteriormente all'atto interruttivo mentre, nel caso

¹⁹¹ Tra le tantissime Cass. 4 giugno 2007, n. 12953 in *Giust. Civ. Mass.* 2007, fasc. 6.

¹⁹² E' pacifico in giurisprudenza che l'eccezione di prescrizione è disponibile dalla parte e costituisce perciò eccezione in senso stretto, sottratta al rilievo officioso; l'interruzione della prescrizione, al contrario, costituisce mera difesa e può perciò essere rilevata d'ufficio dal giudice a condizione, ovviamente, che risulti prodotto l'atto interruttivo (Cass. S.U. 27 luglio 2005, n. 15661 in *Riv. giur. lav.* 2006, 1, pag. 68 con nota di FABBRI).

¹⁹³ CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

¹⁹⁴ CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

dell'opposizione, tale periodo continua a mantenere una sua rilevanza nel senso che il tempo trascorso tra la trascrizione della donazione ed il momento in cui è stato posto in essere il primo atto "interruttivo" non seguito nel ventennio da altro, va computato con riferimento alla data in cui è proposta l'azione di riduzione.

Si tratterebbe, quindi, di una anomala prescrizione che non risponde alle comuni regole della sospensione e dell'interruzione ma ad una loro commistione al punto da potersi definire sospensione-interruzione che produce soltanto uno strano effetto sospensivo¹⁹⁵.

In realtà, la pressoché unanime dottrina concorda sul fatto che il termine ventennale non sia di prescrizione e non solo per la difficile riconducibilità all'istituto in parola.

Fare riferimento alla prescrizione¹⁹⁶ non avrebbe senso in quanto il periodo ventennale decorre dalla trascrizione della donazione e cioè a partire da un istante in cui il diritto di agire in riduzione e restituzione non è ancora sorto *ex art. 2935 cod. civ.* non potendosi, anzi, neppure sapere, al momento dell'opposizione, se la donazione lederà o meno la quota di legittima.

Ciò, poi, senza considerare che la natura reale pacificamente riconosciuta all'azione di restituzione che si propone nei confronti di chi sarà nella titolarità dei beni al momento della futura domanda, è incompatibile con una interruzione o sospensione della prescrizione che ha sempre natura personale.

Esclusa la prescrizione, altra dottrina¹⁹⁷ ha affermato che il termine in questione sia di decadenza.

Tale orientamento si fonda sul presupposto che il termine sia finalizzato all'esercizio dell'azione di restituzione e soprattutto perché è possibile una sospensione *ope legis* della decadenza al contrario di quanto stabilito dall'art. 2964 cod. civ. per la sua interruzione.

La tesi non appare condivisibile sia perché la decadenza mira ad assicurare un rapido esercizio del diritto in patente contrasto con una durata ventennale, sia soprattutto perché anche la decadenza presuppone l'esercizio di un diritto attuale che nella fattispecie

¹⁹⁵ BARALIS, *Riflessioni* cit., pag. 279 e ss.

¹⁹⁶ TRIOLA, *La tutela dei legittimari* cit., pag. 154.

¹⁹⁷ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit. pag. 1135 e ss.; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano 2007, pag. 74; VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito. Per una lettura sistematica dei novellati artt. 561 e 563 c.c.* in *Riv. Dir. Civ.* 2005, I, pag. 555 e ss.; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7. e ss.

potrebbe addirittura non sorgere neppure in futuro qualora la donazione non risultasse lesiva della quota legittima.

Ne consegue allora che non può parlarsi né di prescrizione, né di decadenza dovendosi qualificare il termine come di durata¹⁹⁸; come cioè un ulteriore elemento costitutivo in presenza del quale si perfeziona il diritto di agire in restituzione nell'ambito della fattispecie prevista dall'art. 563 cod. civ. ovvero per rendere opponibile ai beneficiari la sentenza di riduzione nella fattispecie dell'art. 561 cod. civ.

Altra dottrina¹⁹⁹, rimarcando l'aspetto processuale del termine, sostiene che il diritto di opporsi esplica una funzione servente rispetto al diverso diritto di agire in riduzione da esercitarsi dopo il decesso del *de cuius*.

In altre parole, l'opposizione, come strumento di tutela attuale di una situazione giuridica futura ed eventuale, purchè esercitata nei venti anni successivi alla trascrizione della donazione, ha una efficacia prenotativa²⁰⁰ della riduzione, funzionale a prevalere su tutte le trascrizioni e non soltanto su quelle successive come avviene nel caso di trascrizione della domanda giudiziale in applicazione del principio secondo cui la durata del processo non deve danneggiare l'attore che ha ragione, ma anche su quelle precedenti.

Ad avviso dell'indicata dottrina, l'atto di opposizione costituisce elemento di una più complessa fattispecie che si perfezionerà soltanto dopo la morte del donante, con funzione strumentale alla produzione degli effetti della fattispecie definitiva e, così intesa, produce effetti giuridici preliminari²⁰¹.

¹⁹⁸ TRIOLA, *La tutela dei legittimari* cit., pag. 155; CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili* cit., pag. 1080 e ss.

¹⁹⁹ DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, 2008, pag. 90.

²⁰⁰ FRANCO, *Art. 561 e 563 del codice civ.* cit., pag. 1271 e ss.; GABRIELLI, *Trattato di diritto civile*, Vol. IV, 2012, pag. 120; BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4 cod. civ.)*, in *Studi del Consiglio Nazionale del Notariato* in *Riv. Dir. Civ.* 2006, II, pag. 13 e ss.

²⁰¹ RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pag. 238 e ss. Secondo l'illustre autore, nell'ambito del negozio giuridico può capitare che una manifestazione di volontà sia sufficiente alla produzione di effetti giuridici dovendosi, per la relativa produzione, attendere il verificarsi di elementi necessari della fattispecie, siano essi tipici o accidentali. In tal caso il negozio è ancora incompleto, ancora in formazione, appunto perché il negozio, cioè la fattispecie negoziale, è il complesso degli elementi necessari per la produzione dell'effetto. La fattispecie produttiva di effetti preliminari è perciò una frazione della fattispecie produttiva degli effetti definitivi. DELLE MONACHE: *Successione necessaria* cit., pag. 90: Nel caso dell'azione di riduzione l'effetto giuridico

4.3. Ulteriore interessante questione attiene al coordinamento del nuovo termine ventennale con la clausola di salvezza di quanto “*disposto di cui all’art. 2652, n. 8 cod. civ.*”, già contenuta *ante* riforma nell’art. 561 cod. civ. ed inserita dal 2005 nel quarto comma dell’art. 563 cod. civ..

L’indicata norma dispone che la trascrizione della domanda di riduzione, se eseguita oltre il decimo anno dall’apertura della successione, non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso con atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda (art. 2652, n. 8 cod. civ. richiamato dal comma quarto cit.).

Si anticipa che la regola generale secondo cui l’azione di riduzione deve essere proposta entro l’ordinario termine prescrizione decennale decorrente dal momento dell’apertura della successione subisce due rilevanti eccezioni: la prima riguarda l’ipotesi di lesione a mezzo disposizioni testamentarie nella quale il termine decennale decorre dal momento in cui la disposizione lesiva sia stata accettata dal chiamato; la seconda attiene alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale (art. 269 cod. civ.) in cui il termine inizia a decorrere dal passaggio in giudicato della relativa sentenza che potrebbe intervenire in data successiva al decesso del *de cuius*.

L’art. 2652, n. 8 cod. civ., in ossequio al principio di retroattività reale dell’azione di riduzione, assegna preferenza alla trascrizione della domanda di riduzione effettuata nel decennio dall’apertura della successione rispetto al titolo di acquisto a titolo oneroso del terzo trascritto anteriormente alla domanda di riduzione.

La norma, quindi, sotto tale profilo, completa il quadro della tutela reale accordata ai legittimari e mira ad impedire che donatari ed eredi - magari consapevoli che quanto ricevuto per donazione o per testamento lede la quota dei riservatari - possano disfarsi dei beni ricevuti dopo il decesso del *de cuius* con atti dispositivi in favore di terzi²⁰².

Perciò, diversamente da quanto accade per tutti gli altri atti indicati nell’art. 2652 cod. civ. nei quali gli effetti della trascrizione si

definitivo “*si identifica con il sorgere del diritto alla reintegrazione della legittima se la liberalità compiuta dal de cuius manifesta carattere lesivo: mentre il rapporto di coniugio o parentela in linea retta e il perfezionamento in sé di codesta liberalità costituiscono i frammenti della fattispecie complessa cui intanto è collegato l’effetto preliminare consistente nell’acquisto del diritto di opposizione*”.

²⁰² TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 96.

producono dal momento in cui è eseguita la formalità, il n. 8 dell'art. 2652 cod. civ. per gli immobili e l'art. 2690, n. 5 cod. civ. per i mobili registrati²⁰³ fanno retroagire gli effetti della trascrizione della domanda di riduzione al momento di apertura della successione purchè la notifica della citazione intervenga, rispettivamente, entro dieci o tre anni da tale momento.

L'art. 2652, n. 8 cod. civ., per converso, tutela anche l'interesse dei terzi e risolve il conflitto tra costoro ed il legittimario che agisce in riduzione a favore dei primi qualora il legittimario abbia trascritto la domanda di riduzione oltre il decimo anno dal decesso del *de cuius*, indipendentemente dal fatto che, in vita del donante, abbia proposto l'opposizione stragiudiziale²⁰⁴.

La retroattività dell'azione di riduzione incontra perciò un primo limite nelle norme sulla pubblicità, restando esclusa nell'ipotesi di trascrizione della domanda del legittimario avvenuta oltre il decennio dall'apertura della successione nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti a titolo oneroso in base ad atto trascritto o iscritto anteriormente.

Si pensi, ad esempio, alla seguente fattispecie: in data 1 febbraio 1997 Tizio dona a Caio un immobile su cui a garanzia di un mutuo concessogli, in data 1 febbraio 2002, una Banca iscrive una ipoteca. Sempronio, figlio di Tizio, propone domanda di dichiarazione giudiziale di paternità che passa in giudicato in data 1 febbraio 2000, dopo il decesso di Tizio avvenuto in data 1 febbraio 1999.

Sempronio trascrive domanda di riduzione in data 1 marzo 2010 nei confronti di Caio (oltre dieci anni dall'apertura della successione e prima del decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione).

L'accoglimento della domanda di riduzione non libererà il bene dall'ipoteca per effetto dell'art. 2652, n. 8 cod. civ. (art. 561 cod. civ.). Allo stesso modo, nell'esempio precedente, se anziché iscrivere ipoteca Caio avesse trasferito a terzi il bene, in forza dell'art. 2652, n. 8 cod. civ. richiamato nel quarto comma dell'art. 563 cod. civ., non potrebbe proporre azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente.

²⁰³ Il terzo comma dell'art. 563 cod. civ. non menziona espressamente i beni mobili registrati. La dottrina non dubita però dell'applicabilità ad essi della norma (cfr. *infra*, §8.4).

²⁰⁴ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa* cit., pag. 773 e ss.; nello stesso senso CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino 2010, pag. 162.

In caso di trascrizione della domanda di riduzione oltre il decennio dal decesso del donante, gli effetti sono particolarmente gravi per il legittimario il quale, nell'ipotesi dell'art. 561 cod. civ., non libererà il bene restituito dai pesi o ipoteche di cui il donatario può averli gravati e non otterrà neppure dal donatario il compenso equivalente al minor valore del bene previsto soltanto per l'ipotesi inversa (decorso il ventennio dalla trascrizione della donazione e proposizione della domanda di riduzione entro il decennio dall'apertura della successione)²⁰⁵.

Ulteriori limiti alla retroattività dell'azione di riduzione riguardano la restituzione dei frutti che sono dovuti non dal momento dell'apertura della successione, bensì dal giorno della domanda giudiziale (art. 561, secondo comma cod. civ.) e l'esercizio del diritto potestativo di riscatto del bene da parte del terzo acquirente che può liberarsi dall'obbligo di restituire il bene donato in natura pagando l'equivalente in danaro (art. 563, terzo comma, cod. civ.)²⁰⁶.

Nell'attuale disciplina degli artt. 563 e 561 cod. civ. ed in base alle norme pubblicitarie, la trascrizione della domanda di riduzione proposta entro dieci anni (art. 2652, n. 8 cod. civ.) per gli immobili o tre anni (art. 2690, n. 5 cod. civ.) per i mobili registrati computati dall'apertura della successione, consente al legittimario di ottenere la restituzione dei beni da parte dei terzi acquirenti (art. 563 cod. civ.) e dal beneficiario (donatario, erede testamentario e legatario)²⁰⁷ libera da diritti reali parziali (es.: ipoteca in favore di banche) da questi costituiti in favore di terzi (art. 561 cod. civ.).

Tuttavia, il coordinamento tra il primo comma degli artt. 561 e 563 e 2652, n. 8 cod. civ. appare complesso nel caso in cui il legittimario trascriva la domanda di riduzione entro il decennio dall'apertura della successione ma oltre il ventennio dalla trascrizione della donazione.

L'ipotesi si verifica quando il decesso del *de cuius* interviene in prossimità della scadenza del termine ventennale come accade nell'esempio che segue: donazione trascritta l'1 febbraio 1987;

²⁰⁵ Per ampi riferimenti, CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili* cit., pag. 1080 e ss.

²⁰⁶ MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 308 e ss.

²⁰⁷ Sebbene l'art. 563 cod. civ. letteralmente consideri solo l'ipotesi di alienazione dei beni donati, deve ritenersi applicabile anche quando siano stati alienati dagli onorati beni che abbiano costituito oggetto di disposizione testamentaria. L'angusta formulazione legislativa deve attribuirsi ad un difetto di coordinamento, dipendente dalla circostanza che la norma in esame, come varie altre concernenti questa materia, era riportata nel codice precedente in materia di donazioni (così, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 1983, pag. 329).

decesso del donante avvenuto il 31 dicembre 2005; costituzione di ipoteca sul bene donato iscritta il 5 marzo 2007 o acquisto da parte di terzi trascritto nella medesima data; domanda di riduzione proposta con citazione trascritta il 1° febbraio 2008.

In questa ipotesi il conflitto tra l'interesse del legittimario e quello del potenziale terzo acquirente o creditore ipotecario è netto ed insanabile e ciascuno può invocare norme a propria tutela: il legittimario, che ha agito nei termini di legge (entro il decennio dalla data di apertura della successione) può invocare la salvezza del comma dell'art. 563 cod. civ. (art. 2652, n. 8 cod. civ.) per esigere la restituzione dal terzo o la liberazione dai pesi e vincoli; il terzo acquirente o il creditore ipotecario possono invocare rispettivamente il primo comma dell'art. 563 o dell'art. 561 cod. civ. per far salvi l'acquisto o la garanzia.

La dottrina non offre soluzioni univoche.

Alcuni, privilegiando la *ratio* della riforma, affermano debba prevalere l'interesse dei terzi²⁰⁸; altri ritengono invece che la soluzione non possa che trovarsi nella lettera della legge e perciò nell'art. 2652, n. 8, cod. civ. fatto salvo dal quarto comma dell'art. 563 cod. civ. che risolve il conflitto a favore del legittimario²⁰⁹.

²⁰⁸ CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c.: conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati* in *Riv. Notariato* 2005, fasc. 5, pag. 1019.

²⁰⁹ SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, Vol. I, Milano 2011, pag. 2489; IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.* cit., pag. 943 e ss.

§5. L'atto di opposizione ex art. 563, quarto comma, cod. civ..

Si è già osservato che la “seconda parte” della novella ha introdotto la facoltà del legittimario di “sospendere” il termine previsto dagli artt. 563 e 561, primo comma, cod. civ. e che l’attribuzione di uno strumento di tutela alle attese dei legittimari in relazione ad una successione non ancora aperta costituisce assoluta novità nel sistema delle successioni per causa di morte.

5.1. Un primo problema ermeneutico interessa l’effetto che produce l’opposizione sul decorso del termine ex artt. 561 e 563 cod. civ. e se cioè si tratti davvero di “sospensione” come indicata nella legge.

Dalla riconosciuta qualificazione del termine come di “durata”²¹⁰ discende che, impropriamente, il quarto comma dell’art. 563 cod. civ. definisce “sospensione” l’effetto conseguente alla trascrizione dell’opposizione perché un vero e proprio effetto sospensivo sarebbe possibile soltanto con riferimento ad un diritto che può già essere esercitato ed il cui termine, per una qualche ragione, venga sospeso.

Questo non accade nella fattispecie in esame nella quale il diritto ad agire in restituzione (art. 563 cod. civ.) o in riduzione (art. 557 cod. civ.) per conseguire la liberazione da vincoli e pesi imposti dal donatario (art. 561 cod. civ.) non è ancora attuale.

Pertanto, secondo la prevalente dottrina²¹¹ più che di sospensione dovrebbe discorrersi di prolungamento del termine nel senso che per valutare la tempestività dell’azione proposta ai fini della liberazione dei pesi e vincoli (art. 561 cod. civ.) o per agire in restituzione nei confronti dei terzi acquirenti (art. 563 cod. civ.), i venti anni (o i multipli) di “sospensione” vanno aggiunti al periodo intercorrente tra la trascrizione dell’opposizione e l’apertura della successione²¹².

Per chiarire meglio si ritiene utile un esempio: Tizio ha donato un immobile a Caio il 31 gennaio 1987 ed il notaio rogante ha trascritto

²¹⁰ Cfr. *supra*, pag. 61.

²¹¹ TRIOLA, *La tutela dei legittimari* cit., pag. 155; CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili* cit., a pag. 1092-1093 osserva che non di sospensione si tratta, bensì di un prolungamento della tutela reale riconosciuta ai diritti del futuro legittimario opponente. Il carattere oggettivo del limite temporale fissato alla tutela reale del legittimario impedisce una opposizione da parte del coniuge o di discendenti sopravvenuti dopo il ventennio. Nello stesso senso, GAZZONI, *Competitività e dannosità*, in *Giust. civ.*, 2006, 1 cit., pag. 3 e ss. par. 4, il quale precisa che in tal caso un’opposizione tardiva sarebbe impossibile perché nel silenzio della legge il *dies a quo* di decorrenza del termine non potrebbe fissarsi nella data del matrimonio o della nascita del futuro legittimario, anziché in quello della trascrizione della donazione.

²¹² TRIOLA, *La tutela dei legittimari* cit., pag. 155 e ss.

l'atto in data 1 febbraio 1987; Caio, a garanzia di un credito concessogli da una banca, ha iscritto ipoteca sull'immobile donatogli in data 31 marzo 1995.

Mevio, parente in linea retta di Tizio, dopo averla notificata, trascrive opposizione alla donazione nei confronti di Caio in data 1 febbraio 2006 e in data 1 febbraio 2007 muore il donante Tizio.

Mevio, legittimario leso nella sua legittima, agisce in riduzione nei confronti di Caio notificando la citazione in data 1 febbraio 2013.

Per accertare la tempestività della domanda ai fini degli effetti previsti dall'art. 561 cod.civ. occorre sommare al tempo già trascorso prima dell'opposizione (nell'esempio i 19 anni trascorsi dall'1 febbraio 1987 alla trascrizione dell'opposizione avvenuta l'1 febbraio 2006) quello di sospensione sino alla data di apertura della successione (dall'1 febbraio 2006 all'1 febbraio 2007) equivalente ad un anno.

Nell'ipotesi in esame Mevio ha prolungato, per effetto dell'opposizione, il termine ventennale (*ex art. 561 cod.civ.*) di un anno e, quindi, all'accoglimento della domanda conseguirà anche la liberazione dell'immobile dall'ipoteca, soltanto se dalla data di trascrizione della donazione a quella di notifica della citazione non sia trascorso un termine maggiore di 21 anni.

Dalla trascrizione della donazione alla data di proposizione della domanda sono trascorsi 26 anni (1 febbraio 1987-1 febbraio 2013) e così, in caso di accoglimento della domanda, l'immobile non sarà liberato dall'ipoteca iscritta dal donatario il quale, tuttavia, sarà tenuto a compensare il legittimario del minor valore del bene qualora la domanda di riduzione risulti essere stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione (art. 561, primo comma, cod. civ.).

Le stesse modalità di calcolo valgono per la tempestività dell'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente (art. 563 cod. civ.).

Altro aspetto problematico attiene all'ammissibilità dell'esercizio del diritto di opposizione dopo il decesso del *de cuius* donante.

Isolata è rimasta l'opinione espressa da un autore²¹³ secondo cui il legittimario "*può opporsi in qualsiasi momento, prima e anche dopo la morte del donante, alla donazione*".

Secondo la prevalente dottrina²¹⁴, invece, l'opposizione (e l'eventuale

²¹³ PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la L. n. 80 del 2005*, in *Vita not.*, 2005, pag. 766.

²¹⁴ BUSANI, *L'opposizione* cit., pag. 13 e ss.; DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 57 e ss.; GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in *Vita not.*, 2005, pag. 720; CAMPANILE, *Modifica degli articoli 561 e 563 c.c. – Miniriforma (D.L. n.*

rinnovazione prima della scadenza del ventennio) può essere proposta soltanto durante la vita del donante perché dal momento dell'apertura della successione il legittimario, concorrendone le condizioni, può agire in riduzione e restituzione.

5.1.1. L'ultimo periodo del quarto comma dell'art. 563 cod. civ. prevede che *“l'opposizione perde effetto se non è rinnovata prima che siano trascorsi venti anni dalla sua trascrizione”*.

Dalla chiara formula legislativa si ricava che, in difetto di rinnovazione dell'opposizione, l'effetto “sospensivo” si produce soltanto per il periodo di venti anni e che, una volta scaduto il ventennio dalla proposizione dell'opposizione, la sospensione cessa *ex nunc*.

Da questo momento il termine di consolidamento, sospeso dall'opposizione, inizia a decorrere nuovamente e si somma a quello già trascorso prima dell'opposizione.

Pertanto, nell'esempio precedente, in caso di morte di Tizio in data successiva all'1 febbraio 2027, in mancanza di rinnovazione dell'opposizione, l'acquisto del terzo avente causa dal donatario ed i pesi e vincoli da questi apposti sul bene saranno salvi (nell'esempio, il tempo già trascorso sino alla prima opposizione è di 19 anni; gli effetti dell'opposizione trascritta l'1 febbraio 2006 cesseranno l'1 febbraio 2026; dal 2 febbraio 2026 il termine continuerà a decorrere, si salderà con quello precedente ed il ventennio maturerà l'1 febbraio 2027).

La dottrina si è anche interrogata sull'astratta possibilità di rinnovare l'opposizione successivamente alla scadenza del ventennio precedente “sospeso” per effetto della primitiva opposizione ed ha fornito al quesito risposta negativa.

Ha osservato²¹⁵ che nonostante l'analogia terminologica con il sistema della rinnovazione delle ipoteche disciplinata dall'art. 2847 cod. civ. il cui secondo comma recita *l'effetto cessa se “l'iscrizione” non è rinnovata prima che scada detto termine*, nell'art. 563, quarto comma,

14.03.2005 n.ro 35 - Legge conversione n.80/2005) (Legge n. 263 del 23 dicembre 2005 - G.U. n.301 28.12.2005) in www.conotna.notariato.it/. Va segnalato che più recentemente lo stesso PALAZZO, *I contratti di donazione* a cura di PALAZZO, 2009, a pag. 181 ha sostenuto: *“indubbiamente, una volta aperta la successione del donante, l'esercizio del diritto di opposizione appare superfluo, avendo il legittimario a disposizione il più efficace strumento dell'azione di riduzione”*.

²¹⁵ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa* cit. pag. 773 e ss.; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., pag. 1132 e ss.; CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; CAMPANILE, *Modifica degli articoli 561 e 563 c.c.* cit.; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione di beni immobili provenienti da donazione* cit., pag. 7. e ss.

cod. civ., la rinnovazione non è riferita alla trascrizione, bensì alla stessa opposizione (“*l’opposizione*” *perde effetto*).

Pertanto, diversamente dalla rinnovazione dell’ipoteca in cui il decorso del ventennio incide soltanto sull’iscrizione e non sul titolo consentendo al creditore, una volta scaduta, di iscrivere una nuova ipoteca, nella fattispecie prevista dall’art. 563, quarto comma cod. civ., la scadenza del termine ventennale di sospensione, in difetto di tempestiva rinnovazione, “consuma” lo stesso diritto di opposizione del legittimario.

Sembra, inoltre, potersi sostenere che ammettere la possibilità di rinnovare l’opposizione una volta scaduto il termine ventennale di sospensione, da una parte contrasti con il chiaro dato normativo (“*prima che siano trascorsi venti anni...*”) e, dall’altra, equivalga a vanificare la “prima parte” della riforma perché la sicurezza acquisita dai terzi sulla cessazione ad una determinata data dell’effetto sospensivo, verrebbe nuovamente rimessa in discussione.

La rinnovazione, allora, appare costituire una proroga del precedente termine che può validamente intervenire soltanto prima della sua scadenza (es.: art. 154 cod. proc. civ.).

5.2. Secondo parte della dottrina, l’atto di opposizione ha natura negoziale²¹⁶; altri autori²¹⁷ ritengono trattarsi di un atto giuridico in senso stretto perché non è richiesta all’autore dell’atto alcuna specifica manifestazione di volontà degli effetti i quali sono predeterminati dal legislatore.

Ad avviso dei fautori della teoria dell’atto giuridico, il contenuto dell’atto è predeterminato in modo vincolante dalla legge e l’opposizione non ha alcun effetto innovativo sulla realtà giuridica preesistente, essendo diretta esclusivamente alla conservazione della tutela reale in capo al legittimario opponente. Inoltre, gli effetti dell’opposizione si producono per legge a prescindere da qualsiasi specifica volontà dell’autore dell’atto.

La differenza tra negozio e atto giuridico in senso stretto attiene

²¹⁶ BUSANI, *L’atto di opposizione* cit., pag. 16; CALVO, *L’opposizione alla donazione* in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2011, II, pag. 349 e ss.; VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito* cit, pag. 572 e ss.; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7. e ss.; ROSSANO, *Rinuncia all’opposizione alla donazione e suoi effetti*, in *Not.*, 2006, pag. 574.

²¹⁷ VIDARI-MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima* in *Riv. Notariato* 2006, pag. 711, nota 17; BEVIVINO, *Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 del codice civile*, in *Notariato*, 2007, pag. 579.

principalmente al ruolo della volontà.

Mentre nei primi la volontà è diretta soltanto a porre in essere l'atto (es.: adempimento del debitore o intimazione di pagamento che il creditore rivolge al proprio debitore) dal cui compimento conseguono gli effetti previsti dalla legge (es.: estinzione dell'obbligazione in caso di adempimento; interruzione della prescrizione in caso di richiesta di pagamento; risarcimento dei danni in caso di fatto illecito doloso o colposo) indipendentemente dalla volontà dell'autore²¹⁸, nel negozio giuridico la volontà è diretta non soltanto a compiere l'atto in sé, ma a regolamentare, nell'ambito dell'autonomia privata riconosciuta dall'ordinamento, i propri interessi e a produrre perciò delle modificazioni della situazione giuridica preesistente²¹⁹ attraverso atti (es.: contratti) tipici o anche atipici purchè meritevoli di tutela.

E' importante stabilire se un determinato atto sia atto giuridico in senso stretto o negozio giuridico perché diverse sono le conseguenze in ordine alla disciplina applicabile con riferimento ai vizi della volontà.

Poiché nei meri atti non è possibile parlare di volontà degli effetti²²⁰, bensì soltanto di volontarietà della condotta dichiarativa²²¹, la rilevanza dei vizi del volere è limitata in linea generale alla riconducibilità all'agente del comportamento posto in essere e, in secondo luogo, ad accertare gli aspetti che la legge considera e disciplina con riferimento a quel determinato atto.

Per chiarire quanto esposto si ritiene utile un esempio.

Se Tizio riconosce Caio come proprio figlio (atto giuridico in senso stretto) non può contestare gli effetti che la legge riconnette al riconoscimento (es.: obbligo di mantenimento) sostenendo, ad esempio, di essere stato ingannato da Caio e di aver voluto perseguire attraverso il riconoscimento uno scopo diverso.

Ciò che conta è soltanto la veridicità della dichiarazione perché l'art. 263 cod. civ. consente l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

Tuttavia, l'art. 265 cod. civ. ammette, con specifico riferimento al riconoscimento, anche l'impugnazione per violenza per cui, ancorchè

²¹⁸ GALGANO, *Il Contratto*, Lavis 2011, pag. 8 e ss.; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano 2009, pag. 195.

²¹⁹ TORRENTE, *Manuale cit.*, pag. 196.

²²⁰ BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 3, pag. 174, Milano 2000.

²²¹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, pag. 82, Napoli 2006.

veritiera, Tizio potrebbe impugnare la dichiarazione di riconoscimento se l'avesse resa per effetto della violenza di Caio.

Indipendentemente dalla qualificazione giuridica (atto in senso stretto o negozio), appare abbastanza improbabile la configurabilità di una volontà viziata nell'atto di opposizione, in considerazione del fatto che, per essere destinata alla trascrizione, l'opposizione dovrà necessariamente assumere la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (o giudizialmente accertata) e, quindi, almeno nel primo caso, il notaio accerterà la genuinità o meno della volontà dichiarata.

5.2.1. La legge n. 80 del 2005 qualifica espressamente l'opposizione come un diritto: si tratta, ad avviso della prevalente dottrina²²², di un diritto soggettivo potestativo attribuito ad ogni legittimario in ragione del suo *status* personale rispetto al donante, al cui esercizio sono soggetti il donatario ed i suoi aventi causa.

A tal proposito, si osserva che i poteri di conformazione dell'altrui sfera giuridica sono definiti dalla dottrina italiana diritti potestativi²²³ e da quella tedesca “*Gestaltungsrechte*” che per prima li teorizzò a cavallo del XIX e XX secolo²²⁴.

Il diritto potestativo consiste nell'attribuzione del potere di incidere sulla sfera giuridica di altra parte che, per trovarsi in stato di mera soggezione, è costretta a subirne le conseguenze a prescindere dal suo

²²² CAMPISI, *Azione di riduzione a tutela del terzo acquirente alla luce delle LL.14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263* in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione* in *Riv. notariato*, 2013, fasc. 2, pag. 281 e ss.; D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa* in *Rivista Notariato* 2011, pag. 1271 e ss. chiarisce che il legittimario ha il diritto potestativo di prolungare il termine ventennale di consolidamento degli acquisti del bene donato da parte di terzi, diritto il cui esercizio presuppone l'adempimento dell'onere di notificare e trascrivere la c.d. opposizione alla donazione.

²²³ L'introduzione in Italia della categoria dei diritti potestativi si deve all'opera di CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist. Milano 1993, pag. 22 e ss. (per il quale “quando il diritto connette all'atto lecito unilaterale d'un cittadino (...) la nascita di effetti giuridici nuovi inevitabili per parte di colui sulla cui sfera gravano, ivi è una potenza autonoma, un diritto subiettivo”). L'illustre autore fu il primo a coniare l'espressione “potestativi” per tali diritti: “potremmo chiamarli diritti potestativi perché si esauriscono in una potestà”.

²²⁴ THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Aalen 1964, rist. ed. Weimar 1878, pag. 338 e ss.; BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Aalen 1979, rist. ed. Weimar 1886, pag. 89 e ss.; ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig 1898, pag. 43-44; STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, Zürich 1984, pag. 55 e ss. rileva che il *Gestaltungsrechte* (diritto potestativo) si configura quando un soggetto può produrre in via unilaterale effetti giuridici nella sfera altrui, senza la cooperazione di questo soggetto.

consenso²²⁵.

L'effetto può essere collegato alla mera manifestazione stragiudiziale di volontà della parte (es.: recesso) oppure richiedere un provvedimento del giudice che, attraverso una sentenza costitutiva, costituisca, modifichi o estingua il rapporto (es.: annullamento; risoluzione del contratto)²²⁶.

Nel caso dell'opposizione in esame, definita "stragiudiziale" dallo stesso art. 563 cod. civ., appare evidente che la relativa trascrizione produce l'effetto "sospensivo" senza alcuna necessità di intervento giudiziale e pertanto il donatario (o il suo avente causa), nei cui confronti venga trascritto l'atto, non può svolgere alcuna attività per impedire l'effetto "sospensivo" che la legge attribuisce all'opposizione; è costretto a subire la rimozione dei limiti temporali introdotti dalla riforma per l'esercizio dell'azione restitutoria nei confronti dei terzi acquirenti o aventi causa e per la purgazione dei beni dai pesi e gravami imposti dopo la donazione.

Sotto tale profilo, l'esercizio del diritto di opposizione, incidendo nella sfera giuridica altrui, costituisce indubbiamente un diritto potestativo.

Tuttavia, secondo parte della dottrina²²⁷, non si è in presenza di un potere sostanziale (diritto potestativo) qualora l'effetto giuridico conseguente ad un atto unilaterale non incide nella sfera giuridica di un altro soggetto, ma interessa esclusivamente quella dell'agente; in tali ipotesi, si tratta dell'esplicazione del generale potere giuridico, spettante in modo indifferenziato ad ogni soggetto dell'ordinamento.

Ad avviso della dottrina in esame, non appartengono alla categoria dei diritti potestativi alcune facoltà acquisitive speciali quali

²²⁵ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, tomo I, Torino, 1993, pag. 209. Il carattere derogatorio o, se si vuole, eccezionale, di poteri che abilitano un soggetto a produrre effetti giuridici in via unilaterale nella sfera altrui, ha dato luogo nella nostra dottrina ad indagini dirette a verificarne la compatibilità con i principi costituzionali e, in specie, con quello di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. (BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977, pag. 4 ss.; BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova 1986, pag. 42 ss.; pag. 110 e ss. e pag. 191 ss. ove si rileva il carattere eccezionale del diritto potestativo.

²²⁶ Talvolta, lo stesso diritto potestativo può essere esercitato, a seconda delle circostanze, stragiudizialmente o attraverso sentenza costitutiva; classico esempio è l'esclusione del socio in relazione alla società semplice con riferimento alla quale l'art. 2286, primo comma, cod. civ., prevede la delibera della maggioranza dei soci mentre nel caso di società composta di due soli soci, l'esclusione di uno di essi è pronunciata dal Tribunale su domanda dell'altro (art. 2287, secondo comma, cod. civ.).

²²⁷ BIGLIAZZI-GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 1, Torino 2000, pag. 321 e ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977, pag. 97; MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960, pag. 743.

l'occupazione della *res nullius* o l'accettazione dell'eredità, perché in questi casi l'effetto giuridico è limitato alla sfera dell'agente e non incide su situazioni giuridiche altrui.

L'occupazione della cosa priva altri della possibilità di occuparla e di acquisirne la propria; l'accettazione dell'eredità impedisce ai chiamati successivi di diventare erede; tuttavia, *“le posizioni di questi soggetti vengono toccate non in senso giuridico, ma in solo empirico perché ad essi non si tolgono diritti, ma mere aspettative di fatto”*²²⁸.

In applicazione delle esposte conclusioni, appare dubbia la configurabilità dell'opposizione ex art. 563 cod. civ. come diritto potestativo in quanto, come osservato, gli effetti si producono direttamente nella sfera giuridica dell'opponente attraverso la rimozione del limite temporale del ventennio e, soltanto di riflesso nelle sfere giuridiche del donatario o del terzo acquirente.

5.2.2. Nella fattispecie delineata dal legislatore, il vantaggio della sospensione del termine di consolidamento della donazione consegue all'esercizio, non obbligatorio e non sanzionato in caso di omissione, del diritto di opposizione da parte del legittimario.

Secondo quanto osservato in dottrina²²⁹, l'esercizio dell'opposizione costituisce un vero e proprio onere per il legittimario allo stesso modo di come dovrebbe discorrersi di onere per la trascrizione delle domande giudiziali, non obbligatorie per legge e la cui mancata attuazione, non sanzionata, determina in capo alle parti che le omettono, la perdita di effetti favorevoli²³⁰.

Il coniuge e ciascun parente in linea retta a cui l'art. 563 cod. civ. attribuisce il relativo diritto, ha perciò l'onere di opporsi alla donazione per evitare che l'atto, decorso il ventennio, si consolidi; trattandosi di diritto riconosciuto a singoli soggetti, ciascun legittimato deve esercitarlo attraverso un atto unilaterale.

Ragioni di economia inducono a ritenere ammissibile la proposizione cumulativa dell'opposizione da parte di più legittimari che potranno esercitarla attraverso un unico atto sottoscritto dai singoli opposenti da notificare al donatario o, in caso di pluralità di donatari, a ciascuno di essi²³¹.

²²⁸ Così ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, pag. 26; in senso conforme, DONISI, *Atti unilaterali*. I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, pag. 3 e ss.).

²²⁹ In particolare, *supra*, §4, nota n. 163 ove è trascritta la definizione di IEVA.

²³⁰ PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, pag. 731 e ss.

²³¹ *Infra*, § 8.

L'opposizione, secondo quanto previsto dalla legge, deve essere notificata e trascritta nei confronti del “*donatario e dei suoi aventi causa*”; trattasi perciò di atto recettizio idoneo a render nota al donatario la situazione di “contrasto” e di sospensione del termine al fine di consentirgli di valutare l'opportunità o meno di porre in essere atti dispositivi.

L'indicata finalità, osserva una dottrina²³², non potrà più essere perseguita qualora, al momento della notifica, il donatario abbia già trasferito a terzi il bene.

Infine, va rimarcata l'anomalia di un atto recettizio che, come l'opposizione, anziché produrre gli effetti giuridici dal momento in cui è portata a conoscenza del destinatario come avviene normalmente, necessita, per la produzione dell'effetto “sospensivo”, della trascrizione che costituisce il momento culminante della fattispecie a formazione successiva delineata dal legislatore²³³.

²³² BUSANI, *L'atto di opposizione cit.*, pag. 18.

²³³ *Infra*, § 8.

§6. La personalità dell'opposizione

“Il diritto dell'opponente è *personale* e rinunciabile”(art. 563, quarto comma, cod. civ.).

Il termine personale assume nel linguaggio giuridico una pluralità di significati.

In ambito patrimoniale, la dottrina²³⁴ attribuisce natura “personale” a quelle posizioni giuridiche soggettive che non possono essere trasmesse a terzi, neppure a titolo universale, come accade per i diritti di uso e di abitazione e natura “personalissima” ai diritti inviolabili previsti dall'art. 2 Cost.²³⁵ e a tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che debbono necessariamente essere esercitate dal titolare non potendo essere demandate ad un rappresentante (es.: testamento; matrimonio; separazione personale, riconoscimento del figlio, adozione)²³⁶.

Parte della dottrina²³⁷ sostiene che il carattere personale del diritto di opporsi non consente che la situazione giuridica propria dell'opponente possa trasmettersi, con la morte di lui, ai suoi eredi, precisando che, qualora si ritenesse trasmissibile l'indicato diritto, il pregiudizio per la circolazione crescerebbe in modo esponenziale per la moltiplicazione dei potenziali legittimari²³⁸.

Pertanto, diversamente dall'azione di riduzione, trasmissibile *mortis causa* agli eredi del legittimario (art. 557, primo comma, cod. civ.)²³⁹, deve escludersi che analoga situazione possa verificarsi per l'opposizione.

²³⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, VII Edizione, pag. 270 e ss.

²³⁵ Nell'ambito dei diritti personalissimi che secondo la dottrina e la giurisprudenza costituisce catalogo aperto a nuovi diritti che di volta in volta emergeranno come avvenuto nel celebre caso Englaro di cui si è occupata la Suprema Corte nella sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, rientrano in primo luogo quelli inviolabili ex art. 2 Cost. che lo Stato non attribuisce ma riconosce sussistenti in capo ai singoli quali ad esempio il diritto alla vita, alla salute, all'onore, al nome, all'identità personale, caratterizzati dall'assolutezza, indisponibilità e imprescrittibilità.

²³⁶ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, VII Edizione, pag. 270 e ss.

²³⁷ DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 2, pag. 305 e ss.; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *StudiumJuris* 2005, pag. 1135 e ss.; CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente cit.*, pag. 1269 e ss.

²³⁸ VIDARI-MARCOZ, *La miniriforma cit.*, pag. 699 e ss.

²³⁹ Al riguardo, per tutti, MENGONI, *Successione necessaria cit.*, pag. 242.

Altra dottrina²⁴⁰, concordando sulle conclusioni, osserva che un problema di trasmissione ereditaria del diritto di opposizione neppure si pone.

Difatti, osserva, poiché l'opposizione può esser proposta esclusivamente dal coniuge e dai parenti in linea retta del donante, se taluno di costoro premuoria al donante dopo aver maturato il diritto di opporsi senza averlo esercitato, suo successore sarà di regola un altro soggetto che, in quanto discendente del donante, è titolare del diritto di opporsi *iure proprio*, indipendentemente cioè dalla trasmissione fattagli per successione.

Qualora successore del legittimario premorto sia un soggetto non legittimario del donante (es.: un terzo estraneo nominato erede universale con testamentario), la trasmissione del diritto di opposizione sarebbe sostanzialmente inutile perché il successore universale (o particolare), non essendo legittimario del donante, non potrebbe esercitare l'azione di riduzione e restituzione nei confronti dei terzi acquirenti e perciò non riceverebbe alcuna utilità dalla trasmissione del diritto di opporsi.

Per la stessa ragione, per l'indicata dottrina, costituisce falso problema quello della cedibilità a terzi attraverso atti *inter vivos* del diritto di opposizione ovvero dell'esercizio in via surrogatoria dell'opposizione da parte dei creditori del legittimario, su cui concorda l'unanime dottrina sul rilievo che l'opposizione incide su delicati equilibri familiari che un rappresentante terzo estraneo alla famiglia potrebbe non essere in grado di comprendere²⁴¹.

²⁴⁰ BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4, c.c.)*; Studio n. 5809/C approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 21 luglio 2005 in www.notariato.it, pag. 25 e 26; BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.* in *Riv. Notariato* 2006, pag. 279 e ss.

²⁴¹ D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione* cit. ricorda che tra le svariate ragioni che inducono a non proporre l'opposizione vi è talvolta anche il non voler dispiacere il donante ovvero la speranza che magari le disposizioni testamentarie potranno «riequilibrare» a favore del non opponente la situazione di squilibrio determinata da pregresse liberalità poste in essere dal *de cuius*.

Negano la trasferibilità per atto *inter vivos*: DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari* cit., a pag. 310 nega l'esperibilità dell'azione revocatoria o surrogatoria da parte dei creditori stante la natura personale del diritto di opposizione; DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari* cit., a pag. 92, alla nota 75 osserva che la cessione del diritto di opposizione potrebbe avere una sua utilità soltanto se compiuta a beneficio di altro legittimario che in precedenza aveva rinunciato ad opporsi; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 1132 e ss.; CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss., oltre a BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 26.

BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione* cit., pag. 277 e ss., seppur con qualche dubbio, ritiene possibile la surrogatoria qualora stiano per scadere i venti anni per il consolidamento

Quanto esposto non equivale a sostenere che l'opposizione sia atto personalissimo, insuscettibile di essere compiuto da un rappresentante poiché se lo si intendesse in tal modo, verrebbero frustrate le ragioni di coloro che al tempo della donazione siano minorenni lontani dal compimento della maggiore età come frequentemente accade per i figli del donante²⁴².

L'ordinamento giuridico italiano, difatti, al di fuori di ipotesi eccezionali (diritti personalissimi), consente nella generalità dei casi di svolgere qualunque attività giuridica di qualsiasi valore e di qualsiasi importanza soggettiva o oggettiva a mezzo procuratore.

La dottrina²⁴³ non individua perciò alcun valido motivo per negare che il legittimario, ad esempio gravemente ammalato (ma anche per diversa e più futile ragione) possa nominare un procuratore che, nel suo interesse, effettui l'atto di opposizione a cui è pacificamente assegnato il ruolo soltanto prenotativo di una futura azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente.

La "personalità" dell'opposizione non è contraddetta dalla circostanza che a compiere l'attività sia un rappresentante del legittimario; difatti, il procuratore che pone in essere l'opposizione, a causa del contenuto dell'atto predeterminato dalla legge, non effettua alcuna valutazione o scelta nell'interesse del legittimario ma opera, semmai, come un mero *nuncius*.

La dottrina unanime sostiene che con l'utilizzo del termine "personale", il legislatore abbia inteso affermare che l'opposizione può essere proposta soltanto dai soggetti indicati dalla legge (coniuge e parenti in linea retta del donante) e che una volta proposta o non proposta da uno di costoro, eventualmente a mezzo *nuncius*, giova o danneggia soltanto la persona che la propone.

In altri termini, l'effetto sospensivo del termine ventennale di consolidamento non si estende agli altri legittimari che non si sono opposti alla donazione²⁴⁴.

dell'atto oppure il donante versi in grave condizioni fisiche purchè sussistano i presupposti dell'azione.

²⁴² BALESTRA, Art. 456-712, *Successioni legittime e testamentarie* in *Commentario al codice civile* diretto da Cendon, Milano 2009, a pag. 748 ipotizza la richiesta di nomina di curatore speciale affinché il minore possa validamente opporsi alla donazione.

²⁴³ BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 27; BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione* cit., pag. 279 e ss.

²⁴⁴ Tra gli altri, CAPOZZI, *Successioni*, cit., pag. 582; D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa* in *Rivista Notariato* 2011, pag. 1271 e ss.; DE FRANCISCO, *Nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili* cit., pag. 7. e ss.; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 1132 e ss.;

E' stato osservato che se l'opposizione" dispiega effetti solo per il soggetto che l'abbia effettuata (e non per gli altri legittimati alla "opposizione" che restino inerti), è peraltro possibile che tutti i legittimati alla "opposizione" (o alcuni soltanto di essi) proponano "opposizione" con un unico atto "congiunto".

In caso di pluralità di donatari, la "opposizione" andrà notificata singolarmente a ciascuno di essi, in quanto la notifica rivolta ad uno solo dei donatari non può essere ritenuta capace di dispiegare i propri effetti anche nei confronti dei donatari che non abbiano avuto la notifica medesima²⁴⁵.

6.1. Titolari del diritto di opposizione sono, ai sensi dell'art. 563 cod. civ., il coniuge e i parenti in linea retta dal donante.

Non il coniuge divorziato che dal giorno dell'annotazione della sentenza che scioglie il matrimonio perde lo *status* di coniuge (art. 5 L. n. 898/70) ed i diritti successori ancorchè possa essere destinatario del legato alimentare ex art. 9 *bis* L. n. 898/1970 e successive modificazioni alle condizioni ivi previste tra cui lo stato di bisogno da accertare giudizialmente.

Allo stesso modo, non può proporre opposizione, perché escluso dalla successione, il coniuge separato, cui è stata addebitata la separazione qualora la sentenza non abbia posto a carico dell'altro coniuge l'obbligo di alimenti (art. 548, secondo comma, cod. civ.).

Secondo alcuni²⁴⁶ il coniuge separato con addebito (o con addebiti reciproci) può proporre opposizione qualora il coniuge donante sia tenuto a versare gli alimenti perché l'art. 548, secondo comma, prima parte, cod. civ., sebbene non riconosca la quota legittima, riserva comunque all'alimentato un assegno vitalizio di importo non superiore agli alimenti.

Altra dottrina²⁴⁷, per restringere il numero dei potenziali opposenti, afferma invece che il coniuge cui è stata addebitata la separazione, non avendo alcun diritto ad ottenere la quota di legittima in natura, è

CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 13 e ss.; DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 57 e ss.; VITUCCI, *Tutela dei legittimari*, cit., pag. 572 e ss.; BARALIS, *Riflessioni* cit., pag. 279 e ss.; VIDARI-MARCOZ, *La miniriforma* cit., pag. 699 e ss.; CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 788.

²⁴⁵ BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 13 e ss.

²⁴⁶ DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 57 e ss.

²⁴⁷ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss.; CATALLOZZI, *In tema di atti di provenienza donativa* in *CNN Notizie* del 25 maggio 2005.

escluso dal novero di chi può proporre un'opposizione finalizzata all'esercizio dell'azione reale di restituzione nei confronti del terzo, salvo che non intervenga una riconciliazione con il donante che gli farebbe riacquistare il relativo diritto, con decorrenza dal giorno in cui la riconciliazione è annotata a margine dell'atto di matrimonio.

Può certamente proporre opposizione il coniuge separato a cui non è addebitata la separazione perché l'art. 548, primo comma, cod. civ. gli attribuisce gli stessi diritti del coniuge non separato.

Secondo la prevalente dottrina²⁴⁸ il coniuge chiamato alla successione è la persona che risulta sposata con il *de cuius* al momento dell'apertura della successione indipendentemente dal fatto che tra i coniugi sia pendente un giudizio di separazione con addebito, di divorzio, di annullamento o di nullità del matrimonio.

Prima del passaggio in giudicato della relativa sentenza, ciascuno dei coniugi potrà allora opporsi alle donazioni dell'altro anche se l'opposizione potrebbe rivelarsi inutile al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, separazione con addebito, annullamento o nullità del matrimonio che priverebbe, con effetti *ex nunc* nel caso di divorzio, separazione e annullamento ed *ex tunc* nell'ipotesi di nullità, l'opponente dello *status* di coniuge e, limitatamente alla separazione con addebito, del diritto alla quota di legittima.

In queste situazioni, il “pregiudizio” alla circolazione dell'immobile donato, che si verifica per il solo fatto della trascrizione dell'opposizione, continua però a prodursi anche per il periodo successivo alla pronuncia della sentenza che, ad esempio, sciogliendo il matrimonio o dichiarandone la nullità, abbia privato l'opponente della sua qualità di coniuge rispettivamente *ex nunc* ed *ex tunc*.

Per far cessare gli effetti “economici” dell'opposizione, qualora l'*ex* coniuge non revochi (c.d. rinuncia successiva) spontaneamente l'opposizione, dovrà riconoscersi al donatario o al terzo acquirente che vi ha interesse, il diritto di richiedere la cancellazione della trascrizione per difetto originario o sopravvenuto della titolarità dell'opponente a porre in essere l'opposizione.

L'opposizione può essere proposta anche dal coniuge putativo e cioè dal coniuge che, in buona fede, non conosceva la causa di invalidità del matrimonio e a cui l'art. 584, primo comma, seconda parte, cod.

²⁴⁸ SALA, *Il diritto del coniuge ad una quota di eredità in Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio in Il diritto di famiglia* diretto da Bonilini-Cattaneo, Torino, 2004, pag. 35.

civ. attribuisce la quota di riserva spettante al coniuge a condizioni che la dichiarazione di nullità del matrimonio sia pronunciata dopo la morte del *de cuius* purchè questi non abbia, al momento della morte, alcun legame derivante da valido matrimonio con altra persona (art. 584, secondo comma, cod. civ.).

Qualora invece l'invalidità del matrimonio venga accertata durante la vita del donante, il rapporto matrimoniale cessa *ex nunc* e, con esso, le conseguenze successorie; l'opposizione proposta resta così priva di effetti giuridici ma non "economici" e, anche in simile evenienza, potrebbe riconoscersi all'interessato il diritto di richiedere la cancellazione della trascrizione.

6.1.1. In mancanza di diversa indicazione, nella categoria dei parenti in linea retta che possono proporre opposizione vanno incluse tanto la linea ascendente, quanto quella discendente²⁴⁹.

La categoria è molto più ampia di quella dei legittimari prevista gli artt. 536 e ss. cod. civ. perché l'art. 563 cod. civ., anche in presenza dei figli, considera i discendenti ulteriori (in linea teorica all'infinito), che potrebbero venire alla successione soltanto in mancanza dei loro diretti ascendenti, e gli ascendenti ai quali, in presenza dei figli, la legge nulla riserva.

La ragione dell'ampiezza delle categorie è abbastanza evidente.

L'opposizione è finalizzata a preservare l'utile esercizio di un'azione futura, quella di restituzione da proporre successivamente al decesso del donante.

Prima di tale momento non è dato conoscere quali legittimari saranno in vita e quali invece saranno premorti al donante e, per garantire a ciascuno dei possibili aventi diritto alla restituzione la possibilità di esercitare la relativa azione nei confronti dei terzi acquirenti, il legislatore ha adottato l'ampia previsione dell'art. 563 cod. civ..

Per essere destinata a conservare un'azione riferita ad una situazione futura non conoscibile al momento in cui è posta in essere l'opposizione, ciascun legittimario "astratto", nessuno escluso, ha interesse attuale ad opporsi alle donazioni e tra costoro anche chi, come un genitore, al momento in cui si oppone, potrebbe non essere concretamente legittimario (art. 538 cod. civ.) per la presenza di figli del donante.

Difatti, nulla esclude che, per la premorienza dei figli, dopo il decesso

²⁴⁹ Diffusamente, CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit. pag. 773 e ss.

di quest'ultimo, sia proprio il genitore, legittimario, a versare nella condizione di poter esercitare concretamente l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti.

Per individuare gli ascendenti titolari del diritto di opporsi, è necessario accertare quali siano i soggetti che potrebbero astrattamente assumere la qualificazione giuridica di legittimari.

In tale "categoria" rientrano in primo luogo i genitori ed i loro ascendenti; i genitori adottivi ed i loro ascendenti in caso di adozione di minori piena e legittimante (art. 27 L. n. 184/83)²⁵⁰.

Sono invece esclusi i genitori adottanti sia in caso di adozione di minori non piena (art. 44 e ss. L. n. 184/83) che non attribuisce all'adottante alcun diritto successorio (art. 304, primo comma cod.civ. e art. 55 L. n. 184/1983), che di adozione di maggiorenni (art. 291 e ss. cod. civ.).

Nelle indicate ipotesi, legittimari sono i genitori (ed i loro ascendenti) della famiglia di origine (art. 300 cod. civ.).

Sono esclusi anche i genitori naturali anche se abbiano riconosciuto il figlio (art. 538, primo comma cod. civ.)²⁵¹.

Tale esclusione non trova più alcuna giustificazione perché l'art. 71 del Decreto Legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013, in vigore dal 7 febbraio 2014, in attuazione della delega conferita con l'art. 2 L. 10 dicembre 2012, n. 219, ha modificato l'art. 538 cod. civ. e soppresso, sia nella rubrica che nel primo comma, i termini "legittimi" e "naturali" riferiti ai figli e "legittimi" riferito agli ascendenti.

Il nuovo testo "*se chi muore non lascia figli (senza etichette), ma ascendenti (senza etichetta) a favore di questi è riservato un terzo del*

²⁵⁰ CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima* in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Vol. 5, Torino 1997, pag. 443 osserva che l'adozione *piena o legittimante* ha l'effetto di escludere dalla successione gli eventuali genitori di sangue perché fa cessare i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine (art. 27, terzo comma, L. n. 184/83).

²⁵¹ CAPOZZI, *Le successioni* cit., pag. 431; CALDERONE, *Commento agli artt. 536-586. Della successione legittima e dei legittimari* in *Comm. teorico-pratico cod. civ.* a cura di De Martino, Roma 1976, pag. 116 e ss.

Altra dottrina (FERRANDO, *La successione del genitore naturale: problemi di legittimità costituzionale* in *Giur. It.* 1985, fasc. 2, col. 184) ritiene incostituzionale l'esclusione dalla riserva dei genitori naturali perché in contrasto con la pressoché completa equiparazione tra figlio legittimo e figlio naturale riconosciuto o giudizialmente accertato. Lo stesso BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia; Le successioni*, Milano 2005, pag. 683 afferma che l'esclusione degli ascendenti naturali dal novero dei legittimari configura una ingiustificata discriminazione lesiva del principio costituzionale di eguaglianza, posto che i genitori naturali hanno gli stessi diritti e doveri nei confronti dei figli. Nello stesso senso, BUCELLI, *I legittimari*, in *Il diritto privato oggi* a cura di Cendon, Milano 2002, pag. 137; ANDRINI, voce *Legittimari* in *Enc. Giuridica*, Roma 1990, pag. 4.

patrimonio....” non autorizza più l’esclusione del genitore dalla successione del figlio nato fuori dal matrimonio²⁵².

6.1.2. Tra i discendenti che possono proporre opposizione, vi sono in primo luogo i figli (e i loro discendenti).

La filiazione è stata oggetto di un importante intervento legislativo (L. 10 dicembre 2012, n. 219) che ha apportato notevoli modifiche all’istituto a cui va dedicato qualche accenno.

Lo spirito informatore della legge è stato dettato dall’esigenza di affermare una sostanziale equiparazione dei diritti dei figli legittimi e naturali, in attuazione dei principi costituzionali e degli obblighi imposti a livello internazionale.

E’ stato eliminato, anche sotto il profilo lessicale, la distinzione tra figlio legittimo e naturale con conseguente estensione delle disposizioni in tema di filiazione a tutti i figli, senza distinzioni; è stata poi rivisitata la disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio ed abrogato l’istituto della cd. legittimazione dei figli naturali, presupponente ancora una diversità di effetti tra filiazione legittima e filiazione naturale.

Con l’art. 1 del D. Leg.vo n. 154/2013 è stata modificata la rubrica dell’art. 87 sopprimendo la parola “affiliazione”, soppressi i termini “legittimi o naturali” nel primo comma e abrogati il secondo e terzo comma relativi all’affiliazione e alla filiazione naturale.

L’art. 2 della citata Legge n. 219/2012, al fine di eliminare ogni residua discriminazione tra figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio, ha conferito apposita delega al Governo esercitata il 28 dicembre 2013.

Il Decreto Legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale dell’8 gennaio 2014 ed entrato in vigore il 7 gennaio 2014), composto di 108 articoli, cancella dall’ordinamento italiano ogni residua discriminazione tra nati all’interno e all’esterno del matrimonio e adegua tutte le norme vigenti in materia di filiazione ai principi previsti dalla legge 219/2012, che ha equiparato lo *status* e diritti di tutti i figli, siano essi nati in costanza di matrimonio o fuori di esso.

La L. 10 dicembre 2012, n. 219, aveva già direttamente modificato, tra

²⁵² La L. 10 dicembre 2012, n. 219 ha direttamente apportato significative modifiche al codice civile in materia di filiazione; ha in particolare, direttamente modificato l’art. 315 cod. civ. e sancito il principio dell’unicità dello stato giuridico dei figli (“*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*”) delegando, con l’art. 2, il Governo ad adottare modifiche alla disciplina della filiazione allo scopo di eliminare ogni discriminazione.

l'altro, l'art. 315 cod. civ. affermando il principio dell'unicità dello stato giuridico.

L'art. 1 della citata legge aveva modificato anche l'art. 74 cod. civ. il cui attuale testo²⁵³ introduce il principio secondo cui la filiazione fuori dal matrimonio e adottiva, ad eccezione dell'adozione del maggiorenne, produce effetti successori nei confronti di tutti i parenti e non più solo dei genitori; aveva inoltre modificato l'art. 251 cod. civ. che vietava il riconoscimento dei cosiddetti figli incestuosi che nella previgente disciplina non avrebbero potuto opporsi alle donazioni dei genitori.

Il nuovo testo dell'art. 251 cod. civ. ha abolito il precedente divieto di riconoscimento e consentito così anche ai figli cd. incestuosi²⁵⁴, una volta riconosciuti, di opporsi ai sensi dell'art. 563 cod. civ.

Una forma di tutela per i figli irriconoscibili era già stata apprestata dalla Corte Costituzionale che, con sentenza 28 novembre 2002, n. 494 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, primo comma, cod. civ. *“nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, primo comma, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato”*.

In conseguenza di tale pronuncia i figli irriconoscibili erano già posti in condizioni di ottenere la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturali, così conseguendo il corrispondente *status* e potendo far valere i diritti successori al medesimo collegati (art. 573

²⁵³ Art. 74 (Parentela). – “La parentela e' il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione e' avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui e' avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio e' adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti”.

²⁵⁴ Con la L. n. 219/2012 è venuta meno o comunque si è attenuata quella vistosa discriminazione relativa ai figli cd. incestuosi e cioè nati da genitori uniti da vincolo di parentela, anche soltanto naturale, o di affinità in linea retta per i quali vigeva il divieto di riconoscimento da parte dei genitori - salvo che al tempo del concepimento avessero ignorato il vincolo esistente tra di loro o sia dichiarato nullo il matrimonio da cui deriva l'affinità - (art. 251 cod.civ. precedente testo).

Il nuovo testo dell'art. 251 cod.civ. consente ai genitori, seppur previa autorizzazione giudiziale, di poter riconoscere il figlio: primo comma: *Il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio*. L'art. 22 del D. Leg.vo n. 154/2013, a modifica del secondo comma dell'art. 251 cod. civ., ha sostituito il giudice che autorizza il riconoscimento; dal tribunale per i minorenni, all'attuale testo che così recita: *Il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal giudice*.

cod. civ.)²⁵⁵ tra cui la possibilità di proporre opposizione.

Ulteriori importanti novità apportato dal decreto legislativo riguardano il matrimonio putativo. L'art. 2 del D. Leg.vo n. 154 cit., ha sostituito il secondo comma dell'art. 128 cod. civ. con il seguente *“Il matrimonio dichiarato nullo ha gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli”*; ha eliminato qualsiasi riferimento ai figli nati durante il matrimonio o ai figli concepiti prima del matrimonio e riconosciuti, perché i figli sono semplicemente tali, quale che sia il momento del loro concepimento.

Ha cancellato inoltre ogni riferimento alla bigamia quale causa ostativa del riconoscimento del figlio.

Gli artt. 8 e 9 del D. Leg.vo n. 154 cit. hanno apportato modifiche agli artt. 231 e 232 cod. civ. modificando la presunzione di concepimento durante il matrimonio.

Il nuovo testo dell'art. 231 cod. civ. *“Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio”*, letto in combinato disposto con l'art. 232 cod. civ. *“Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi 300 giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio”*, attraverso l'eliminazione dell'espressione *“quando sono trascorsi 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio”*, contenuta nel precedente testo dell'art. 232 cod. civ. e l'aggiunta, nell'attuale testo dell'art. 231 cod. civ., dei termini *“nato durante il matrimonio”*, consente di concludere nel senso che il figlio si presume concepito durante il matrimonio anche se sono trascorsi pochi giorni dalla sua celebrazione, purché non siano decorsi i 300 giorni di cui all'art. 232 cod. civ..

L'art. 41 D. Leg.vo cit. ha modificato l'art. 317 cod. civ. sostituendo la potestà dei genitori con la responsabilità genitoriale di entrambi i genitori che non cessa a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio (art. 317, secondo comma cod. civ. testo attuale).

L'art. 55 D. Leg.vo cit. ha inserito un nuovo Capo (da 337 *bis* a 337 *octies*) con riferimento alla responsabilità genitoriale a seguito di separazione, divorzio, annullamento o nullità del matrimonio; il nuovo art. 337-*ter* cod. civ. disciplina i provvedimenti riguardo ai

²⁵⁵ L'art. 573 cod. civ. è stato modificato dall'art. 78 D. Leg.vo n. 154/13 che ha soppresso nella rubrica e nel primo comma il termine “naturali” sostituito dall'espressione *“nati fuori dal matrimonio”*.

figli, nell'ottica di garantire la c.d. bigenitorialità e cioè un rapporto stabile con entrambi i genitori²⁵⁶ per realizzare la quale il giudice dovrà adottare i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della stessa²⁵⁷.

Il decreto legislativo ha inoltre recepito la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, nella parte in cui si in cui ha limitato a cinque anni dalla nascita i termini per proporre l'azione di disconoscimento della paternità; ha introdotto il diritto degli ascendenti di mantenere “*rapporti significativi*” con i nipoti minorenni e portato a dieci anni il termine di prescrizione per l'accettazione dell'eredità per i figli nati fuori dal matrimonio.

Quelle appena indicate sono soltanto alcune novità del D. Leg.vo n. 154 cit. che oltre a riscrivere buona parte del primo libro del codice civile, per attuare il principio dell'eguaglianza tra i figli, ha modificato anche norme del codice penale, di procedura penale e del codice di procedura civile, nonché alcune leggi speciali, introducendo ulteriori sostanziali novità.

Delicato appare il caso di opposizione alle donazioni dei genitori con figli minori.

Secondo una minoritaria dottrina che ha avuto conferma nella giurisprudenza di merito sino ad essere avallata dalla Suprema Corte, una donazione a favore di un figlio minore è caratterizzata da conflitto d'interessi tra donante e donatario, con conseguente applicabilità dell'art. 320, sesto comma, cod. civ., ai sensi del quale “*se sorge conflitto d'interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la*

²⁵⁶ L'art. 337 *ter* cod. civ. esordisce, al primo comma: *Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.*

Il terzo comma del medesimo articolo recita: *La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.*

²⁵⁷ In apparente contrasto con la normativa sull'affidamento condiviso, stabilisce però che il giudice valuterà prioritariamente la possibilità che i figli siano affidati congiuntamente, oppure stabilirà a quale dei coniugi andranno affidati. Apparentemente, sembra un passo indietro rispetto al principio dell'affidamento condiviso.

*rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore*²⁵⁸.

Nel caso di donazione di un solo coniuge, all'indicato conflitto di interessi si aggiunge quello dell'altro coniuge che per effetto della donazione vede limitata la sua quota di legittima e, di conseguenza, il coniuge non donatario non potrà accettare la donazione ai sensi dell'ultima parte del sesto comma dell'art. 320 cod. civ., essendo sempre necessaria, anche nel caso di donazione da parte di uno soltanto dei genitori, la nomina del curatore speciale ai fini dell'accettazione della liberalità²⁵⁹.

L'esposto orientamento, seppur non condiviso dalla prevalente dottrina²⁶⁰, deve essere tenuto in debito conto con riferimento all'opposizione in quanto il riconosciuto conflitto di interessi tra genitori/genitore donanti/e e figli-figlio donatari/o al momento della donazione, sussisterà anche in sede di opposizione.

Applicando prudentemente le indicate acquisizioni giurisprudenziali alla fattispecie dell'opposizione, si dovrebbe pensare ad un obbligo gravante sui genitori di attivare il procedimento *ex art. 320*, sesto comma, cod. civ., volto alla nomina di un curatore speciale che possa, a sua volta, chiedere al giudice tutelare l'autorizzazione a compiere l'opposizione (*ex terzo comma dell'art. 320 cod. civ.*) in nome del

²⁵⁸ FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, II, Milano 1984, pag. 2112; Cass. 14 gennaio 1981, n. 439 in *Foro It.* 1981, I, col. 678. Gli argomenti principali a sostegno dell'assunto sono: a) il comma terzo dell'art. 320 cod. civ. che prevede l'autorizzazione giudiziale anche per l'accettazione della donazione pura e semplice che difetterebbe di base logica qualora non sottintendesse un potenziale contrasto tra la posizione del donante e del donatario; b) l'art. 437 cod.civ. a norma del quale "*il donatario è tenuto, con precedenza su ogni altro obbligato, a prestare gli alimenti al donante...*" che costituisce ulteriore ragione di conflitto dovendosi valutare la convenienza, per il figlio, tra l'arricchimento e l'assunzione dell'obbligo citato. La Corte d'appello di Palermo, 7 dicembre 1989 in *Vita not.* 1990, pag. 652, si occupa del giudice competente alla nomina del curatore speciale: *Nel caso di donazione il conflitto di interessi fra donante e donatario discende dalla stessa natura contrattuale del negozio con la conseguenza che, trattandosi di liberalità in favore di un minore proveniente da chi sullo stesso esercita la potestà, la competenza per la nomina del curatore speciale spetta sempre al giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c. e non al tribunale ex art. 321 c.c., essendo irrilevante che donanti siano entrambi i genitori, uno soltanto di essi o l'unico che eserciti la potestà.*

²⁵⁹ Così Tribunale Roma, 15/01/1987, in *Riv. notariato* 1987, pag. 152: "*Nel caso di donazione da un genitore al figlio minore, tra quest'ultimo ed il genitore non donante sussiste conflitto di interessi rilevante ai sensi dell'art. 320 c.c. anche se solo potenziale, onde si rende necessaria la nomina del curatore speciale*".

²⁶⁰ JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984, pag. 318-319; TORRENTE, *La Donazione*, Milano, 1956, pag. 373; MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1980, pag. 163. Quanto al primo argomento utilizzato dalla Suprema Corte, la citata dottrina nega in radice qualsiasi conflitto tra genitore donante e figlio minore donatario ritenendolo, al più, solo potenziale e non attuale; sul secondo argomento fa notare che ai sensi dell'art. 793, secondo comma, cod. civ., "*il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere (solo) entro i limiti di valore della cosa donata*".

minore²⁶¹.

Sebbene tale atto possa qualificarsi come atto non eccedente l'ordinaria amministrazione in quanto diretto a preservare il patrimonio del minore²⁶² e non soggetto, per tale motivo, ad autorizzazione, la particolarità della fattispecie e l'evidente conflitto di interessi che si verifica nelle situazioni di seguito prospettate, rafforza la necessità della nomina di un curatore speciale che possa preservare il patrimonio (futuro) dell'incapace non potendosi rimettere alla volontà del genitore o dei genitori donanti la scelta potestativa di contraddire o meno la propria volontà già manifestata con l'atto di donazione.

Pertanto, l'obbligo di richiedere la nomina del curatore dovrà gravare sul donante o donatario in caso di donazione tra coniugi a tutela della legittima del figlio minore (o figli minori) ed analogo obbligo dovrà gravare sul donante qualora si tratti di unico genitore (es.: vedovo) che abbia almeno un figlio minore e che doni ad altri figli o a terzi.

In caso di donazione di entrambi i genitori con più di un figlio, di cui uno almeno minore, ad altri figli o a terzi estranei, ciascuno di loro dovrà attivarsi a richiedere, nell'interesse dell'incapace, la nomina del curatore speciale.

Soltanto quando uno solo dei coniugi con almeno un figlio minore doni ad un terzo estraneo non qualificabile come legittimario, non sussistendo alcun conflitto di interessi con il figlio minore, l'altro coniuge potrà concentrare in sé la potestà genitoriale ai sensi dell'ultima parte del sesto comma dell'art. 320 cod. civ. e procedere autonomamente, nell'interesse del figlio, a proporre opposizione.

Se i genitori omettono di chiedere la nomina del curatore, su richiesta del figlio stesso, del pubblico ministero o di uno dei parenti che vi abbia interesse, provvederà il Tribunale ordinario che, sentiti i genitori, nomina un curatore speciale autorizzandolo a compiere l'opposizione (art. 321 cod. civ.).

Se infine nessuno dei soggetti legittimati alla presentazione di quest'ultimo ricorso si attivasse e l'atto di opposizione non fosse proposto, potrebbe ipotizzarsi l'insorgenza di una responsabilità a carico dei genitori, con conseguente loro rimozione

²⁶¹ MARI-RIDELLA, *Profili patrimoniali della potestà genitoriale*, pag. 192, Milano, 2013.

²⁶² CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa* cit., pag. 773 e ss. ritengono trattarsi di atto eccedente l'ordinaria amministrazione in quanto capace di incidere potenzialmente sul patrimonio del minore.

dall'amministrazione ai sensi dell'art. 334 cod. civ.²⁶³.

²⁶³ Così CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa cit.*, pag. 773 e ss.

§7. La Rinunzia all'opposizione

Nei confronti di un atto liberale posto in essere dal futuro *de cuius* il potenziale legittimario può assumere tre distinti comportamenti.

In primo luogo può rimanere inerte e lasciar decorrere senza ostacoli il termine ventennale previsto dall'ultimo comma dell'art. 563 cod. civ. e, senza un radicale mutamento di mentalità, sembra che questa possa essere la situazione più frequente per almeno due ragioni di carattere pratico.

Il legittimario non ha interesse a creare conflitti all'interno della famiglia che potrebbero indispettire il familiare donante pregiudicandogli anche la possibilità di ottenere, in un prossimo futuro, una donazione a proprio vantaggio; inoltre, sebbene potenzialmente leso dalla mancata opposizione, la notevole estensione del termine non gli fa sentire attuale il pregiudizio.

Quando invece esiste una situazione di reale conflitto all'interno della famiglia, il legittimario si oppone alla donazione e rende visibile all'esterno il contrasto con la conseguenza che il bene donato sarà difficilmente acquistato da terzi o accettato in garanzia.

Il legittimario, infine, può rinunciare all'opposizione.

La rinuncia costituisce il nucleo centrale della riforma²⁶⁴, in quanto strumento che permette di pervenire a donazioni compatibilmente "sicure" su base concordata tra tutti i componenti della famiglia del donante²⁶⁵.

Sotto il profilo strettamente letterale, gli artt. 563, primo comma e 561, primo comma cod. civ. richiedono perché si verifichi il "consolidamento" della donazione e la salvezza dei pesi e ipoteche di cui il donatario possa aver gravato i beni donati, il decorso di un ventennio senza opposizione.

Pertanto, la rinuncia all'opposizione, disciplinata dall'art. 563, quarto comma cod. civ., non derogando ai primi commi degli artt. 561 e 563 cod. civ. e non incidendo sugli effetti previsti dalle indicate norme, non è da sola sufficiente a consolidare la donazione o a determinare la salvezza di cui al primo comma dell'art. 561 cod. civ...

²⁶⁴ VIDARI-MARCOZ, *La mini-riforma* cit., pag. 699 e ss.

²⁶⁵ DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7. e ss.

Difatti²⁶⁶, se l'opposizione prolunga il termine ventennale decorrente dalla trascrizione della donazione scaduto il quale non è più possibile agire in restituzione nei confronti del terzo acquirente e far venir meno le ipoteche e i pesi apposti dal donatario sul bene, la rinuncia al diritto di opporsi significa soltanto rinuncia al diritto di prolungare il termine ventennale.

In altri termini, attraverso la rinuncia, il legittimario accetta di conservare integre le sue ragioni nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario soltanto per il periodo di venti anni previsto dalla legge, accettando così il rischio di non conservare alcuna azione nei confronti dell'ipotetico terzo acquirente qualora il donante muoia dopo la scadenza di tale termine (art. 563 cod. civ.).

Allo stesso modo, il legittimario rinunciante conserva il diritto a recuperare il bene nei confronti del donatario libero da pesi e ipoteche soltanto per il periodo di venti anni, accettando il rischio di ottenere in restituzione dal donatario un bene di valore inferiore per effetto della salvezza delle ipoteche e dei pesi qualora il decesso del donante avvenga dopo la scadenza del ventennio (art. 561 cod. civ.).

Parte della dottrina ritiene però che il reale oggetto della rinuncia all'opposizione sia più esteso del mero diritto ad opporsi quale risulta dall'interpretazione strettamente letterale dell'art. 563, quarto comma cod. civ. osservando che se veramente dovesse privilegiarsi il criterio letterale, verrebbe frustrata la *ratio* della riforma tesa a favorire la circolazione dei beni di provenienza donativa²⁶⁷.

Secondo alcuni²⁶⁸, il legittimario che rinuncia ad opporsi alla donazione, non soltanto rinuncia ad ottenere la restituzione dell'immobile donato libero da pesi e ipoteche una volta trascorso il ventennio dalla trascrizione della donazione, quanto, soprattutto, manifesta in modo inequivocabile la volontà di non volersi avvalere dell'azione di riduzione.

Pertanto, se del tutto contraddittoriamente, dopo il decesso del

²⁶⁶ D'AMICO, *I limiti di indisponibilità della tutela del legittimario*, pag. 14 e ss.; Relazione al Convegno "Esiste ancora la donazione?" tenutosi a Torino il 26 ottobre 2012 in [w.consigionotariletorino.it/system/files /D'AMICO.pdf](http://w.consigionotariletorino.it/system/files/D'AMICO.pdf)

²⁶⁷ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss.

²⁶⁸ PALAZZO, *La circolazione dei beni oggetto di donazione ad opera del donatario e dei suoi aventi causa durante la vita del donante: i rimedi tradizionali e la loro attualità dopo le novità introdotte dalla legge n. 80/2005* in Atti del Convegno Paradigma sul tema "Successioni e donazioni. Tutela della legittima e circolazione dei beni anche alla luce della legge sulla competitività, Milano 5-6 luglio 2005, pag. 8 e ss.

donante intervenuto prima della scadenza del termine ventennale dalla trascrizione della donazione, egli dovesse proporre domanda di riduzione, il donatario potrà opporgli l'*exceptio doli generalis* al fine di paralizzarne la pretesa²⁶⁹.

In questa linea di pensiero si colloca chi²⁷⁰ sostiene che psicologicamente il legittimario *in pectore*, rinunciando ad opporsi alle donazioni dell'ereditando, intende aderire al suo programma distributivo e rinunciare, ora per allora, all'azione di riduzione e chi²⁷¹ ravvisa nella rinuncia la fonte di un legittimo affidamento del terzo che non può esser tradito da atti successivi del legittimario quali la proposizione dell'azione di riduzione e restituzione gravemente lesivi del principio generale del dovere di coerenza.

Così, attraverso l'interpretazione teleologica fondata sulla valorizzazione dell'interesse perseguito dalla riforma e cioè di agevolare la circolazione dei beni di provenienza donativa, le indicate dottrine sostengono l'equiparazione tra rinuncia all'opposizione e rinuncia all'azione di riduzione con conseguente abrogazione tacita, limitatamente alla specifica fattispecie, del divieto di rinuncia preventiva all'azione di riduzione (art. 557, secondo comma, cod. civ.).

E' stato però osservato che l'abrogazione per incompatibilità "*deve pervenire ad un grado di contraddizione logica, formale, assoluta, per cui dall'applicazione e dalla osservanza della nuova legge deriva necessariamente la disapplicazione o inosservanza dell'antica*"²⁷² che nella fattispecie non vi è sia solo perché il legislatore non ha collegato la rinuncia all'opposizione *ex art. 563*, quarto comma, cod. civ. a quella di riduzione disciplinata dall'art. 557, secondo comma, cod.

²⁶⁹ La giurisprudenza (Cass. 7 marzo 2007, n. 5273 in *Guida al diritto* 2007, fasc. 27, pag. 48), riconosce la possibilità di far valere, in via di azione o di eccezione, il dolo della controparte secondo gli schemi, "*di origine romanistica dell'exceptio doli specialis seu praeteriti (dolo commesso al tempo della conclusione del negozio) o dell'exceptio doli generalis seu praesentis (dolo attuale, commesso al momento in cui viene intentata l'azione nel processo). La prima è diretta a far valere l'esistenza di raggiri impiegati per indurre un soggetto a porre in essere un determinato negozio e, quindi, ad ottenerne l'annullamento, ovvero, qualora la parte sia convenuta per l'esecuzione del medesimo, a far valere il vizio in via di eccezione (art. 1442 c.c., u.c.), allo scopo di paralizzare la pretesa della controparte (Cass. n. 11182 del 2002), ma pur sempre invocandone l'invalidità e, dunque, appunto per questo, l'improduttività di effetti*" (così Cass. n. 5273 cit. in motivazione).

²⁷⁰ TATARANO, *La successione necessaria*, in *Diritto delle successioni*, a cura di Calvo e G. Perlingieri, I, Napoli, 2008, pag. 449 e ss.

²⁷¹ VIDARI, *La successione legittima e necessaria*, *Le successioni*, vol. IV in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, pag. 209 e ss., Torino 2009.

²⁷² GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, I, Torino, 1999, pag. 377 e ss.; spec., pag. 463.

civ.²⁷³.

Si rileva poi, che il rapporto tra volontà inespressa del legittimario consistente nella rinuncia all'azione di riduzione e quella, espressa, di rinunciare all'opposizione, è senz'altro probabile ma non costituisce una valutazione legale tipica a fronte della quale soltanto potrebbe sostenersi una abrogazione per incompatibilità²⁷⁴.

Esclusa qualunque forma di abrogazione dell'art. 557, secondo comma, cod. civ. su cui concorda la prevalente dottrina²⁷⁵, altri autori²⁷⁶, valorizzando la diversità tra azione di riduzione e restituzione che è divenuta più netta proprio a seguito della novella del 2005 e rimarcandone la diversità quanto a natura, presupposti, *causa petendi*, *petitum* e soggetto passivo, affermano che il significato del comportamento del legittimario che rinuncia a proporre opposizione, è di rinuncia all'azione di restituzione contro i terzi acquirenti sullo specifico bene donato non potendo essere interpretato come rinuncia all'azione di riduzione contro il donatario.

Difatti, chiariscono gli indicati autori, se la rinuncia all'opposizione equivalesse a rinuncia preventiva all'azione di riduzione, al legittimario dovrebbe essere precluso recuperare anche beni diversi da quello donato, cioè beni oggetto di donazioni diverse da quella nei cui confronti ha rinunciato ad opporsi.

L'equiparazione della rinuncia all'opposizione a rinuncia all'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti predicata dalle citate dottrine, perché riferita ad una successione non ancora aperta, rientra concettualmente nell'ambito dei patti rinunciativi vietati dall'ultima parte dell'art. 458 cod. civ..

Tuttavia, si sostiene²⁷⁷, la riconosciuta validità della rinuncia all'opposizione prevista dal novellato quarto comma dell'art. 563 cod.

²⁷³ DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, pag. 96.

²⁷⁴ FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione in Riv. notariato*, 2013, 2, pag. 281 e ss.

²⁷⁵ CAPOZZI, *Successioni e donazioni cit.*, pag. 591 e ss.; CAMPISI, *Azione di riduzione cit.* in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; BUSANI, *L'atto di opposizione cit.*, pag. 13 e ss.; GAZZONI, *Competitività e dannosità cit.*, in *Giust. civ.*, 2006, 1, pag. 3 e ss.; BARALIS, *Riflessioni*, cit. pag. 279 e ss.; VIDARI-MARCOZ, *La mini riforma cit.*, pag. 699 e ss.; FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione cit.*, pag. 281 e ss.

²⁷⁶ TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione in Notariato* 2006, fasc. 2 ; ROSSANO, *Rinuncia all'opposizione e i suoi effetti in Notariato* 2006, pag. 579.

²⁷⁷ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa cit.*, pag. 773 e ss.

civ., costituisce deroga al divieto dell'art. 458 cod. civ. e sottrae, perciò, la rinuncia all'azione di restituzione alla sanzione della nullità; in aggiunta, sempre limitatamente all'azione di restituzione la cui finalità è di recuperare alla massa il bene donato e garantire, così, la piena efficacia dell'azione di riduzione, la rinuncia all'opposizione ex art. 563 cod. civ., costituisce deroga anche alla norma generale dell'art. 557, secondo comma, cod. civ. sul divieto di rinuncia preventiva all'azione di riduzione.

Una diversa dottrina²⁷⁸, pur equiparando la rinuncia all'opposizione alla rinuncia all'azione di restituzione, intesa come rinuncia alla garanzia reale di ottenere il bene, libero da pesi e vincoli, e a quella di intangibilità qualitativa della legittima perché il legittimario otterrà soddisfazione del proprio diritto con danaro del donatario, sostiene che la rinuncia all'opposizione, in quanto riferita ad un bene specifico e ben determinato nell'atto di donazione, non può configurare un patto successorio vietato, non trovando causa né nella morte del disponente, né avendo ad oggetto l'*id quod superest*.

Le citate dottrine, valorizzando esclusivamente la *ratio legis* e quindi l'interpretazione teleologica attribuiscono all'art. 563 cod. civ. un significato diverso rispetto a quello desumibile dal chiaro ed inequivoco dato letterale che costituisce il prioritario canone ermeneutico ex art. 12 preleggi²⁷⁹.

Difatti, nel dettare i criteri legislativi di interpretazione, l'art. 12 delle preleggi stabilisce, anzitutto, che nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso se non quello fatto palese dal "*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*" (criterio letterale) e dalla "*intenzione del legislatore*" (criterio teleologico).

Il primo fondamentale dato a cui l'interprete deve attenersi nell'interpretazione di una norma è quello letterale perché il legislatore detta il proprio diritto con la legge scritta; attraverso le parole della legge il legislatore esprime la propria intenzione (*ratio*

²⁷⁸ STEFANELLI, *I contratti di donazione* a cura di Palazzo in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino 2009, pag. 461.

²⁷⁹ Il primato dell'interpretazione letterale è, costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità: in tal senso, tra le tante, Cass. 26 febbraio 1983 n. 1482 in *Giust. Civ. Mass.* 1983, fasc. 4; Cass. 2 marzo 1983 n. 1557 in *Giust. Civ. Mass.* 1983, fasc. 4; Cass. 7 aprile 1985 n. 2454 in *Giust. Civ. Mass.* 1983, fasc. 9; Cass., sez. lav., 13 aprile 1996, n. 3495 in *Giust. Civ. Mass.* 1996, fasc. 4; Cons. St. Sez. V 15 giugno 1992 n. 555 in *Foro Amm.* 1992, pag. 1375 precisa che quando una norma, ancorché di natura regolamentare, non presenti dubbi di interpretazione alla stregua del suo tenore letterale, non è consentito in base all'art. 12 disp.prel. attribuirvi un senso diverso da quello reso palese dall'espressione letterale usata.

legis intesa come scopo della norma) e perciò le parole come tali vanno interpretate (criterio teleologico)²⁸⁰.

Tuttavia, il significato delle parole nella loro connessione non può dall'interprete essere "forzato" o alterato al punto da attribuire alla norma un senso diverso da quello che, dal contesto della legge, risulta corrispondere alla finalità che la norma si propone di realizzare.

In dipendenza di quanto esposto, non è condivisibile l'interpretazione dell'art. 563 cod. civ. adottata dalle citate dottrine non potendosi desumere dal tenore testuale del quarto comma che *il diritto dell'opponente* (rinunziabile) sia non il diritto di opporsi alla donazione di cui si occupa lo stesso comma, bensì quello *ad agire in restituzione verso i terzi acquirenti* previsto dal primo comma dell'art. 563 cod. civ..

In realtà, appare difficilmente contestabile che la formula "*diritto dell'opponente*" (quarto comma) sia equivalente a *diritto di opposizione* (contemplata sempre nel quarto comma) ed usata in luogo di questa.

E' stato comunque osservato²⁸¹ che, sebbene si risolva in una forzatura della norma, la tesi osteggiata conserva un fondamento di verità in via di fatto poiché la rinuncia all'opposizione (che è irrevocabile) rende difficile l'esperimento dell'azione di restituzione verso il terzo acquirente, considerato che tale azione presuppone il passaggio in giudicato della sentenza che abbia accolto l'azione di riduzione proposta contro il donatario e che il legittimario non può più sospendere il decorso del ventennio avendovi rinunciato.

²⁸⁰ AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, a pag. 44 e ss. Torino 2009 ricordano che i canoni interpretativi (letterale e logico) sono posti su un piano di parità dall'art. 12 delle preleggi di conseguenza l'interprete dovrà necessariamente utilizzarli entrambi verificando in particolare "*la conformità del significato attribuibile alla legge con il criterio letterale al significato ricavabile attraverso una analisi funzionale*". Pertanto, quando si invoca la priorità del criterio letterale, ci si riferisce soltanto ad una sua precedenza sul piano cronologico perchè l'interprete prima stabilisce un contatto con le parole utilizzate dal legislatore e poi in base al testo normativo, ora considerato sul piano funzionale e non più strettamente letterale, individua lo scopo obiettivo perseguito dalla legge. Potrebbe accadere che l'adozione dei due criteri ermeneutici non porti all'attribuzione del medesimo significato alla disposizione; in tale ipotesi se viene attribuito un significato più ampio di quello ricavabile dall'applicazione del solo criterio letterale si parla di interpretazione estensiva nel caso opposto si configura quella restrittiva. Secondo consolidata giurisprudenza, nell'interpretazione della legge occorre attribuire prevalenza all'elemento letterale e non è consentito il ricorso all'interpretazione teleologica, prevalente sulla lettera, se non in caso di evidente irrazionalità del risultato interpretativo conseguito mediante il ricorso al canone ermeneutico principale (Cass., 23 maggio 2005, n. 10874, in *Giust. Civ. Mass.* 2005, fasc. 5; Cass., 23 marzo 2005, n. 6232, in *Giust. Civ. Mass.* 2005, fasc. 3; Cass., 18 febbraio 2005, n. 3352, in *Giust. Civ. Mass.* 2005, fasc. 2).

²⁸¹ D'AMICO, *I limiti di indisponibilità della tutela del legittimario* cit., pag 16, nota 29.

Atra dottrina²⁸² sostiene che il significato di un comportamento concludente (nella specie, di rinuncia alla futura domanda di restituzione come unica conseguenza della rinuncia all'opposizione) non può individuarsi nella fattispecie di cui all'art. 563 cod. civ.; difatti, rinunciando all'opposizione il legittimario assume una posizione chiara, ma neutrale; lascia cioè soltanto trascorrere il termine ventennale.

Nulla esclude, ad esempio, che il legittimario rinunci ad opporsi soltanto per accondiscendere alla esplicita richiesta del donante particolarmente anziano, per il quale giudichi inutile una sospensione del termine a causa dell'età avanzata del familiare o perché la donazione proviene da soggetto particolarmente facoltoso con riferimento al quale il legittimario non si prefigura neppure l'ipotesi di agire in riduzione²⁸³.

Gli indicati esempi rendono così evidente come la rinuncia all'opposizione non implichi necessariamente una rinuncia alla riduzione o alla restituzione potendosi rinunciare all'opposizione sapendo di dover agire a breve in riduzione ovvero rinunciare all'opposizione senza neppure ipotizzare una rinuncia alla riduzione²⁸⁴.

In realtà, il consolidamento della donazione non è effetto disponibile dalla parte ma deriva direttamente dalla legge quale conseguenza del trascorrere del termine ventennale²⁸⁵ che ha carattere oggettivo previsto a tutela del legittimario.

La legge ha cioè voluto proteggere il legittimario da rinunce poco ponderate permettendogli di “vanificare” la fatta rinuncia a condizione che il decesso del donante avvenga entro un ventennio²⁸⁶.

Da quanto esposto consegue che la rinuncia all'opposizione, perché non equivale a rinuncia alla restituzione, è inidonea ad ingenerare nei

²⁸² FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione* cit., pag. 281 e ss.

²⁸³ DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, pag. 96.

²⁸⁴ VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012, pag. 43 osserva che “non è assolutamente vero che la rinuncia all'opposizione contenga necessariamente in sé la volontà del potenziale legittimario di abdicare anche alla futura possibilità di agire, ricorrendone le condizioni di legge, in riduzione”.

²⁸⁵ CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione* cit.; pag. 1094 e ss.

²⁸⁶ VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa* cit., pag. 43 e ss.; FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione* cit., pag. 281 e ss.

terzi acquirenti dei beni donati un affidamento sulla “bontà” dell’acquisto fatto tale da qualificare il comportamento del legittimario che nel ventennio agisca in restituzione nei loro confronti come lesivo delle regole di correttezza e buona fede sotto il profilo del “*venire contra factum proprium*”.

A tanto aggiungasi che un problema di affidamento del terzo è di norma successivo alla rinuncia che è normalmente resa sulla base di valutazioni a carattere “endofamiliari” al momento della stipula della donazione, con dichiarazione in essa riportata, quando cioè il terzo acquirente ancora non esiste e che non potrebbe neppure venire ad esistenza.

Una dottrina²⁸⁷ ha sottolineato come a seguito della riforma dell’art. 563 cod. civ. l’azione di restituzione verso i terzi acquirenti non rientra più invariabilmente tra gli strumenti di tutela del legittimario.

Difatti, qualora ometta di opporsi alla donazione ovvero rinunci ad opporsi e siano trascorsi i venti anni dalla trascrizione o dalla rinuncia, il legittimario non potrà esperire l’azione di restituzione.

Da tale rilievo ed in particolare dalla rinuncia, ricava la disponibilità dell’azione di restituzione per il periodo successivo al ventennio perché, rinunciando all’opposizione, si priverà volontariamente dell’azione di restituzione qualora il donante rimanga in vita per almeno venti anni.

Osserva allora che se l’azione di restituzione è disponibile da parte del legittimario per il periodo successivo al ventennio dalla fatta rinuncia, la stessa azione dovrebbe essere altrettanto disponibile per il periodo precedente al ventennio soprattutto in considerazione del fatto che l’art. 577, secondo comma, cod. civ. fa divieto espresso di rinunciare preventivamente soltanto all’azione di riduzione che è diversa per *petitum*, *causa petendi* e parte convenuta da quella di restituzione.

Secondo questa teoria, si deve così ritenere aperta la strada sia ad atti unilaterali di rinuncia all’azione di restituzione verso il terzo in relazione ad una successione che si sia aperta prima dello scadere dei venti anni dalla trascrizione della donazione, sia alla conclusione di eventuali accordi tra il legittimario e il terzo acquirente o anche tra il legittimario e il donatario (con beneficiario il terzo acquirente), con i quali il primo di tali soggetti si impegni a non esercitare nei confronti del terzo acquirente l’azione di restituzione.

²⁸⁷ D’AMICO, *La rinuncia all’azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv.not.*, 2011, pag. 1292 e ss.

Questi accordi potranno essere conclusi a titolo oneroso, prevedendo un compenso per il legittimario che potrebbe gravare sul donatario/venditore se il problema si porrà in occasione del primo trasferimento (dal donatario al terzo acquirente) o sull'avente causa dal donatario qualora, volendo rivendere il bene, sia questi ad avere interesse a che i potenziali (sub) acquirenti non siano dissuasi dal concludere il contratto in conseguenza del rischio derivante dalla provenienza donativa del bene.

A tale tesi si è obiettato che l'effetto di consolidamento ventennale deriva dalla legge e non dalla volontà della parte²⁸⁸ e che le azioni di riduzione e restituzione, sebbene presentino effettivamente quelle differenziazioni evidenziate da autorevole dottrina²⁸⁹ sono caratterizzate da un intimo collegamento funzionale costituendo, assieme al divieto dei patti successori, gli strumenti più importanti di tutela dei legittimari²⁹⁰.

In realtà, la riforma del 2005 si è innestata nel preesistente tessuto normativo *al fine di agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito* e, quindi, per soddisfare un'esigenza del mercato immobiliare che non ha sconvolto la disciplina tradizionale dei rapporti tra i quali si svolge la vicenda successoria.

Le norme della novella hanno reso disponibile alcuni rapporti tra legittimari *in pectore*, donatari e terzi acquirenti consentendo che, entro i citati limiti, possano eventualmente anche concludere accordi che saranno comunque inidonei a pregiudicare i diritti che, dopo l'apertura della successione, potranno spettare al coniuge e ai parenti in linea retta²⁹¹.

Ciò non esclude che tra legittimari e donatari possano intercorrere

²⁸⁸ CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione* cit.; pag. 1094 e ss.

²⁸⁹ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* in *Tratt. Cicu-Messineo* cit. pag. 323 e ss. Secondo l'autore, l'azione di riduzione è un'azione (personale) di impugnativa delle liberalità lesive, alla quale è passivamente legittimato solo il donatario. L'azione di restituzione è, invece, un'azione di condanna (che presuppone l'accoglimento della domanda di riduzione).

La natura dell'azione di restituzione sarebbe (a sua volta) diversa, a seconda che detta azione sia rivolta contro il donatario (in questo caso, l'azione avrebbe natura personale) ovvero contro il terzo acquirente. In quest'ultimo caso l'azione ha — secondo l'illustre autore — natura reale.

²⁹⁰ FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione* cit., pag. 281 e ss.

²⁹¹ CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione*, cit., pag. 1096 e ss.

accordi attraverso cui i primi, contestualmente alla rinuncia all'opposizione, si impegnano a non chiedere la restituzione sino a quando non si sarà compiuto il ventennio (una sorta di *pactum de non petendo*)²⁹².

Non si tratterà, però, di rinunzie all'azione di restituzione tali da garantire un immediato consolidamento della donazione che continua ad essere indisponibile da parte del legittimario e discende soltanto dal decorso del termine ventennale previsto dall'art. 563 cod. civ..

In conclusione, con la rinuncia all'opposizione il rinunziante di fatto compie un atto di fiducia verso il donante, confidando che questi rispetterà senz'altro i suoi futuri diritti di legittimario; tuttavia tale aspettativa potrebbe andare delusa per i più vari motivi e pertanto sarebbe illogico precludere a chi ha rinunciato al diritto di opporsi a qualche donazione di far valere i suoi diritti di legittimario, sempre che sia ancora in termini per l'esperimento dell'azione di restituzione.

Chiarito che la rinuncia all'opposizione non equivale a rinuncia all'azione di riduzione, è opportuno tracciarne i tratti distintivi.

La rinuncia ad agire in restituzione può perfezionarsi solo dopo l'apertura della successione del donante (art. 557 cod. civ.) mentre quella all'opposizione può compiersi solo prima del decesso del donante; la rinuncia all'azione di restituzione comporta senz'altro la consumazione dell'azione stessa mentre la rinuncia all'opposizione ha l'effetto più limitato di consentire un libero decorso dei termini *ex artt.* 561, primo comma, e 563, primo comma, cod. civ., senza estinguere direttamente l'azione stessa²⁹³.

La rinuncia all'opposizione, infine, presuppone un atto di donazione già stipulato per cui una eventuale rinuncia preventiva al diritto di opporsi, prima che questo sia nato e possa essere esercitato, risulterebbe inammissibile²⁹⁴ e può essere esercitata personalmente ovvero, stante la natura di diritto personale, attraverso rappresentante volontario o legale²⁹⁵.

Diversamente dall'opposizione, la rinuncia all'opposizione costituisce atto di straordinaria amministrazione comportante la disposizione di

²⁹² CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione* cit.; pag. 1096 e ss.

²⁹³ CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

²⁹⁴ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 593 e ss.; CAMPISI, *Azione di riduzione* cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

²⁹⁵ CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

un diritto.

Per il minore sarà pertanto necessario che i genitori esercenti la responsabilità genitoriale si muniscano dell'autorizzazione del Giudice Tutelare (art. 320 cod. civ.) il quale, valutate le conseguenze dell'atto, difficilmente la concederà.

In mancanza di genitori, il tutore del minore dovrà munirsi dell'autorizzazione del Tribunale, su parere del Giudice Tutelare (art. 375, n. 1, cod. civ.); per il minore emancipato e l'inabilitato è necessario il consenso del curatore e l'autorizzazione del Giudice Tutelare ovvero del Tribunale su parere del Giudice Tutelare se il curatore non è il genitore dell'incapace ex art. 394, comma terzo, cod. civ.); per il soggetto beneficiario di un'amministrazione di sostegno si prescinde dalla distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione e dovrà farsi riferimento al provvedimento del giudice che indica gli atti per i quali la persona beneficiaria ha necessità o meno di assistenza²⁹⁶.

Secondo un orientamento dottrinale, quando il legislatore ha contemplato la possibilità di rinunciare all'opposizione, ha immaginato quella scena, frequente negli studi notarili, che vede il donante chiedere ed ottenere dai potenziali controinteressati il consenso preventivo alla donazione che sta per compiere da manifestare all'interno dell'atto²⁹⁷ e, quindi, l'ipotesi tipizzata è quella di una rinuncia antecedente alla proposizione dell'opposizione che normalmente segue l'*iter* descritto: il legittimario dichiara di rinunciare all'opposizione nello stesso atto di donazione.

Dalla natura disponibile dell'opposizione discende che essa possa essere liberamente revocata non avendo un simile atto alcuna attitudine ad incidere negativamente su diritti o interessi di terzi e così la prevalente dottrina riconosce espressamente la facoltà di rinuncia successiva; di rinuncia che interviene cioè dopo esser stata proposta l'opposizione da qualificarsi, più propriamente, come revoca²⁹⁸.

L'esame della novella desta qualche perplessità con riferimento alla disciplina in tema di notifica e pubblicità della revoca.

²⁹⁶ CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

²⁹⁷ BUSANI, *L'atto di opposizione* cit., pag. 13 e ss.

²⁹⁸ Tra gli altri, CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 593 e ss.; PETRELLI, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari* in *Notariato* 2005, fasc. 2, pag. 211 e ss.; BARALIS, *Riflessioni* cit. pag. 279 e ss.; BUSANI, *L'atto di opposizione* cit. pag. 13 e ss.; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 1133; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7. e ss.

Difatti, diversamente da quanto sancito per l'opposizione con riferimento alla quale la legge sancisce la necessità di notifica e trascrizione, nessuna formalità è specificamente prevista per la rinuncia.

La dottrina differenzia le ipotesi di rinuncia preventiva da quelle di revoca dell'opposizione (c.d. rinuncia successiva) ritenuta unanimemente soggetta a trascrizione attraverso annotazione a margine della trascrizione dell'opposizione ai sensi dell'art. 2655 cod. civ. con tutte le conseguenze in materia di forma.

Secondo alcuni autori²⁹⁹, nel silenzio della legge e per la tipicità degli atti soggetti a trascrizione, non è possibile far conoscere attraverso la pubblicità immobiliare che uno dei legittimari abbia rinunciato preventivamente ad opporsi, cioè prima della proposizione dell'opposizione.

In tal caso, l'unica strada praticabile per far conoscere la rinuncia preventiva del legittimario è quella di esibirla ai terzi interessati al consolidamento dell'atto (es.: banche o potenziali terzi acquirenti) a cura del donatario (o del suo avente causa) a cui è stata comunicata³⁰⁰.

Secondo le citate dottrine, non avendo il legislatore indicato quale forma debba rivestire la rinuncia, vige il principio di libertà della forma nel senso che, eccettuate quelle concernenti beni immobili da redigere necessariamente per iscritto, le altre rinunzie possono essere compiute tanto espressamente che tacitamente, purché in quest'ultimo caso inequivocabilmente³⁰¹.

La dottrina è divisa sulla necessità o meno della notifica della rinuncia.

Secondo un primo orientamento, la rinuncia è una dichiarazione recettizia³⁰² che produce i propri effetti quando giunge a conoscenza

²⁹⁹ PETRELLI, *Opposizione alla donazione*, in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile* – Primo semestre 2005 in *www.notartel.it*; IEVA, *La novella* cit., pag. 943 e ss.; CAMPISI, *Azione di riduzione* cit. in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari*, cit., pag. 773 e ss.; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7. e ss.

³⁰⁰ DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7. e ss.

³⁰¹ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss.; DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni mobili*, cit., pag. 7 e ss.

³⁰² Per CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari*, cit., pag. 773 e ss. in difetto di specifica disposizione legislativa, la notifica può avvenire in qualsiasi modo e senza necessità di ricorrere all'ufficiale giudiziario.

del destinatario (art. 1334 cod. civ.)³⁰³, e va perciò necessariamente comunicata.

Altra dottrina³⁰⁴, invece, in conformità all'opinione dominante in sede di teoria generale, ritiene che la rinuncia sia irretrattabile e non recettizia perché, in quanto dismissiva di un diritto, si esaurisce nella sfera giuridica del dichiarante, senza produrre effetti diretti nella sfera giuridica di terzi³⁰⁵.

Si osserva che nel caso di rinuncia non può giustificarsi la recettizietà con esigenze di tutela di interessi del destinatario perché, per sua natura, l'atto abdicativo produce soltanto vantaggi per il terzo³⁰⁶. Infine, si osserva che, in difetto di una specifica disciplina, non sarebbe neppure facile da individuare il soggetto a cui comunicarle la rinuncia che, per "specularità", potrebbe essere il donatario o, in caso di trasferimento del bene, il suo avente causa³⁰⁷.

Una dottrina³⁰⁸ sostiene che pur in assenza di specifica previsione legislativa, la rinuncia "preventiva", perché atto speculare o simmetrico all'opposizione, al pari di questo deve essere trascritta.

L'indicato indirizzo dottrinale ha trovato un riscontro nella giurisprudenza di merito³⁰⁹ che, a fronte della trascrizione di una rinuncia disposta dal conservatore con riserva ai sensi dell'art. 2674

³⁰³ GALGANO, *Il contratto*, cit. precisa che tra i diversi criteri per classificare gli atti unilaterali vi è quello che distingue gli atti recettizi da quelli non recettizi: i primi, sono destinati a una persona determinata come si ricava dall'art 1414 comma terzo cod. civ. e, per produrre effetti, devono necessariamente essere portati a conoscenza del destinatario. Ad essi si applica l'art 1335 cod. civ. nel senso che si presumono conosciuti nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario salvo che questi dimostri di essere stato senza sua colpa nell'impossibilità di averne conoscenza; dopo tale momento sono irrevocabili. Gli stati soggettivi del destinatario sono irrilevanti: l'atto produce comunque i suoi effetti anche nel caso in cui il destinatario non sia in grado di apprezzarne il significato perché, ad esempio, nel momento in cui è stato portato a sua conoscenza, versava in stato di incapacità naturale.

³⁰⁴ BARALIS, *Riflessioni cit.*, pag. 279 e ss.

³⁰⁵ GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, a pag. 86 e ss., precisa altresì: "seppure dunque l'atto può produrre un effetto per i terzi, tale effetto non è in diretta relazione causale con la dichiarazione di rinuncia, ma ne costituisce soltanto una conseguenza riflessa e mediata"; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1962, pag. 23 e ss., chiarisce che la rinuncia è "atto di abdicazione del diritto da parte del titolare che produce l'effetto dell'estinzione del diritto".

³⁰⁶ MONATERI-COSTANTINI, *Trattato di diritto civile diretto da Sacco; La parte generale del diritto civile*, Vol. 5; Torino 2009, pag. 200.

³⁰⁷ BUSANI, *L'atto di opposizione cit.*, pag. 13 e ss.

³⁰⁸ BUSANI, *L'atto di opposizione cit.*, pag. 13 e ss.; BARALIS, *Riflessioni cit.*, pag. 279 e ss.; LENZI, *La circolazione di beni immobili di provenienza donativa: le novità introdotte dalla legge n. 80/2005 in Riv. Dir. Privato 2007*, pag. 653 e ss.

³⁰⁹ Tribunale Collegiale Parma, decreto 15 giugno 2006 in *Nuova Giur. Comm.* 2007, pag. 12 e ss. con nota di BUSANI

bis cod. civ., ha ordinato la cancellazione della riserva riconoscendo, così, la trascrivibilità della rinuncia all'opposizione in base al principio di simmetria della forma degli atti³¹⁰.

Sulla natura della pubblicità della rinuncia preventiva la dottrina è divisa.

Da una parte³¹¹ si sostiene che come l'opposizione in cui la trascrizione ha natura costitutiva³¹² e segna il momento dal quale si produce l'effetto sospensivo del termine ventennale, anche la rinuncia, perché atto speculare all'opposizione, si perfeziona e produce i suoi effetti soltanto dal momento della trascrizione.

Dall'altra parte si replica che diversamente dall'opposizione, il legislatore non ha dettato per la rinuncia alcuna prescrizione formale per cui appare difficilmente sostenibile che un difetto di trascrizione (non previsto dalla legge) possa incidere sulla validità dell'atto³¹³.

La trascrizione della rinuncia, senz'altro utile perché tutela la trasparente circolazione dei beni di provenienza donativa, una volta ammessa in applicazione del principio di "specularità" con l'atto di opposizione, non può che realizzare una forma di pubblicità notizia³¹⁴.

Diversamente dalla rinuncia "preventiva", la dottrina è concorde nell'affermare che la revoca dell'opposizione (cd. rinuncia successiva) vada trascritta per eliminare gli effetti della precedente opposizione³¹⁵.

³¹⁰ Esistono nell'ordinamento giuridico italiano contratti su contratti definiti di secondo grado (es.: cessione di un precedente contratto), contratti o atti preparatori o dipendenti da altri, atti che realizzano la medesima finalità di altro per i quali il legislatore potrebbe non aver previsto alcuna forma diversamente da quello base, strumentale, definitivo, dipendente. Nonostante il principio di libertà della forma, l'intimo collegamento con altro atto per il quale è prescritta una determinata forma, determina la necessità di una simmetria di forme nel senso che anche tale atto preparatorio, strumentale, dipendente, di secondo grado, deve rivestire la medesima forma di quella fissata dalla legge per quello "collegato". Diffusamente, FAVA, *Il Contratto*, pag. 899, Milano 2012. Per il Co.Re.Di. Sicilia, 6 dicembre 2011, in *Notariato*, 2012, 5, pag. 584, incorre nella violazione dell'art. 28, comma 1, n. 1, legge notarile il notaio che stipula, nella forma della scrittura privata autenticata, una procura generale recante, *inter alia*, l'attribuzione al procuratore del potere di: a) rinunciare a eredità; b) accettare eredità con beneficio d'inventario; c) costituire società di qualsiasi tipo. Per il principio di simmetria delle forme, la procura deve rivestire la stessa forma degli atti della cui stipula viene affidata la legittimazione al procuratore.

³¹¹ BARALIS, *Riflessioni* cit., pag. 279 e ss.

³¹² Trattasi di una fattispecie a formazione successiva che si perfeziona con la trascrizione (cfr. *infra*, § 6).

³¹³ BUSANI, *L'atto di opposizione* cit. pag. 13 e ss.; VENDITTI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* Volume VI, pag. 819 a cura di Bonilini, Milano, 2009

³¹⁴ BUSANI, *L'atto di opposizione* cit., pag. 279 e ss.

³¹⁵ CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.; BARALIS, *Riflessioni*, cit. pag. 279 e ss.; BUSANI, *L'atto di opposizione* cit. pag. 13 e ss.; CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss.

Non disponendo nulla la legge al riguardo, anche la trascrizione della revoca realizza una forma di pubblicità-notizia della cessata sospensione del termine di consolidamento che continuerà a decorrere³¹⁶.

Coloro che invece ritengono che la rinuncia, anche preventiva, sia soggetta a trascrizione, esigono che essa venga redatta in forma pubblica o scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente³¹⁷.

La pubblicità della rinuncia è finalizzata a garantire i terzi contro i rischi rappresentati dal futuro esercizio dell'azione di restituzione perché essa, essendo irrevocabile, preclude in modo definitivo l'opposizione³¹⁸.

Quanto agli effetti sul termine ventennale per il consolidamento della donazione, occorre differenziare la rinuncia dalla revoca.

La prima comporta il decorso del termine impedendo la formulazione dell'opposizione; la seconda comporta la cessazione degli effetti dell'opposizione già proposta con la conseguenza che il termine comincia a decorrere nuovamente sommandosi al periodo antecedente alla sospensione³¹⁹.

³¹⁶ BUSANI, *L'atto di opposizione* cit., pag. 13 e ss.

³¹⁷ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 592 e ss.; GAZZONI, *Competitività* cit., in *Giust. civ.*, 2006, 1, pag. 3 e ss.; BARALIS, *Riflessioni*, cit. pag. 279 e ss.; VIDARI-MARCOZ, *La mini riforma* cit., pag. 699 e ss.

³¹⁸ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 592 e ss.; GAZZONI, *Competitività* cit., in *Giust. civ.*, 2006, 1, pag. 3 e ss.; CARLINI, *La tutela* cit., BARALIS, *Riflessioni*, cit., pag. 279 e ss.; CASTRONUOVO, *Sulla disciplina* cit.

³¹⁹ Per tutti, CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 592 e ss.

§ 8 Forma e contenuto dell'opposizione

Il legislatore, nel quarto comma dell'art. 563 cod. civ., nel definire l'opposizione come atto “*stragiudiziale*”, utilizza un enunciato (“*stragiudiziale*”) che compare raramente nel Codice civile (es.: art. 2735 cod. civ. sulla confessione stragiudiziale per differenziarla da quella giudiziale ex art. 2733 cod. civ.; art. 2113 cod. civ. sull'impugnativa, con qualunque scritto, anche stragiudiziale, delle rinunce e transazioni da parte del lavoratore).

8.1. Nel caso dell'opposizione, la definizione appare superflua perché quando la legge regola le modalità attraverso cui una determinata attività giuridica deve svolgersi e non la qualifica direttamente (o indirettamente) come giurisdizionale, indicando ad esempio i requisiti del rapporto processuale tra cui l'autorità a cui l'atto va rivolto eventualmente anche attraverso rinvio ad altre disposizioni processuali, l'attività sarà sempre stragiudiziale.

Probabilmente, il legislatore si è sentito in dovere di precisare trattarsi di atto “*stragiudiziale*” perché il termine opposizione assume nel linguaggio giuridico un significato prevalentemente processuale (si pensi all'opposizione al decreto ingiuntivo; all'esecuzione; agli atti esecutivi; eccetera) evocativo di un giudizio e ciò tanto più nella fattispecie in cui la natura dell'atto ha senz'altro riflessi a carattere processuale in quanto incide sulla futura azione di restituzione³²⁰.

L'opposizione deve perciò avvenire stragiudizialmente e quindi non per mezzo di un formale atto di citazione introduttivo di un giudizio ma attraverso documento scritto (“atto” di opposizione) che va notificato e trascritto e per il quale l'art. 563, quarto comma, cod. civ. non prescrive una particolare forma (atto pubblico o scrittura privata autenticata).

Ciò ha indotto una dottrina³²¹ a ritenere che l'opposizione possa essere redatta anche dalla parte, senza cioè l'autenticazione notarile o la redazione dell'atto pubblico rilevando che l'autenticità richiesta dall'art. 2657 cod. civ. ai fini della successiva trascrizione possa ricavarsi dalla notifica a mezzo ufficiale giudiziario.

³²⁰ BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione cit.*, pag. 8 e ss.

³²¹ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di disposizione lesiva cit.*, a pag. 1132 cita Cass. n. 1598 sulla fede privilegiata della relazione di notifica.

Difatti, osserva l'autore, nella notifica ad impulso di parte l'Ufficiale Giudiziario è tenuto ad accertare l'identità del richiedente e tale accertamento, espresso nella relazione di notifica, fa fede della provenienza dell'atto dal soggetto indicato sino a querela di falso.

La dottrina maggioritaria³²², con orientamento sostanzialmente unanime, ritiene invece che l'atto di opposizione, in quanto destinato ad essere trascritto nei Pubblici Registri immobiliari, deve necessariamente essere autenticato *ex art.* 2657 cod. civ., richiedendo la sottoscrizione della parte autenticata da notaio – non da avvocato il quale vede limitata la propria competenza agli atti processuali indicati nell'art. 85 cod. proc. civ. – o la sottoscrizione accertata giudizialmente (art. 2702 cod. civ.) ovvero rivestire i requisiti dell'atto pubblico (art. 2700 cod. civ.).

Sembra doversi escludere la possibilità per l'opponente di far accertare giudizialmente la sottoscrizione che in linea teorica sarebbe pur possibile al fine di ottenere un atto autentico *ex art.* 2657 cod. civ.. Osta a tanto, in primo luogo, la natura dichiaratamente "stragiudiziale" riconosciuta all'opposizione nonché, probabilmente, la stessa possibilità di ricorrere al giudizio.

Difatti, la caratteristica di atto unilaterale dell'opposizione, che, come precedentemente osservato, è espressione di un diritto potestativo³²³, induce a ritenere insussistente quel conflitto o contrasto da risolvere cui è preordinato il processo.

Lo stesso art. 216 cod. proc. civ. che si occupa della verifica della scrittura, in via incidentale (primo comma) o in via principale (secondo comma), fa chiaro riferimento alla sottoscrizione disconosciuta (primo comma) o disconoscibile (secondo comma) dalla "controparte" che per l'opposizione risulterebbe inapplicabile in quanto la dichiarazione proviene dalla stessa parte che agisce.

Semmai, se proprio si vuole ipotizzare un intervento del giudice in questa fase, una volta notificato e trascritto l'atto da soggetto non titolare del relativo potere (si pensi, ad esempio, all'opposizione di un affine o di un collaterale) il donatario o il terzo acquirente potrebbe avere interesse a impugnare in via giudiziale l'opposizione per farne ordinare la cancellazione anche se una simile ipotesi, per il controllo preventivo del notaio, appare di difficile verifica.

Quindi l'opposizione sarà proposta prevalentemente con scrittura

³²² Per tutti, CAPOZZI, *Le successioni*, cit., pag. 584 ed ivi ulteriori riferimenti.

³²³ Cfr. *supra*, § 5.2.1.

privata con sottoscrizione autenticata da notaio successivamente alla trascrizione della donazione.

Soltanto eccezionalmente sarà formulata con atto pubblico, nel medesimo contesto della donazione alla quale sia stato chiamato a partecipare anche il futuro legittimario non donatario per esprimere da subito la sua volontà di impedire il consolidamento dell'atto.

8.2. L'atto di opposizione ha un contenuto essenziale già delineato dal legislatore: la manifestazione espressa di volontà del coniuge o di un parente in linea retta di opporsi alla donazione.

Pertanto, chi intende opporsi ad una donazione dovrà indicare il proprio nominativo e la sua relazione di parentela con il donante in modo da potersi qualificare come potenziale legittimario; dovrà individuare gli estremi dell'atto di donazione a cui intende opporsi con l'indicazione del donante e del donatario; dovrà dichiarare di volersi opporre alla donazione e sottoscrivere l'atto³²⁴.

In dipendenza della natura personale e della forte incidenza in ambito familiare, non è consentito modulare gli effetti dell'opposizione, qualificabile come *actus legitimus* che non tollera l'apposizione di condizioni o termini³²⁵.

Deve perciò ritenersi vietata una opposizione sotto la condizione risolutiva di una successiva donazione del donante in favore del legittimario opponente ovvero l'assunzione dell'obbligo di fare opposizione entro un certo termine³²⁶.

Si ritiene, per il principio di economia degli atti, che l'opposizione possa essere soggettivamente complessa sia dal lato attivo che passivo. Più aventi diritto possono perciò opporsi, con unico atto, ad una donazione effettuata ad un solo o anche a più donatari³²⁷.

8.3. Una volta predisposto, l'atto di opposizione deve essere “*notificato e trascritto*” (art. 563, quarto comma, cod. civ.).

Parte della dottrina³²⁸ ha evidenziato che l'art. 563, quarto comma,

³²⁴ CAPOZZI, *Successioni* cit., pag. 583.

³²⁵ CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

³²⁶ CAMPISI, *Azione di riduzione*, cit., in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, pag. 1269 e ss.

³²⁷ CALVO, *L'opposizione alla donazione* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2011, II, pag. 349; BUSANI, *L'atto di opposizione» alla donazione* cit., pag. 27; PERRELLA, *L'atto di opposizione alla donazione* in *Contratti*, 2006, pag. 424.

³²⁸ CARLINI-UNGARI TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa* cit., pag. 773 e ss.; DI DOMENICO, in www.notaiodi domenico.it/DOTTRINA/Successioni sostiene che “*Anche se la notifica è effettuata dopo la trascrizione, può considerarsi ugualmente sospeso il termine ventennale, dal momento che la pubblicità è in realtà affidata solamente alla trascrizione, che ha quindi l'effetto tipico di rendere noto ai terzi l'esistenza della opposizione (e non di*

cod. civ. delinea una fattispecie a formazione successiva (notifica dell'opposizione e successiva trascrizione) chiaramente ispirata alla disciplina dell'art. 2658, secondo comma, cod. civ. relativa alla trascrizione della domanda giudiziale (notifica della citazione e successiva trascrizione) ed ha osservato che l'indicata scelta legislativa non appare giuridicamente ineccepibile a causa della diversa natura delle attività: stragiudiziale la prima e giudiziale la seconda.

Ritiene che la norma sia frutto di una svista perchè non considera che all'adempimento delle formalità pubblicitarie provvede non l'avvocato dopo la notifica della citazione, bensì il notaio che ha ricevuto o autenticato l'atto il quale ha l'obbligo di provvedere alla trascrizione nel più breve tempo possibile, ed è tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo, salva l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle leggi speciali, se lascia trascorrere trenta giorni dalla data dell'atto ricevuto o autenticato.

È quindi possibile che il notaio curi la trascrizione dell'atto prima della notifica ed in tal caso la dottrina³²⁹, differenziando la funzione della trascrizione rispetto a quella della notifica valutata nell'ambito della fattispecie in modo riduttivo, ritiene che l'effetto sospensivo si realizzi egualmente dalla data in cui è compiuta la formalità pubblicitaria.

Difatti, si afferma, soltanto la trascrizione garantisce la conoscibilità dell'opposizione da parte dei terzi (scopo effettivo della norma) mentre la notifica è funzionale ad agevolare la conoscenza del donatario della fatta opposizione, esentandolo dal compiere periodiche visure presso le Conservatorie dei Registri Immobiliari nel cui circondario ricadono gli immobili donati³³⁰.

Da ciò consegue che la notifica successiva alla trascrizione è del tutto irrilevante per i terzi e, a ben vedere, per lo stesso donatario perché l'astratta conoscibilità della fatta opposizione anche da parte di costui è già soddisfatta dalla trascrizione.

risolvere conflitti tra più aventi causa o di rispettare la continuità delle trascrizioni) mentre la notifica ha il solo scopo di agevolare la conoscibilità da parte del donatario, che è quindi dispensato da ogni indagine al riguardo”.

³²⁹ CARLINI-UNGARI TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa* cit., pag. 773 e ss.

³³⁰ Nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di BONILINI, Volume III. Ed. 2009, pag. 595 si ritiene bizzarra la contestuale richiesta di notifica e trascrizione perché solo la trascrizione serve a soddisfare la conoscibilità dell'atto di opposizione.

La prevalente dottrina³³¹ replica sostenendo che, sebbene condivisibile in linea di principio, questa teoria adotta una interpretazione abrogante del termine “notificato” contenuto nella norma, non considerando che il legislatore ha delineato una fattispecie a formazione successiva che si perfeziona con il compimento di entrambe le formalità³³².

In altri termini, l’atto unilaterale di opposizione, dispiega l’effetto sospensivo soltanto se notificato e trascritto; pertanto, seppur perfetto in quanto formato e proveniente da soggetto legittimato, resta inefficace sino a quando non sia notificato e trascritto (*il decorso del termine ...è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto.... un atto... di opposizione....quarto comma art. 563 cod. civ.*).

Entrambe le formalità sono perciò coesenziali alla produzione dell’effetto sospensivo; non è sufficiente a tal fine soltanto la notifica o soltanto la trascrizione ma occorre che entrambe vengano effettuate.

La dottrina³³³ sostiene che le indicate attività vanno eseguite secondo l’ordine cronologico previsto dal codice, indice di comportamento diligente che consente alla pubblicità immobiliare di tutelare effettivamente i terzi i quali, in difetto della data di notifica dell’opposizione – elemento costitutivo della fattispecie a formazione successiva – non sarebbero posti in condizione di conoscere quando la fattispecie si è perfezionata e, di riflesso, il momento iniziale dell’effetto sospensivo.

Isolata appare l’opinione³³⁴ secondo cui non rileva l’ordine cronologico delle formalità, bensì soltanto l’effettuazione di entrambe potendosi dimostrare la conoscenza dell’opposizione da parte del donatario con qualunque mezzo.

La prima attività da compiere è la notifica. Si discute se ad essa debba provvedersi utilizzando le formalità del codice di rito (art. 137 e ss. cod. proc. civ.)³³⁵ ovvero se sia sufficiente la comunicazione, anche attraverso raccomandata con avviso di ricevimento³³⁶.

³³¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 584-585; VIDARI-MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari* cit., pag. 699 e ss.; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 1132 e ss.; BUSANI, *L’atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 13 e ss.

³³² BUSANI, *L’atto di « opposizione » alla donazione* cit., pag. 13 e ss.

³³³ VITUCCI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 572 e ss.; IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563* cit., pag. 943 e ss.; VIDARI-MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari* cit., pag. 699 e ss.

³³⁴ BUSANI, *L’atto di « opposizione » alla donazione* cit., pag. 13 e ss.

³³⁵ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 1132.

³³⁶ BUSANI, *L’atto di « opposizione » alla donazione* cit., pag. 13 e ss.

Sembra preferibile la prima opinione perché il legislatore ha utilizzato il termine “notificato” che potrebbe assumere valenza tecnica.

In aggiunta, la notifica a mezzo Ufficiale Giudiziario potrebbe rilevarsi estremamente utile a prevenire possibili abusi.

Si pensi, ad esempio, all’opposizione ad una donazione di beni mobili non registrati di rilevante valore e quindi ad atto che, non potendo essere trascritto, può soltanto essere notificato.

Potrebbe accadere che un figlio, dopo aver predisposto personalmente l’opposizione ad una donazione del padre a favore del coniuge di seconde nozze, ritenga di non dover procedere alla notifica perché il genitore lo ha convinto a desistere o a ritardare la notifica in attesa di acquistare altri beni da donare al figlio. L’atto di opposizione potrebbe entrare nella disponibilità di diversi soggetti (es.: coniuge dell’opponente) i quali potrebbero procedere, all’insaputa dell’autore, alla notifica dell’atto.

L’indicata notifica sarebbe agevole se effettuata tramite raccomandata con avviso di ricevimento mentre risulterebbe estremamente difficoltosa, se non impossibile, qualora richiesta all’Ufficiale Giudiziario il quale è tenuto a verificare con estremo rigore la coincidenza della persona che consegna l’atto con quella a cui l’atto stesso si riferisce e ad annotare, nella relazione di notifica, il nominativo del soggetto che la ha richiesta.

La notifica a mezzo Ufficiale Giudiziario rivela poi tutta la sua utilità qualora, dopo la donazione, il donante si renda irreperibile potendosi, in tal caso, utilizzare l’art. 140 cod. proc. civ.³³⁷ che disciplina la notificazione alle persone irreperibili.

Se il donante è invece scomparso (art. 48 cod. civ.) o assente (art. 49 cod. civ.), la notifica sarà effettuata nei confronti del curatore dello scomparso o di coloro che hanno ottenuto l’immissione nel possesso temporaneo dei beni del donatario assente (art. 52 cod. civ.)..

³³⁷ Art. 140 c.p.c.: *Se non è possibile eseguire la consegna per irreperibilità o per incapacità o rifiuto delle persone indicate nell'articolo precedente, l'ufficiale giudiziario deposita la copia nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi, affigge avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario, e gliene dà notizia per raccomandata con avviso di ricevimento.*

Con sentenza n. 3 del 2010, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 140 cod.proc.civ., nella parte in cui prevede che la notifica si perfeziona, per il destinatario, con la spedizione della raccomandata informativa, anziché con il ricevimento della stessa o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione. In tal modo è superata la discrasia tra la notifica ex art. 140 e quella a mezzo posta (art. 8 L. n. 890 del 1982 come modificato dall’art. 2 d.l. n. 35 del 2005, conv., con modif., in l. n. 80 del 2005) che si perfeziona per il destinatario decorsi 10 giorni dalla data di spedizione della raccomandata con cui il destinatario è informato dell’ultimazione delle formalità.

8.4. Nell'ambito della riforma la trascrizione dell'opposizione assume ruolo centrale.

Prima della trascrizione (e della notifica) l'atto non produce la sospensione del termine per cui l'attività ulteriore prevista dalla legge, appare finalizzata alla produzione degli effetti.

Tuttavia, considerato che il legislatore ha delineato una fattispecie a formazione successiva che culmina nella trascrizione (atto – notifica – trascrizione), la formalità pubblicitaria assume il ruolo di elemento che completa la fattispecie e pertanto ha natura costitutiva³³⁸, analogamente a quanto accade per l'usucapione abbreviata (art. 1159 cod. civ.) in cui concorre, assieme alla buona fede dell'acquirente, ad integrare il titolo di acquisto³³⁹.

Dal giorno in cui l'opposizione è trascritta, il termine ventennale è sospeso.

La trascrizione non ha perciò efficacia dichiarativa³⁴⁰ perché non mira a risolvere, in base al principio di priorità, il contrasto tra due soggetti che hanno acquistato, con atti diversi, il medesimo diritto sullo stesso bene; non incide neppure sulla continuità della trascrizione (art. 2650 cod. civ.) perché l'eventuale trascrizione della vendita di un bene di provenienza donativa, anteriore o successiva alla pubblicità dell'opposizione, non spiega alcun effetto su quest'ultima.

Difatti, la trascrizione dell'opposizione, purché effettuata entro venti anni da quella della donazione, sospende comunque il termine di cui agli artt. 563 e 561 cod. civ.³⁴¹.

La trascrizione deve essere effettuata a favore dell'opponente e “*nei confronti*” del “*donatario*” o di colui che al momento della formalità

³³⁸ PETRELLI, *Opposizione alla donazione*, in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile – Primo semestre 2005*, leggibile in www.notartel.it; conforme: BUSANI, *L'opposizione* cit., pag. 59, nota 96.

³³⁹ CARINGELLA- DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Volume 3, Milano 2008, pag. 724.

³⁴⁰ La dottrina è concorde sul punto. Cfr. *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* cura di Bonilini cit, Volume III, pag. 816; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari*, cit., pag. 1132 e ss.; DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario* in *Riv. Notariato* 2006, pag. 317; BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione* cit. pag. 13 e ss.; LENZI, *La circolazione di beni immobili di provenienza donativa: le novità introdotte dalla legge n. 80/2005* in *Riv. Dir. Privato* 2007, pag. 653; CAMPISI, *Azione di riduzione*, in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, cit., pag. 1269 e ss.

³⁴¹ BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione* cit. pag. 13 e ss.; CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa* cit., pag. 773 e ss.

risulta proprietario del bene (“*e dei suoi aventi causa*”)³⁴² ed è finalizzata a rendere nota ai terzi la situazione creatasi e cioè la sospensione del termine ventennale previsto dagli artt. 563 e 561 cod. civ. producendosi, così, in capo a costoro, oltre che nei confronti dello stesso donatario, la presunzione legale di conoscenza.

Pertanto, il donatario (destinatario anche della notifica), una volta trascritta l’opposizione dovrà valutare se sia il caso o meno di porre in essere attività dispositiva del bene, le banche potranno verificare se sia conveniente o meno assumere il bene come garanzia e i terzi interessati potranno stabilire se sia prudente o meno acquistare.

La pubblicità dell’opposizione alla donazione di beni immobili va eseguita presso i Registri Immobiliari del luogo in cui essi si trovano; qualora la donazione abbia invece ad oggetto beni mobili registrati, va trascritta nei Pubblici Registri in cui sono censiti.

Sebbene il terzo comma dell’art. 563 cod. civ. non menzioni espressamente i beni mobili registrati, in dottrina non si dubita dell’applicabilità ad essi dell’art. 563 cod. civ. ed in particolare dell’opposizione stante il riferimento, contenuto nel secondo comma dello stesso articolo, alla categoria dei beni mobili in cui rientrano quelli registrati³⁴³.

La necessità della pubblicità costitutiva dell’opposizione ha indotto parte della dottrina³⁴⁴ ad affermare che gli acquisti di beni mobili (non registrati) di provenienza donativa – seppur contemplati nel secondo comma – sono in realtà sottratti a qualsiasi possibilità di opposizione.

Difatti, nell’ordinamento giuridico italiano non è istituito, diversamente dagli immobili e da taluni particolari beni mobili, un registro generale di ogni bene mobile con conseguente impossibilità materiale di trascrivere una opposizione relativa a beni non registrati per mancanza del registro in cui annotarla.

Con riferimento ai mobili non registrati il legittimario non potrà perciò sospendere il termine ventennale e potrà agire in restituzione nei

³⁴² In tal senso, già prima dell’intervento correttivo del dicembre 2005, DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione di beni immobili provenienti da donazione* cit., pag. 7. e ss.

³⁴³ ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, Milano 2009, pag. 16, nota 29; DELLE MONACHE, *Successione necessaria* cit., a pag. 64 sostiene che il diritto del terzo acquirente di bene mobile registrato prevale su quello del legittimario alla restituzione qualora l’atto di acquisto del primo sia a titolo oneroso e risulti trascritto prima della trascrizione della domanda di riduzione, a sua volta trascritta tre anni dopo l’apertura della successione (art. 2690, n. 5, cod. civ.).

³⁴⁴ GAZZONI, *Competitività e dannosità* cit., in *Giust. civ.*, 2006, 1, pag. 3 e ss.

confronti del terzo acquirente soltanto in caso di decesso del donante anteriore al ventennio dalla donazione.

Ne consegue che il terzo acquirente di beni mobili non registrati cumula, a quella appena indicata, l'altra protezione accordatagli dall'art. 1153 cod. civ. (usucapione istantanea) espressamente richiamato nel secondo comma dell'art. 563 cod. civ..

Una dottrina³⁴⁵ ritiene costituzionalmente illegittima una simile disparità che pone il legittimario in una situazione deteriore quando intende agire per la restituzione di un bene mobile rispetto ad un immobile e ciò a maggior ragione quando il termine di venti anni per il consolidamento decorre dalla data della donazione senza che, donante in vita, possa essere esperita l'azione di riduzione e restituzione.

Propone pertanto di scindere i termini notifica e trascrizione contenuti nel quarto comma dell'art. 563 cod. civ. e di riferire la notifica ai beni mobili e la trascrizione a quelli immobili.

Altra dottrina ancora³⁴⁶, pur aderendo all'opinione secondo cui può ammettersi che la sola notifica costituisca valida opposizione, ritiene opportuno limitarla ai soli casi in cui il terzo acquirente risulti in mala fede, non avendo senso estenderla a quello in buona fede che avrebbe fatto salvo l'acquisto ex art. 1153 cod. civ. richiamato nel secondo comma dell'art. 563 cod. civ..

Nel testo originario della modifica apportata al quarto comma dell'art. 563 cod. civ. era prevista la notifica (e trascrizione) al solo donatario e la dottrina³⁴⁷, in via interpretativa, riteneva che se al momento della trascrizione dell'opposizione il donatario avesse già trasferito il bene ad un terzo, l'opponente avrebbe avuto la necessità di trascrivere l'opposizione anche nei confronti del neo acquirente.

Con l'opportuno intervento correttivo del 28 dicembre 2005 (L. n. 263), sono state aggiunte, nel testo della norma le parole "*e dei suoi aventi causa*" ad avvalorare la prospettata linea interpretativa che va ulteriormente chiarita anche con riferimento alla rinnovazione.

Il soggetto diligente che intende acquistare un immobile è tenuto ad effettuare visure immobiliari risalendo indietro di almeno venti anni.

Se riscontra che durante tale periodo l'immobile è stato oggetto di

³⁴⁵ *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini cit., pag. 595.

³⁴⁶ CAMPISI, *Azione di riduzione* in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, cit., pag. 1269 e ss.

³⁴⁷ CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa* cit., pag. 773 e ss.; cfr. *supra*, §3, pag. 44 e ss.,

donazione, di opposizione *ex art. 563*, quarto comma, cod. civ. o di rinnovazione dell'opposizione, è a conoscenza che potrebbe essere esposto ad eventuale azione di restituzione.

Diversamente, se dalle visure risulta che il bene nei venti anni precedenti non è stato oggetto né di donazione, né di opposizione, né di rinnovazione dell'opposizione, può fare affidamento nell'acquisto escludendo di poter essere convenuto in restituzione.

Tale consapevolezza non potrebbe essere raggiunta se fosse consentito trascrivere la rinnovazione dell'opposizione nei confronti dell'originario donatario e del primo acquirente.

Difatti, qualora l'opposizione e soprattutto le rinnovazioni che determinano la sospensione del termine di consolidamento per multipli di venti anni fossero trascritte nei confronti del donatario o del primo acquirente, non sarebbero conoscibili da parte del potenziale terzo acquirente in caso di plurimi trasferimenti dell'immobile.

Costui dovrebbe infatti ricostruire la storia remota del bene che intende acquistare e risalire indietro nel tempo, ben oltre in ventennio, per verificare l'esistenza di una donazione e di una eventuale opposizione e successive rinnovazioni di cui l'ultima trascritta nell'ultimo ventennio a margine, però, di un atto di donazione o di vendita stipulato un cinquantennio prima o anche più.

Per evitare una simile incertezza, come l'opposizione, anche le rinnovazioni vanno perciò notificate e trascritte nei confronti di coloro che al momento della rinnovazione risultino proprietari del bene che l'opponente intende mantenere assoggettato all'efficacia reale dell'azione di restituzione³⁴⁸.

³⁴⁸ Diffusamente, CARINGELLA-GIOVAGNOLI-MENNA, *Studi di diritto civile: famiglia e successioni*, vol. I, Milano 2007, pag. 807 e ss.

§9. Donazioni indirette e dissimulate

L'art. 809, primo comma, cod. civ. stabilisce che le liberalità risultanti da atti diversi dal contratto di donazione sono sempre soggette alle regole dettate in tema di revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, oltre a quelle sulla riduzione in caso di lesione della quota di legittima.

L'art. 737, primo comma, cod. civ. attrae nel perimetro della collazione³⁴⁹ le donazioni indirette, fatta salva l'eventuale clausola di dispensa.

Secondo autorevole dottrina³⁵⁰ le donazioni indirette sono caratterizzate da due negozi collegati, di natura diversa: il primo (negozio-mezzo) che realizza i suoi effetti tipici (es.: remissione del debito); il secondo, accessorio e integrativo, intimamente connesso al primo con cui le parti colmano la differenza tra il risultato del negozio prescelto e lo scopo ulteriore voluto che è sempre, nelle donazioni indirette, quello di arricchire altro soggetto.

Un esempio di negozio indiretto previsto dalla legge e perciò tipico è il contratto a favore di terzi (art. 1411 ss. cod. civ.) nel quale si individua una causa interna e cioè quella del contratto che si conclude (es.: vendita) ed una esterna consistente nell'attribuzione fatta al terzo che, qualora consista nell'arricchimento, configura una classica ipotesi di donazione indiretta (Tizio acquista un bene da Caio con trasferimento a favore di Mevio a cui intende fare una donazione).

Le liberalità indirette possono realizzarsi nei modi più disparati sia attraverso l'utilizzo di negozi, tra cui i più frequenti sono la rinuncia al credito e il pagamento del debito altrui, sia attraverso il compimento di atti non negoziali³⁵¹.

L'ambito in cui si manifesta maggiormente il fenomeno resta quello dei rapporti familiari in cui, anche per ragioni fiscali, si preferisce ricorrere a donazioni indirette.

Tra le ipotesi di liberalità indiretta in ambito familiare vanno annoverati i contratti di comodato gratuito di appartamenti che si protraggono per un tempo considerevole a cui spesso ricorrono i

³⁴⁹ *Infra*, §11.

³⁵⁰ CAPOZZI, *Successioni cit.*, pag. 882 e ss.

³⁵¹ Esempio: costruzione realizzata con propri materiali sul fondo altrui affinché il proprietario del terreno possa acquistarla per accessione.

genitori per contribuire alla sistemazione dei figli³⁵² oppure le cointestazioni di libretti bancari (o postali) di cui si è spesso occupata la giurisprudenza di legittimità.

Questa seconda ipotesi si verifica frequentemente nella prassi in una particolare situazione: un soggetto normalmente anziano o gravemente malato, spesso impossibilitato a uscire di casa, per arricchire chi, parente o estraneo, lo accudisce, cointesta con questa persona il proprio conto corrente bancario o postale.

In genere, soltanto dopo il decesso del *de cuius* gli stretti congiunti scoprono che il beneficiario ha effettuato prelievi consistenti se non addirittura “estinto” il conto e nel giudizio per ottenere la restituzione di quanto prelevato, il terzo “badante” (legittimario o meno) fa normalmente valere la liberalità indiretta.

Sul punto la giurisprudenza è estremamente rigorosa.

Difatti, differenzia, in primo luogo, i rapporti esterni tra i cointestatori e banca, disciplinati dall’art. 1854 cod. civ. e caratterizzati da solidarietà attiva e passiva, da quelli interni regolati dall’art. 1298, secondo comma, cod. civ. che introduce la presunzione *iuris tantum* di eguaglianza delle parti (“*le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente*”). Quindi, in applicazione dei principi generali (art. 2697 cod. civ.) onera la parte che assume essere stata beneficiaria da donazione indiretta, della dimostrazione dell’*animus donandi*.

In base all’art. 1854 cod. civ. e nei rapporti esterni con la banca, ciascuno dei cointestatori può compiere tutte le attività di conto ed effettuare prelievi senza essere limitato alla quota ideale del 50%; legittimamente, perciò, la banca consente al singolo cointestatorio di prelevare oltre l’indicata misura e anche di “prosciugare” il conto.

La facoltà di prelevare senza limiti da parte di ciascun cointestatorio non incide sulla proprietà del denaro che riguarda i rapporti interni per i quali l’art. 1298, secondo comma, cod. civ., si limita a stabilire una

³⁵² Per App. Milano, 17 dicembre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, pag. 688, ai fini della determinazione della porzione disponibile, va computato il valore del comodato in misura equivalente all’ammontare dei canoni di locazione con riferimento al momento dell’apertura della successione. La sentenza è annotata da LEONARDI: *L’uso gratuito dell’appartamento attribuito dal de cuius al figlio rientra nell’asse ereditario ai fini della determinazione della porzione disponibile*.

Trib. Napoli, 9 maggio 2005, in *Dir. e giur.*, 2007, pag. 133, con nota di GATT, *Ricostruzione dell’asse ereditario e liberalità* afferma “*non è donazione indiretta, e dunque è esclusa dall’obbligo di collazione, la concessione gratuita ad uso abitativo di un immobile, posta in essere dal de cuius in favore di alcuni dei coeredi per il periodo delle vacanze estive, trattandosi di una forma di ospitalità giuridicamente non rilevante*”.

presunzione di eguaglianza delle parti superabile attraverso la prova contraria.

Ne consegue che si presume (soltanto) che il cointestatario è comproprietario del 50% delle somme del conto e che i legittimari, per risultare vittoriosi nel giudizio di restituzione dell'intero o di una parte superiore al 50%³⁵³, devono superare l'indicata presunzione dimostrando che le rimesse sul conto provenivano, per l'intero o per la parte richiesta in restituzione, dal loro *de cuius*.

Una volta fornita la prova della proprietà del danaro in capo al deceduto, il cointestatario potrà dedurre che le somme gli erano state donate con lo strumento della cointestazione attraverso dimostrazione rigorosa dell'*animus donandi* del deceduto³⁵⁴.

Ulteriore fattispecie di liberalità non donativa molto frequente nella prassi è costituita dall'acquisto da parte del figlio di un immobile con denaro dei genitori.

Secondo un primo indirizzo, avallato dalle Sezioni Unite³⁵⁵, l'acquisto di un immobile da parte del figlio con danaro dei genitori costituisce donazione dell'immobile e non del danaro con la conseguenza che è l'immobile a dover essere assoggettato a collazione e, se la donazione risultasse lesiva delle quote dei legittimari, a riduzione ed eventualmente a restituzione da parte del terzo acquirente.

Più recentemente, a tale indirizzo ne è seguito altro, opposto³⁵⁶, che ha valorizzato la principale differenza tra donazione diretta ed indiretta e cioè che, diversamente dalla prima nella quale il bene donato proviene dalla sfera patrimoniale del donante che lo trasferisce direttamente al donatario, nella donazione indiretta il bene è trasmesso al donatario da un terzo.

“Alla riduzione delle liberalità indirette”, osserva la Corte, *“non si può perciò applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria*

³⁵³ Qualora la domanda dei legittimari risultasse limitata alla restituzione di una quota equivalente o inferiore al 50% la presunzione di eguaglianza delle quote giocherebbe a loro favore.

³⁵⁴ Cass. 2 dicembre 2013, n. 26991 in *Dejure*; Cass. 4 maggio 2012, n. 6784 in *Giust. Civ. Mass.* 2012, fasc. 5; Cass. 19 febbraio 2009 n. 4066 in *Banca borsa tit. cred.* 2011, fasc. 4, pag. 461 con nota di DE RITIS; Cass. 22 ottobre 1994, n. 8718 in *Giust. Civ.* 1995, I, 972; Cass. 9 luglio 1989 n. 3241 in *Banca borsa tit. cred.* 1991, II, pag. 1 e ss.

³⁵⁵ Cass., Sezioni Unite, 5 agosto 1992, n. 9282 in *Foro It.* 1993, I, col. 1544 con nota di DE LORENZO.

³⁵⁶ Cass. 12 maggio 2010, n. 11496 in *Giust. Civ.* 2011, 5, pag. 1287 con nota di MATARESE. Il principio enunciato da Cass. n. 11496/2010 è ribadito, più recentemente, da Cass. 9 maggio 2013, n. 11012 in *Guida al Diritto* 2013, fasc. 39, pag. 89.

d'immobile (art. 560 c.c.) con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 c.c.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, nè incide sul piano della circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito”³⁵⁷.

Da tale pronuncia scaturisce la sicurezza dell'acquisto del terzo acquirente non più esposto a domanda di restituzione e la sostituzione della tutela reale con quella meramente obbligatoria.

Difatti, i legittimari che agiranno in riduzione e restituzione nei confronti del donatario non potranno recuperare alla massa l'immobile, bensì soltanto il prezzo che il futuro *de cuius* ha versato al terzo.

L'indicata conclusione era stata auspicata da una dottrina³⁵⁸ in considerazione dell'impossibilità di ricostruire la riduzione di particolari forme di donazione indiretta in termini di inopponibilità dell'attribuzione.

Ad avviso dell'indirizzo in esame, attraverso l'azione di riduzione il legittimario pretermesso tende a procurarsi il titolo di erede o ad assicurarsi l'effettività di tale titolo quando, istituito erede *ex testamento* o chiamato alla successione *ab intestato*, vede svuotato quel suo titolo a causa di donazioni o legati.

La riduzione, perciò, mira a procurare al legittimario la delazione negatagli (per effetto della vocazione universale in favore d'altri) o a integrare l'oggetto di quella, pur attribuitagli, ma risultata incapiente (per effetto delle liberalità)³⁵⁹.

La sentenza che dispone la riduzione non comporta alcun passaggio dei beni dal patrimonio del donatario al legittimario ma determina soltanto l'inopponibilità dell'atto lesivo nei suoi confronti; rende, cioè, possibile la delazione *ex lege*.

L'inopponibilità che caratterizza la riduzione è estremamente diversa

³⁵⁷ Cass. 12 maggio 2010, n. 11496 in motivazione in *Giust. Civ.* 2011, 5, pag. 1287.

³⁵⁸ CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano 1995, pag. 131 e ss.; AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, in *Riv. Dir. Civ.* 2009, I, pag. 683 e ss.

³⁵⁹ MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag. 232 e ss.

da quella dell'azione revocatoria in cui assume il significato di permettere al creditore di aggredire in via esecutiva un bene che *resta nel patrimonio dell'acquirente*; l'inopponibilità della riduzione è, viceversa, la possibilità di considerare il bene donato come *effettivamente rientrato nell'asse*.

Se pertanto il fine della riduzione è la possibilità di considerare il bene donato come effettivamente rientrato nell'asse o, meglio ancora, come *mai uscito* da esso, è necessario escludere dalla riduzione le donazioni indirette ed in particolare il contratto a favore di terzi o l'intestazione di beni a nome altrui nelle quali la vicenda coinvolge direttamente persone estranee (es.: l'alienante che ha trasferito il bene ed il figlio) e solo indirettamente il *de cuius* non essendo configurabile, in una simile fattispecie, un "rientro" o una "non uscita" di quel bene dal patrimonio del donante in cui non è stato mai presente³⁶⁰.

Ne consegue che con riferimento alle liberalità non donative, il contenuto del diritto del legittimario, allo stesso modo della pretesa del coerede avente diritto a collazione, è a carattere obbligatorio e non reale; investe, cioè, l'entità economica dell'incremento patrimoniale del donatario e non il bene.

L'indicata conclusione non snatura la finalità della riduzione che anche nelle donazioni indirette resta sempre quella di ricostruire il patrimonio del *de cuius* per rendere possibile la successione necessaria.

Anche nelle liberalità non donative, sebbene non possa recuperarsi il bene al patrimonio del *de cuius*, la pretesa del legittimario leso è diretta, conformemente alla *ratio* della riduzione, a recuperare ciò che da quel patrimonio è "effettivamente uscito" e cioè l'esborso sopportato dal donante per consentire l'acquisto del donatario³⁶¹.

Prima della riforma del 2005 non era ammessa, in vita del donante, la domanda tendente ad accertare che la vendita dissimulasse una donazione in quanto l'interesse ad agire del legittimario, ai fini del calcolo della legittima e dell'esercizio dell'azione di riduzione, non poteva che sorgere dopo l'apertura della successione³⁶².

³⁶⁰ MENGONI, *Recensione a Forchielli, La collazione* in *Riv dir. civ.*, 1959, I, pag. 119 e ss., oltre cinquant'anni or sono, si chiedeva con l'usuale rigore "come possa considerarsi acquistato in base alla quota ereditaria, un bene che, pur essendo rientrato nella massa dividenda, *non fa parte dell'eredità*."

³⁶¹ AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., pag. 683 e ss.

³⁶² MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag. 208 nota 80 secondo il quale finché l'alienante è in vita, il futuro erede riservatario di

Secondo la giurisprudenza dominante, il termine di prescrizione dell'azione di simulazione del contratto, esercitata in funzione dell'azione di riduzione, decorre dall'apertura della successione dell'alienante.

Soltanto da tale momento, difatti, il legittimario può proporre la domanda di simulazione perché è solo dal decesso del donante che la donazione dissimulata è idonea a ledere i diritti del legittimario e a rendere concreto ed attuale l'interesse di questi ad agire in simulazione preordinata alla riduzione e restituzione³⁶³.

Oggi, la situazione appare notevolmente diversa.

Difatti, come ripetutamente osservato nel presente scritto, l'art. 2, comma quarto, *novies* del D.L. n. 35 (conv. con L. n. 80/2005 che diventa il quarto comma dell'art. 653 cod. civ.) ha introdotto l'inedita figura dell'"*atto stragiudiziale di opposizione alla donazione*" che sospende sia il termine di venti anni decorrente dalla trascrizione della donazione, decorso il quale il legittimario non può più agire in riduzione nei confronti dei terzi (art. 653, primo comma, nuovo testo), sia quello di venti anni decorrente sempre dalla trascrizione della donazione, decorso il quale i beni immobili ed i mobili registrati non vengono liberati da ogni peso o ipoteca di cui il donatario li abbia gravati (art. 561, primo comma, nuovo testo cod. civ.).

Parte della dottrina³⁶⁴ ritiene che alla modifica dell'art. 563 cod. civ. debba seguire analoga modifica dell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale già citato secondo cui l'interesse ad agire in simulazione sorge soltanto al momento dell'apertura della successione poiché nell'attuale disciplina il legittimario ha interesse ad accertare subito, ai fini dell'opposizione e dei suoi effetti, il carattere simulato di un determinato atto che si pone come antecedente logico rispetto all'opposizione alla donazione.

Il legittimario è perciò tenuto a proporre domanda giudiziale di simulazione e, una volta accolta, a trascrivere l'opposizione non

una quota di eredità non è legittimato a domandare l'accertamento della simulazione; in giurisprudenza, Cass., 27 marzo 1987, n. 2968, in *Mass. Giur.It.*, 1987.

³⁶³ Tra le tantissime, Cass. 30 luglio 2004, n. 14562 in *Giust. Civ. Mass.* 2004, 7-8; Cass. 25 gennaio 1992, n. 817 in *Vita not.* 1992, pag. 567.

³⁶⁴ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 2009 cit., pag. 590; VIDARI-MARCOZ: *La miniriforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima* in *Riv. notariato*, 2006, fasc. 3, pag. 699 e ss.; BUSANI, *L'atto di opposizione* cit., pag. 13 e ss.; BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.* in *Riv. notariato*, 2006, fasc. 2, pag. 277 e ss. sia pure con alcune perplessità; CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente*, in *Riv. Notariato* 2006, fasc. 5, cit., pag. 1269 e ss.

escludendo che nelle more del giudizio e normalmente immediatamente dopo la notifica della citazione, possa trascrivere, in subordine, l'opposizione che avrà però efficacia soltanto al momento della sentenza che accoglie la domanda.

Va tuttavia esclusa, secondo la citata tesi, la possibilità di trascrivere l'opposizione di un atto non formalmente donativo senza la preventiva proposizione dell'azione di simulazione; ciò sia per le negative conseguenze che una simile opposizione ad atto normalmente oneroso produce sulla circolazione dei beni, sia per il rifiuto che il conservatore dovrebbe poter opporre difettando la natura manifesta di liberalità³⁶⁵.

E' stato osservato che se si ammettesse una trascrizione indipendentemente dalla proposizione di un'azione di simulazione, la parità di armi dovrebbe consentire al formale acquirente del bene di proporre un'azione volta alla cancellazione della trascrizione attraverso una domanda di accertamento negativo della simulazione nella quale la veste di attore sostanziale sarebbe rivestita dal convenuto legittimario su cui graverebbe l'onere di dimostrare l'effettività della simulazione³⁶⁶.

Altra dottrina³⁶⁷, al contrario, facendo leva sulla *ratio* della riforma, ha rilevato che la soluzione più rassicurante sarebbe quella di limitare il diritto potestativo di opporsi esclusivamente agli atti formalmente donativi poiché la tesi più rigorosa dianzi citata crea intralci alla circolazione dei beni assai maggiori di quelli che la riforma ha inteso evitare.

Difatti, secondo questo secondo orientamento, non potendosi escludere un utilizzo arbitrario dell'azione di simulazione, qualunque atto a titolo oneroso, appena posto in essere, sarebbe astrattamente impugnabile dal coniuge e dai parenti in linea retta semplicemente perché anche uno soltanto di costoro lo ritenga simulato e deduca di volersi giovare dell'effetto prenotativo dell'opposizione al fine di salvaguardare la futura azione restitutoria nei confronti del terzo.

³⁶⁵ BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 279 e ss. osserva come qualunque vendita nella quale il prezzo è conforme ai valori catastali e non a quelli di mercato (come di norma avviene) potrebbe essere considerato atto a causa mista.

³⁶⁶ DELLE MONACHE, *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari* in *judicium.it* 2006, pag.8-9.

³⁶⁷ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium iuris* 2005, pag. 1129 e ss.; IEVA, *La novella degli articoli 561 e 563 C.C.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi* in *Riv. notariato*, 2005, fasc.5, pag. 943 e ss.

Il legislatore avrebbe così ristretto il campo d'applicazione delle regole sull'opposizione ai contratti di donazione *tout court*, e non già ai negozi simulati e a quelli aventi indiretta finalità liberale, proprio allo scopo di evitare la proliferazione di ridondanti azioni giudiziali che potrebbero rivelarsi inutili qualora dovesse poi svelarsi infondato il temuto rischio di lesione effettiva della legittima³⁶⁸.

Secondo una dottrina³⁶⁹, l'inapplicabilità dell'opposizione alle donazioni dissimulate discende soprattutto dalla disciplina della simulazione ed in particolare dall'art. 1415 cod. civ..

La predetta norma, occupandosi dei terzi in buona fede ed a garanzia della sicura circolazione dei beni, stabilisce, al primo comma, che *“la simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente”*.

I legittimari, come aventi causa del simulato alienante, non potrebbero opporre la simulazione al terzo in buona fede che ha acquistato dal simulato acquirente e, di conseguenza, di nessuna utilità è, per il terzo acquirente in buona fede, la previsione contenuta nella nuova disciplina dell'art. 563 cod. civ., di un termine ventennale entro cui l'atto di donazione si consolida.

Semmai, osserva l'indicata dottrina, gli unici a potersi avvantaggiare del nuovo termine sarebbero soltanto i terzi in mala fede (esclusi dall'ambito di applicabilità dell'art. 1415 cod. civ.) e cioè quei soggetti che, a conoscenza se non artefici della simulazione, decorso il ventennio dalla trascrizione dell'atto simulato, farebbero comunque salvo l'acquisto.

Tuttavia – prosegue l'indicata dottrina - una simile soluzione non appare condivisibile perché non sembra ammissibile che il terzo in mala fede, consapevole del fatto che i beni acquistati provengono da una collusione tra donante e suo dante causa finalizzata a ledere le ragioni del futuro legittimario (a cui non è neppure escluso abbia partecipato), possa profittare dell'inerzia del legittimario *in pectore*.

Pertanto, conclude, per i terzi in mala fede va esclusa l'applicabilità del termine ventennale di cui al primo comma dell'art. 563 cod. civ. e,

³⁶⁸ CALVO, *L'opposizione alla donazione* cit., pag. 349 e ss. sostiene perciò che deve essere escluso che la nuova disciplina di cui agli artt. 561 e 563 c.c. sia estensibile alle donazioni dissimulate e indirette, con riguardo alle quali il legittimario non va incontro al termine di vent'anni decorrente dalla trascrizione dei contratti aventi «impropria» funzione liberale; nello stesso senso, CASTRONUOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita not.*, 2007, pag. 1004 ss.

³⁶⁹ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 1134.

di conseguenza, del quarto comma (opposizione) ed il legittimario potrà agire nei confronti del terzo in mala fede dopo il decesso del donante senza alcuna necessità di dover sospendere, attraverso la proposizione dell'opposizione, il termine ventennale³⁷⁰.

Punto critico dell'esposta ricostruzione è l'estensione, affermata da una risalente giurisprudenza³⁷¹ alla simulazione relativa della norma di cui all'art. 1415, primo comma, cod. civ..

In realtà, la dottrina³⁷² ha evidenziato che il primo ed il secondo comma dell'art. 1415 cod. civ., pur proteggendo entrambi i terzi che in buona fede hanno fatto affidamento sull'apparenza creata dal negozio simulato, tutelano situazioni diverse.

Il secondo comma (*"i terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti"*) è diretto ad evitare la produzione del danno che le parti hanno inteso procurare ai terzi attraverso la simulazione disponendo l'inefficacia dell'atto simulato nei confronti dei terzi che dalla simulazione vengono pregiudicati.

Il primo comma tutela invece la sicurezza nella circolazione dei beni sancendo, questa volta, l'efficacia del contratto simulato nei confronti dei terzi che, in buona fede, hanno confidato nell'apparenza creata dalla simulazione aggiungendo che, in caso di conflitto tra gli interessi appartenenti alle diverse esigenze (es.: creditore del simulato alienante che vede pregiudicate le sue possibilità di recupero dalla vendita fittizia dei beni del suo debitore e terzo acquirente che abbia acquistato dal simulato acquirente), vanno protette le esigenze del secondo ispirate a garantire quel principio generale che domina l'intero codice civile che è costituito dalla sicurezza della circolazione dei beni (primo comma: *"la simulazione non può essere opposta dai creditori del simulato alienante ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente"*).

Tuttavia, la simulazione a cui si riferisce il primo comma non è quella relativa, quella cioè in cui le parti hanno effettivamente voluto stipulare un contratto anche se di tipo diverso da quello che si manifesta all'esterno, bensì quella assoluta e cioè quella forma di simulazione attraverso cui le parti fanno apparire all'esterno un

³⁷⁰ GABRIELLI, *Tutela dei legittimari* cit., pag. 1134.

³⁷¹ Cass. 27 luglio 1937, in *Sett. Cass.* 1937, pag. 1037 e App. Napoli 27 agosto 1946, in *Rep. Giur. It.*, 1944-47, Voce Successione, n. 93, uniche ad essersi pronunciate specificamente sul tema.

³⁷² GALGANO, *Diritto civile* cit., pag. 382 e ss.

contratto che nei rapporti interni (disciplinati dall'art. 1414 cod. civ.) non hanno mai concluso (es.: una vendita fittizia per sottrarre alla garanzia dei creditori un bene immobile)³⁷³.

La Suprema Corte³⁷⁴ afferma testualmente che l'art. 1415 cit., *“postulando la necessità imprescindibile che vi sia un titolare apparente e uno effettivo del diritto al momento del suo acquisto da parte del terzo, limita chiaramente il campo di applicabilità della norma alle ipotesi di simulazione assoluta e di interposizione fittizia di persona, con esclusione, quindi, di ogni altro tipo di simulazione*

³⁷³ Tra gli altri, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, pag. 951; BARALIS, *Riflessioni cit.*, pag. 279 e ss.

³⁷⁴ Cass. 11 agosto 1997, n. 7470 in *Foro it.* 1997, col. 3576 ss. e in *Giur. It.* 1998, col. 1827 con nota di VIDARI si è occupata della seguente fattispecie: ad un coniuge in regime di comunione legale (Ramazzotti) erano stati trasferiti (dalla Perazzo), con vendita dissimulante una donazione, alcuni immobili. Questi, preoccupato che la moglie (Ferrari) potesse accampare pretese sugli immobili (l'acquisto *ope legis* della comproprietà ex art. 177, primo comma, cod.civ.), la conviene in giudizio per sentir dichiarare che tra le parti era effettivamente intercorsa una donazione (esclusa dalla comunione ex art. 179 cod.civ.) e non una vendita. La moglie eccepiva l'inopponibilità, nei suoi confronti, della simulazione relativa ai sensi dell'art. 1415, primo comma cod. civ. Il Tribunale e la Corte accoglievano la domanda e su ricorso della moglie, la Suprema Corte ha così motivato in punto di opponibilità della simulazione: *“la ratio delle norme dettate dagli artt. 1415, 1 comma, e 1416 cod. civ. risiede, come è noto, nell'esigenza di salvaguardare la certezza nella circolazione dei beni oggetto del negozio simulato, impedendo che restino pregiudicati i diritti acquistati da terzi in buona fede presso il soggetto che ai loro occhi si presentava come legittimato a cederli ed esponendo i simulatori a subire, da un lato, le conseguenze della finzione da essi posta in essere nei confronti dei creditori in buona fede di detto soggetto e, d'altro lato, le conseguenze della eventuale scoperta della simulazione attraverso l'esperienza della relativa azione concessa agli aventi causa del finto alienante e ai creditori dello stesso anteriori all'atto simulato. Più in particolare, quanto al primo comma dell'art. 1415, la ratio in parola è fatta palese dalla sua formulazione letterale poiché esso, nel sancire l'impossibilità per le parti contraenti e per gli aventi causa o creditori del simulato alienante di opporre la simulazione ai terzi, non si riferisce in generale, a differenza del secondo comma, ai terzi che siano in qualche modo pregiudicati dalla simulazione stessa, ma solo a quelli "che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi "gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione", la qual cosa, postulando la necessità imprescindibile che vi sia un titolare apparente e uno effettivo del diritto al momento del suo acquisto da parte del terzo, limita chiaramente il campo di applicabilità della norma alle ipotesi di simulazione assoluta e di interposizione fittizia di persona, con esclusione, quindi, di ogni altro tipo di simulazione relativa, non comportante apparenza di titolarità del diritto in capo ad un soggetto diverso dal vero titolare. In tal senso, del resto, si è già ripetutamente espressa questa Suprema Corte, traendone la conseguenza della piena opponibilità al fallimento della simulazione riguardante l'ammontare del prezzo di una vendita (v. sent. 29.3.1977 n. 1216, 4.3.1985 n. 1798, 26.9.1996 n. 8500) ed il principio non può non valere nel caso di specie in cui l'apparenza non atteneva alla titolarità del diritto di proprietà sull'immobile, bensì al carattere, oneroso anziché gratuito, del negozio di trasferimento intercorso tra la Perazzo[veditrice] e il Ramazzotti [acquirente], con conseguente assenza di un titolare apparente dal quale la Ferrari [coniuge convenuta] avesse potuto a sua volta acquistarlo in buona fede facendo affidamento sulla validità del titolo del suo autore [omissis]. Osserva la Corte che soltanto “nell'ipotesi opposta a quella di specie, di donazioni dissimulanti delle vendite, bene avrebbe potuto la Ferrari, rimasta estranea ai negozi, far valere (con ogni mezzo di prova) la simulazione in confronto delle parti dei negozi stessi, ai sensi [però] del secondo comma dell'art. 1415 cod. civ. il quale, come si è più volte accennato, si riferisce a qualsiasi terzo purché pregiudicato nei suoi diritti dal negozio comunque simulato”.*

*relativa, non comportante apparenza di titolarità del diritto in capo ad un soggetto diverso dal vero titolare. In tal senso, del resto, si è già ripetutamente espressa questa Suprema Corte, traendone la conseguenza della piena opponibilità al fallimento della simulazione riguardante l'ammontare del prezzo di una vendita ...*³⁷⁵.

in base a quanto esposto e con riferimento alle donazioni dissimulate sembra non condivisibile neppure l'opinione di chi³⁷⁶ sostiene che il terzo acquirente può opporre la propria buona fede al legittimario qualora trascriva il proprio acquisto, ai sensi dell'art. 2652, n. 4 cod. civ., anteriormente alla trascrizione della domanda di simulazione e che per poter recuperare il bene, il legittimario è tenuto a dimostrare la mala fede del terzo³⁷⁷.

Anche l'art. 2652, n. 4, cod. civ., richiamato dall'art. 1415, primo comma, cod. civ., regola il conflitto tra l'avente causa dal titolare apparente ed il simulato alienante ed è perciò applicabile esclusivamente alle ipotesi di simulazione assoluta o all'interposizione fittizia di persona³⁷⁸.

In questo quadro caratterizzato da assenza di pregresse pronunce giudiziali, si colloca una recente sentenza³⁷⁹ di legittimità con cui la Suprema Corte, aderendo alla prima delle dottrine dianzi citate³⁸⁰, afferma che alla luce delle recenti modifiche degli artt. 561 e 563 cod. civ., il legittimario può proporre azione di simulazione ancor prima dell'apertura della successione del simulato alienante all'esito della quale potrà formulare l'opposizione ex art. 563, quarto comma cod. civ..

Nella medesima pronuncia precisa che dopo il decesso del donante e in forza della sentenza che ha dichiarato la simulazione dell'atto oneroso, il legittimario potrà agire in riduzione e restituzione nei confronti del terzo acquirente il quale non potrà opporre la sua buona fede ai sensi dell'art. 1415, primo comma cod. civ., perché tale norma

³⁷⁵ MENGONI, *Successioni per causa di morte* in *Trattato Cicu-Messineo* cit., a pag. 322 osserva che il terzo acquirente non avrebbe potuto invocare l'art. 1415, primo comma cod.civ. perché il suo acquisto è *a domino* e quindi soggetto alle vicende retroattive ex art. 561 e 563 c.c. del titolo del suo autore.

³⁷⁶ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, pag. 324.

³⁷⁷ BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione*, in CNN Notizie, 15 settembre 2005, pag. 15.

³⁷⁸ BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione* cit., pag. 279 e ss.; GAZZONI, *Manuale di dir. priv.*, cit., pag. 951.

³⁷⁹ Cass. 9 maggio 2013, n. 11012 in *Dejure e Guida al Diritto* 2013, fasc. 39, pag. 89.

³⁸⁰ Cfr. *supra*, pag. 113, nota n. 365.

si applica alla sola ipotesi di simulazione assoluta.

Con riferimento esclusivo alle donazioni indirette (art. 809 cod. civ.), la Suprema Corte ha aderito alla seconda tesi dottrinale precedentemente citata³⁸¹ ed ha così escluso la necessità di proporre opposizione in particolare nell'ipotesi di acquisto di un bene con danaro altrui nella quale, a garanzia della circolazione dei beni, è accordata al legittimario la sola tutela obbligatoria nei confronti del donatario (recupero del valore dell'investimento finanziato attraverso le modalità tipiche del diritto di credito) e preclusa l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente³⁸².

L'indicata soluzione si giustifica perché l'azione di riduzione – necessario presupposto di quella di restituzione – non può rendere inefficace *ex tunc* il titolo di acquisto del donatario.

Si pensi alla riduzione del bene acquisito dal terzo attraverso lo schema del contratto a favore del terzo o all'adempimento del debito altrui; in tali ipotesi l'azione di riduzione non può far venir meno il pagamento a favore del venditore promittente o dell'*accipiens*, allo stesso modo di come nell'acquisto del bene con danaro altrui, non può incidere sul contratto di compravendita stipulato dal donatario direttamente con il terzo proprietario; l'azione, in altri termini, incide sul negozio "fine" (causa liberale) fermo restando quello principale (negozio mezzo).

In conclusione ed anche per effetto del contributo offerto dalla Suprema Corte, può sinteticamente affermarsi:

- a) alle donazioni dissimulate si applica l'art. 563, quarto comma, cod. civ. ed è irrilevante lo stato soggettivo di buona o mala fede del terzo acquirente allo stesso modo di come irrilevante è la priorità della trascrizione (art. 2652, n. 4 cod. civ.);
- b) alle donazioni indirette non si applica l'istituto dell'opposizione.

³⁸¹ Cfr. *supra*, pag. 114, nota n. 368.

³⁸² L'enunciazione del principio indicato nel testo si ricava dalla lettura della motivazione di Cass. n. 11012/2013 ed in particolare dalla frase: "*a diversa conclusione sembra doversi pervenire in tema di donazione indiretta, alla luce di quanto affermato da Cass., 12 maggio 2010, n. 11496*" di cui si trascrive la massima: "*Nell'ipotesi di donazione indiretta di un immobile, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, che ha quindi ad oggetto il bene e non già il denaro. Tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione*".

L'opposizione non si applica neppure alle ipotesi di simulazione assoluta nelle quali non si verifica alcun trasferimento perché il bene resta nella titolarità effettiva del dante causa e nei casi di simulazione relativa quando, però, la donazione dissimulata risulti nulla e perciò improduttiva di effetti come accadrebbe, ad esempio, se all'atto di vendita simulato stipulato con atto pubblico non fossero presenti due testimoni (artt. 48 e 50 L. 16 febbraio 1913, n. 89).

Gli strumenti probatori a disposizione del legittimario *in pectore* che agisce in simulazione – durante la vita del donante – sono ragionevolmente gli stessi che la giurisprudenza riconosce al legittimario che agiva ed agisce in simulazione strumentale all'utile esercizio dell'azione di riduzione.

La Suprema Corte ha chiarito che il regime probatorio concretamente applicabile e cioè la scelta tra le norme ordinarie (art. 2722 e ss. cod. civ.) o la più favorevole previsione dell'art. 1417 cod. civ. opera a seconda della posizione in cui il legittimario agisce; se come erede e quindi come successore del defunto (già parte dell'atto simulato), il legittimario sarà privato della prova per testi e per presunzioni non potendo sostenere l'illiceità del contratto dissimulato (donazione) il quale non è illecito, bensì soltanto riducibile³⁸³.

Allo stesso modo, anche la nullità del negozio dissimulato per vizio di forma (es.: donazione redatta con scrittura privata) non consente di invocare l'art. 1417 cod. civ. che presuppone l'illiceità.

Il legittimario agisce come “parte” (in qualità di successore del *de cuius*) e non come terzo quando non lamenta alcuna lesione alla propria quota di legittima; ciò avviene quando, come erede, impugna per simulazione un atto per ottenere la quota disponibile³⁸⁴ o quando propone domanda di collazione³⁸⁵ nei confronti di un coerede legittimario sostenendo, ad esempio, che una vendita intercorsa tra il comune genitore e la sorella convenuta dissimula una donazione.

In tal caso non facendo valere il proprio diritto alla quota di riserva, egli subentra nella posizione del *de cuius* a tutti gli effetti, siano essi attinenti al regime probatorio che ai termini prescrizionali per

³⁸³ L'art. 1417 cod.civ. estende alla parte del contratto di beneficiare del più favorevole regime probatorio spettante al terzo soltanto in caso di illiceità dell'atto dissimulato.

³⁸⁴ Cass. 6 ottobre 2005, n. 19468 in *Giust. Civ.* 2006, 7-8, pag.1505; Cass. 15 aprile/2008, n. 9888 in *Giust. Civ. Mass.* 2008, fasc. 4, pag. 579.

³⁸⁵ All'obbligo di collazione sono soggette soltanto le donazioni dirette e indirette ma non gli atti a titolo oneroso anche se a favore di un coerede legittimario.

l'esercizio dell'azione di simulazione³⁸⁶.

Il legittimario agisce come terzo quando è totalmente pretermesso sia solo perché, in difetto di chiamata originaria, acquisterà la qualità di erede soltanto attraverso l'azione di riduzione che costituisce esercizio di un diritto proprio contrapposto alla volontà del *de cuius* che lo ha inteso ledere con atti simulati.

E' terzo anche quando è soltanto leso perché, ponendosi in posizione antagonistica rispetto all'atto, ne fa valere la simulazione finalizzata alla riduzione che soddisfi il proprio diritto a conseguire l'esatto valore della quota che la legge gli accorda.

Possono verificarsi delle ipotesi nelle quali i due differenti regimi probatori concorrono nella medesima fattispecie; ciò avviene quando l'accoglimento della domanda di simulazione finalizzata alla riduzione riveli che il negozio dissimulato è nullo³⁸⁷ e la relativa declaratoria determina il rientro del bene nel patrimonio ereditario con vantaggio del legittimario che si riflette sia sulla sua quota di riserva (qualità di "terzo"), sia su quella di successore a titolo universale con riferimento alla quale riveste la qualità di "parte".

La giurisprudenza ritiene che quando è rappresentata la lesione della quota di riserva, il legittimario riveste la qualità di terzo e beneficia di tale regime anche con riferimento alla restante quota non potendosi applicare rispetto ad un unico atto che si assume simulato, per una parte una regola probatoria e per un'altra una regola diversa³⁸⁸.

Il vantaggio probatorio di cui il legittimario si avvale quando agisce come terzo è indubbio; può beneficiare della possibilità di ricorrere senza limiti a prove testimoniali e a presunzioni (esiguità del prezzo;

³⁸⁶ Cass. 21 febbraio 2007, n. 4021 in *Giust. Civ. Mass.* 2007, fasc. 2, precisa che "solo quando l'azione di simulazione viene esercitata in funzione della riduzione della donazione (che si asserisce dissimulata) il termine prescrizione decorre dalla data di apertura della successione (Cass. n. 6493 del 1986; Cass. n. 7909/90), ma ciò non accade quando sia domanda la declaratoria di simulazione non per far valere il diritto alla quota di riserva ma al solo scopo della acquisizione del bene alla massa ereditaria, in vista della determinazione delle quote dei conviventi e senza che venga addotta lesione di legittima". Sulla scorta dell'enunciato principio, ha confermato l'impugnata sentenza con la quale si era ritenuto che il ricorrente, non avendo agito come legittimario, bensì deducendo la simulazione al fine di acquisire alla massa ereditaria il bene ceduto in donazione ad altro coerede, si era posto nella stessa posizione del "*de cuius*", anche con riguardo alla prescrizione dell'azione, in concreto maturata, dovendo farsi decorrere il "*dies a quo*" dalla data di stipulazione dell'atto e non dall'apertura della successione.

³⁸⁷ In caso di nullità dell'atto dissimulato così come in caso di simulazione assoluta, il trasferimento si ha per mai avvenuto ed i beni si considerano come mai usciti dal patrimonio del *de cuius*.

³⁸⁸ Cass. 6 ottobre 2005 n. 19468 cit, in *Giust. Civ.* 2006, 7-8, pag.1505; Cass.13 novembre 2009, n. 24134 in *Guida al diritto* 2010, fasc. 1, pag. 53.

rapporti di parentela, amicizia di lavoro tra le parti del contratto simulato; permanenza dell'alienante nella detenzione del bene trasferito; eccetera), irrilevante essendo la forma dell'atto pubblico eventualmente adottata per l'atto simulato.

Sotto tale profilo, la presenza di testimoni in occasione della stipulazione di una vendita (dissimulante una donazione) è indizio della sussistenza di una donazione che richiede a pena di nullità la presenza di due testimoni (artt. 48 e 50 Legge notarile n. 89/1913) la cui mancanza determina simulazione assoluta della vendita³⁸⁹.

La giurisprudenza, per radicare la qualità di terzo e riconoscere al legittimario il più favorevole regime probatorio dell'art. 1417 cod. civ., richiede che questi proponga la domanda di simulazione unitamente a quella di riduzione escludendo ogni possibile riserva di agire in riduzione in separata sede³⁹⁰ (situazione che non può ipotizzarsi nel caso di impugnazione dell'atto per simulazione quando è in ancora in vita il donante).

Nella situazione delineata a seguito della riforma del 2005, il legittimario che agisce in simulazione durante la vita del donante, dovrà essere sempre considerato terzo perché si pone in posizione antagonistica rispetto all'atto e dovrà beneficiare del più agevole regime probatorio non essendo ipotizzabile, per evidenti ragioni a carattere logico, l'acquisizione della sua qualità di "parte" che presuppone l'avvenuto decesso del donante.

³⁸⁹ Cass. 11 aprile 2006, n. 8428 in *Foro It.* 2006, fasc. 12, col. 3408.

³⁹⁰ Cass. 28 ottobre 2004, n. 20868 in *Giust. civ. Mass.* 2004, fasc. 10, e Cass. 30 luglio 2002 n. 11286 in *Giust. Civ.* 2003, I, pag. 77, al legittimario che propone in via principale ed autonoma solo la domanda di simulazione, la quale sia quindi semplicemente preordinata a consentire la proposizione della domanda di simulazione in un futuro giudizio non è applicabile l'art. 1417 c.c.

Più liberale appare Cass. 1 aprile 1997, n. 2836 in *Vita not.* 1997, pag. 882, secondo cui "*Il legittimario che per far valere il suo diritto alla quota di riserva chiede l'accertamento della simulazione e la nullità, per difetto dei requisiti di forma, di un atto dissimulato, stipulato dal de cuius - nella specie donazione dissimulata da una vendita per scrittura privata - non ha bisogno di esperire contestualmente la domanda di riduzione - necessaria invece nel caso in cui l'atto dissimulato è valido - per non soggiacere ai limiti di prova previsti dall'art. 1417 c.c., perché l'accoglimento di detta domanda di nullità comporta la declaratoria di appartenenza del relativo bene all'asse ereditario, con conseguente calcolo di esso nella determinazione della quota spettante al suddetto legittimario*".

§10. Opposizione e patto di famiglia

Anteriormente alla riforma sul patto di famiglia, il passaggio generazionale dei beni produttivi realizzato in vita dall'imprenditore attraverso l'unico strumento avente risvolti in materia successoria (donazione) non era né vietato né invalido, ma aveva come tutte le altre donazioni carattere precario potendo essere rimesso in discussione dopo l'apertura della successione dagli altri legittimari attraverso l'esercizio della collazione ed, eventualmente, dell'azione di riduzione.

Con la Legge n. 55/2006, allo scopo di agevolare il passaggio generazionale dell'impresa, è stato introdotto il patto di famiglia che ha sottratto a collazione e riduzione i beni oggetto del patto (art. 768 *quater*, quarto comma, cod. civ.³⁹¹) sostituendo ad esse la necessaria liquidazione ai legittimari non assegnatari di una somma, eventualmente rinunciabile, corrispondente al valore della loro quota di riserva, da corrisondersi, in caso di accordo, anche in natura (art. 768 *quater*, secondo comma, cod. civ.³⁹²).

L'idea stessa dei patti di famiglia trova origine in Italia in seguito ad una raccomandazione della Commissione dell'Unione europea del 7 dicembre 1994 (Raccomandazione 94/1069/CE) seguita da un'ulteriore comunicazione della stessa Commissione di quattro anni successiva (Comunicazione 98/C93/02) diretta a favorire - attraverso il superamento del divieto dei patti successori o, quantomeno, attraverso la previsione, accanto a tale divieto, di una disciplina specifica e più permissiva nei confronti dell'autonomia privata concernente l'impresa - il passaggio generazionale nell'ambito delle imprese di tipo familiare, soprattutto se di piccola o media dimensione secondo i parametri comunitari.

La legge n. 55 del 14 febbraio 2006 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 50 dell'1 marzo 2006) conclude un lunghissimo *iter* parlamentare iniziato nel 1997 istituendo il patto di famiglia che tutela l'interesse dell'imprenditore a selezionare tra i propri discendenti quello ritenuto preferibile destinatario dell'impresa (nel rispetto dei

³⁹¹ L'art. 768 *quater*, quarto comma cod. civ. dispone: (*“Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione*).

³⁹² L'art. 768 *quater*, secondo comma cod. civ. recita: *“gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura*)

diritti dei legittimari).

Il nuovo istituto preserva il bene produttivo (azienda o partecipazione sociale) dal rischio della disgregazione e della parcellizzazione in presenza di una pluralità di successori ed evita ogni disincentivazione ad investimenti finalizzati alla crescita dell'impresa, sia essa individuale o collettiva.

La citata legge ha introdotto nel Codice Civile gli artt. dal 768-*bis* al 768-*octies*, ed ha aggiunto nel titolo IV del libro II, il nuovo capo V-*bis*, rubricato “*del patto di famiglia*”.

Parte della dottrina, valorizzando i lavori parlamentari e l'art. 1 della legge istitutiva, ravvisa nel patto di famiglia una deroga al divieto dei patti successori oggi corredato di una speciale clausola di salvezza³⁹³.

Difatti, l'art. 768 *quater*, secondo comma, cod. civ. prevede che il legittimario assegnatario liquidi ai non assegnatari la quota di legittima sui bene trasferiti e, perciò, i non assegnatari finiscono con il disporre di un diritto (quota di legittima sul bene oggetto del patto) che spetta loro soltanto al momento dell'apertura della successione del disponente ponendo così in essere un patto successorio dispositivo³⁹⁴ o rinunciativo³⁹⁵.

Altra dottrina³⁹⁶, nonostante l'art. 1 L. n. 55/06 e i lavori preparatori, afferma che il patto di famiglia, così come disciplinato dagli artt. 768 *bis* ss. cod. civ., non appare riconducibile ad alcuna delle fattispecie descritte dall'art. 458 cod. civ.³⁹⁷ e senz'altro al divieto dei patti istitutivi e dispositivi.

Difatti, il patto di famiglia non è una convenzione con cui taluno dispone della propria successione (divieto del patto istitutivo)

³⁹³ L'art. 458 cod. civ. che vieta i patti successori, per effetto della modifica apportata dall'art. 1 L. n. 55/2006 esordisce: “*Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti*”.

³⁹⁴ PISCHETOLA, *Il patto di famiglia in Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Il Sole 24 ore, Torino, 2006.

³⁹⁵ MONCALVO, *art. 458, in Codice ipertestuale delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini e Confortini, Torino 2007, pag. 117.

³⁹⁶ AMADIO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., 69 ss.; BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 391; GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. Civ.*, 2006, pag. 217; MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006, pag. 551 e ss.; TASSINARI, *Problemi d'attualità. Il patto di famiglia per l'impresa* cit., pag. 808 e ss.; PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, pag. 408.

³⁹⁷ Così DE BONIS, *Patto di famiglia e patti successori*, in *Il patto di famiglia*, a cura di Palermo, Torino 2009, pag. 49-50.

principalmente perché è destinato ad attuarsi immediatamente e non dopo la morte; non essendovi poi alcun accordo con i propri familiari perché l'imprenditore è l'unico artefice dei singoli atti di trasferimento, il patto non ricade nel divieto dei patti dispositivo.

Più problematico è il rapporto dell'art. 768 *quater* cod. civ. con il divieto del patto rinunciativo per il quale, tuttavia, la stessa legge n. 55/2006 ha introdotto, nell'art. 458 cod. civ., la salvezza di quanto "disposto dagli articoli 768-bis e seguenti".

La dottrina è concorde nell'affermare che la novità della riforma consiste nell'aver sostituito ad una tutela reale futura ed eventuale, una tutela obbligatoria attuale e certa cristallizzando il momento della liquidazione a quello di stipulazione e nell'aver impresso al patto una notevole stabilità assicurata dal riconoscere effettività della tutela giudiziale di annullamento per vizi del consenso da attivare, però, entro il brevissimo termine prescrizione annuale (art. 768 *quinquies* cod. civ.) garantendo dopo la morte del disponente, ai legittimari sopravvenuti analoga tutela a carattere obbligatorio.

La dottrina è invece divisa sulla struttura (bilaterale³⁹⁸ o plurilaterale³⁹⁹) del patto di famiglia.

Da più parti⁴⁰⁰ si sostiene che il patto di famiglia realizza una vicenda

³⁹⁸ Propendono per la struttura bilaterale del patto, tra gli altri: ANGRISANI-SICA, *Il patto di famiglia e gli strumenti di successione dell'impresa* cit., pag. 67 e ss; OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia* in *Fam. e Dir.* 2006, pag. 415; CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul diritto di famiglia* cit., pag. 289 e ss.; PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia* cit., pag. 432.

³⁹⁹ Sostengono che il patto abbia struttura plurilaterale con conseguente invalidità qualora non partecipino tutti i legittimari, tra gli altri: AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale* in *Riv. Notariato* 2006, pag. 886; ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale* in *Vita not.* 2006, pag. 40; BALESTRA, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2007, pag. 733; BARALIS, *Attribuzioni ai legittimari non assegnatari dell'azione o delle partecipazioni sociali* cit., Relazione tenuta al Convegno "Patti di famiglia per l'impresa" organizzato dalla Fondazione italiana per il Notariato a Milano il 31/03/2006; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino 2011, pag. 171; CAPOZZI, *il Patto di famiglia*, in *Successioni e Donazioni*, Milano 2009, pag. 1467; RAMPOLLA-VENDITTI, *Il patto di famiglia*, Milano 2006, pag. 25; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia* in *Riv. Not.* 2006, pag. 893; GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia* cit., pag. 220; IEVA, *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi* in *Riv. Notar.* 2009, pag. 1089 e ss; TASSINARI, *Problemi d'attualità. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari* cit., pag. 808 e ss.

⁴⁰⁰ TASSINARI, *Problemi d'attualità. Il patto di famiglia per l'impresa* cit., pag. 808 e ss.; BARALIS, *Attribuzioni ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali*, Relazione tenuta al Convegno "Patti di famiglia per l'impresa" organizzato dalla Fondazione italiana per il Notariato a Milano il 31/03/2006; MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati* Relazione tenuta al Convegno "Patti di famiglia per l'impresa" citato; ZOPPINI, *Il patto di famiglia non risolve le liti* in *Sole24Ore*, 3 febbraio 2006, pag. 28.

successoria separata e anticipata; separata perché, per avere ad oggetto i soli beni produttivi (impresa o partecipazioni sociali), non interferisce con il restante patrimonio; anticipata perché si realizza in vita del futuro *de cuius* il cui patrimonio residuo si devolgerà ai successori soltanto dopo l'apertura della successione secondo le regole comuni.

Diversi elementi normativi suffragano l'indicata conclusione: la necessaria partecipazione (art. 768 *quater*, primo comma cod. civ.) di tutti i legittimari alla stipulazione del patto da cui desumere altresì la struttura plurilaterale del contratto; il bene impresa non è mai soggetto a collazione e riduzione (art. 768 *quater*, quarto comma cod. civ.); il calcolo delle quote di legittima su di esso avviene in via separata dalla restante massa (art. 768 *quater*, terzo comma cod. civ.) ed è finalizzato alla immediata liquidazione in denaro delle stessa (art. 768 *quater*, quarto comma cod. civ.).

Non ostacola siffatta ricostruzione la circostanza che al momento della morte dell'imprenditore possano sopravvenire altri legittimari (es.: un figlio nato dopo la stipula dell'atto) a cui l'art. 768 *sexies* cod. civ. riconosce una tutela obbligatoria simile a quella dei legittimari presenti al momento dell'atto.

Secondo la dottrina che aderisce alla struttura plurilaterale del patto, dall'art. 768 *quater* cod. civ. ("*devono partecipare*") e dalla natura latamente divisoria⁴⁰¹ discende il mancato perfezionamento del patto tutte le volte in cui si verifica un difetto partecipativo dipendente da scelte di autonomia privata (es.: esclusione volontaria di un legittimario o disinteresse da parte di costui), allo stesso modo di come il patto non si perfeziona qualora sul valore di un bene in natura da attribuire ad un non assegnatario non si raggiunga l'accordo.

Gli unici possibili "esclusi" sono soltanto i legittimari sopravvenuti (o ignoti) a cui è riservato, al momento dell'apertura della successione, il pagamento della somma prevista dall'art. 768 *quater* cod. civ. aumentata di interessi.

E così, per la citata dottrina, il patto di famiglia diventa uno strumento praticabile con successo soltanto in quelle famiglie coese ed in tutte le altre che, seppure non coese, riescono tuttavia a contrattare valore del bene produttivo ed entità della liquidazione dovuta a ciascun

⁴⁰¹ Tale natura è sostenuta, in particolare, da GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia* in *Giust. Civ.* 2006, pag. 217.

partecipante-contraente⁴⁰².

La mancata partecipazione, presupposto ritenuto imprescindibile per il perfezionamento della fattispecie, conduce allora alla nullità del patto *ex art. 1418 cod. civ.* per violazione di norma imperativa (*art. 768 quater cod. civ. “devono partecipare”*) o, per chi sostiene la natura divisionale, per difetto di accordo *ex art. 1325 cod. civ.*⁴⁰³ e alla conversione del trasferimento che venga eventualmente disposto in favore dell'assegnatario in donazione nei confronti della quale i legittimari che non hanno partecipato al patto potranno proporre opposizione *ex art. 563, quarto comma, cod. civ.*.

A diversa conclusione perviene la dottrina che qualifica il patto di famiglia come un negozio a struttura bilaterale.

Per non rischiare la vanificazione della novella a causa dell'atteggiamento ostile o ostruzionistico anche di un solo legittimario, i fautori della struttura bilaterale ritengono che la mancata convocazione o la mancata partecipazione determini non già nullità del patto, bensì un'inefficacia relativa nei confronti di chi non vi ha partecipato con inopponibilità a costui del valore attribuito alla quota di sua spettanza e facoltà di questi di agire in riduzione dopo l'apertura della successione del disponente⁴⁰⁴ e di proporre, in vita del disponente, l'opposizione prevista dall'*art. 563, quarto comma cod. civ.*.

Potrebbe anche accadere che, pur partecipando tutti i legittimari al patto, gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni su cui grava l'obbligo di liquidare ai legittimari non assegnatari, in danaro o natura, la quota di legittima loro spettante calcolata con riferimento al valore dei beni oggetto del patto (*art. 768 quater, secondo comma, cod. civ.*) non siano in grado di adempiere e che il disponente, attingendo dagli altri suoi beni, provveda a tanto.

Un simile intervento dovrà qualificarsi come liberalità (diretta o indiretta) fatta all'assegnatario (es.: *ex art. 1180 cod. civ.* come

⁴⁰² TASSINARI, *Problemi d'attualità. Il patto di famiglia per l'impresa* cit., pag. 808 e ss.

⁴⁰³ La sanzione di nullità del patto per mancata partecipazione è conseguenza della sua natura divisionale per BONILINI, *Manuale* cit.; GAZZONI, *Appunti e spunti* cit., pag. 867 e ss.; ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, pag. 40-41; IEVA, *La disciplina del patto di famiglia* cit., pag. 1089 e ss.

⁴⁰⁴ CACCAVALE, *Il patto di famiglia* in *Trattato del contratto*, Milano, 2006, pag. 579. La soluzione poggia sull'*art. 1113, comma 3, cod. civ.*, in forza del quale la divisione (la cui natura è da attribuire al patto) non è opponibile ai creditori iscritti e a coloro che vantino diritti reali sull'immobile, a meno che non siano stati chiamati ad intervenire. Nello stesso senso, senza configurare un onere di convocazione; PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia* in *Riv. Notar.* 2006, pag. 427.

pagamento di debito altrui) che resterà soggetta alle comuni regole successorie e quindi all'opposizione da parte del legittimario non assegnatario prevista dall'art. 563 cod. civ.

Il disponente potrebbe effettuare una donazione diretta di danaro all'assegnatario oppure provvedere al pagamento del valore della quota in favore dei non assegnatari ponendo in essere una donazione indiretta (pagamento di debito altrui).

Entrambe le donazioni non sarebbero opponibili ai sensi dell'art. 563, quarto comma cod. civ. non potendosi, in dipendenza della fungibilità dell'oggetto (denaro), ipotizzarsi un utile esercizio di una futura azione restitutoria da proporre nei confronti di un "terzo acquirente di denaro".

In entrambi i casi e pur trascurando, per la seconda ipotesi, il principio della non opponibilità delle donazioni indirette⁴⁰⁵, al legittimario spetterà e sarà sufficiente la sola tutela obbligatoria.

Il disponente potrebbe però donare all'assegnatario altri suoi beni (donazione diretta) o fare altrettanto nei confronti dei non assegnatari (donazione indiretta a favore dell'assegnatario).

Nel primo caso e soltanto in esso, i legittimari non assegnatari potranno opporsi alla donazione secondo le ordinarie regole.

In definitiva, pur perseguendo le riforme del 2005 e 2006 la medesima finalità di attenuare la precedente rigidità di sistema, anche nell'ambito del patto di famiglia, in caso di mancata partecipazione di uno o più legittimari ovvero in caso di liquidazione della quota al non assegnatario da parte del disponente, possono ravvisarsi quelle esigenze di tutela del legittimario che potrebbero consigliare l'esercizio del diritto di opposizione *ex art. 563*, quarto comma, cod. civ.

Il legislatore ha ripetutamente tentato di modificare l'art. 768 *quater* cod. civ. nella parte in cui prevede la necessaria partecipazione dei legittimari (proposta di legge C 4463 presentata il 20 luglio 2011 e infine bozza del Decreto sviluppo dell'ottobre 2011 non approvate; emendamento poi ritirato presentato durante la conversione in legge del Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83).

Nelle proposte di modifiche si aggiungeva che in caso di mancata partecipazione di uno dei legittimari, il disponente dovesse notificargli, entro tre giorni dalla conclusione del contratto, il relativo contenuto, per l'eventuale accettazione o rifiuto disponendosi inoltre

⁴⁰⁵ Cfr. *supra*, § 9.

che in caso di mancata partecipazione di uno o più legittimari il valore dell'azienda dovesse essere determinato da un consulente nominato dal Tribunale.

Dal tenore delle citate norme (non approvate) sembra emergere una sorta di interpretazione autentica a favore della struttura plurilaterale del patto di famiglia.

§ 11. La collazione (art. 737 ss. cod. civ.)

In termini generali può ribadirsi che il nostro sistema successorio è caratterizzato da alcuni principi fondamentali: a) le norme a favore dei legittimari (art. 536-564 cod. civ.) costituiscono limite all'autonomia testamentaria (art. 457, terzo comma, cod. civ.); b) la libertà del *de cuius* di disporre quantitativamente a titolo gratuito in vita e per testamento è conseguentemente assoluta soltanto entro i limiti della disponibile; c) le donazioni fatte al coniuge e ai figli o discendenti vanno intese come anticipata successione e perciò, al momento della morte del donante, debbono rientrare nell'asse ereditario per garantire la *par conditio* tra gli eredi.

Mentre la collazione assicura tale ultima esigenza, l'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni fatte a terzi o a coeredi garantisce l'effettività della quota di riserva.

Le donazioni, dirette e indirette, a favore di un legittimario sono concordemente considerate dalla dottrina e dalla giurisprudenza come anticipazione sulla futura eredità che l'art. 737 cod. civ., entro i limiti fissati nel secondo comma (*la dispensa produce effetto soltanto per la disponibile*), sottopone obbligatoriamente a collazione, istituto finalizzato alla divisione ereditaria con il quale i legittimari coniuge e figli conferiscono nell'asse ereditario (in natura o per imputazione) quanto ricevuto dal defunto ristabilendo così la situazione di eguaglianza tra eredi⁴⁰⁶.

Pertanto, al momento dell'apertura della successione, il bene donato come anticipata successione al coniuge o ai figli e ai loro discendenti rientra *ex nunc* nella comunione ereditaria, più che automaticamente, come sostenuto da una minoritaria dottrina⁴⁰⁷, in adempimento di una vera e propria obbligazione di trasferimento che l'art. 737, primo comma, cod. civ. pone a carico del coerede-donatario a favore degli

⁴⁰⁶ Cass., 27 aprile 2012, n. 6576 in *Guida al diritto* 2012, fasc. 22, pag. 25, espressamente afferma che fondamento della collazione è la presunzione che il *de cuius*, facendo in vita donazioni ai figli e al coniuge, abbia voluto compiere delle attribuzioni patrimoniali gratuite in anticipo sulla futura successione; nello stesso senso, Cass., 27 gennaio 1995, n. 989 in *Giur. It.*, 1996, I, 1, col. 269, con nota DE MICHEL. In dottrina, tra gli altri, FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958; BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano 2001.

⁴⁰⁷ Per CICU, *Successione per causa di morte*, Milano, 1961, pag. 537 si tratta di una risoluzione o revocazione legale con effetti *ex nunc*; per ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942, si verifica un trasferimento automatico *ex nunc* del bene subordinatamente alla scelta del coerede.

altri coeredi⁴⁰⁸, determinando un aumento effettivo della massa da dividere.

La collazione, cui sono per legge reciprocamente tenuti i più stretti familiari (coniuge, i figli e i loro discendenti) e, su volontà del donante, anche i terzi donatari attesa la natura dispositiva delle relative norme⁴⁰⁹, incrementa la massa ereditaria da dividere perché aggiunge quanto donato (anticipazione sulla successione) ai beni relitti e concorre perciò ad individuare il valore complessivo oggetto di divisione; assicura, nei rapporti tra i coeredi dividendi, equilibrio e parità di trattamento⁴¹⁰ perché non altera il rapporto di valore tra le

⁴⁰⁸ Per FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione* in Comm. Scialoja e Branca cura di Galgano, art. 713-768, 2000, Bologna-Roma, pag. 383 la collazione costituisce vera e propria obbligazione a carico del coerede donatario ed a favore degli altri coeredi come risulta dai termini “deve trasferire” trattandosi di obbligazione restitutoria semplice nel caso di collazione per imputazione o con facoltà alternativa quando è possibile effettuare la collazione per imputazione; nello stesso senso CAPOZZI, *Le successioni* cit., pag. 732 che si riporta alla medesima opinione espresso da Barassi, Burdese, Coviello N., Polacco, Allara e Pacifici-Mazzoni.

⁴⁰⁹ DI MAURO, *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento* in *Giust.Civ.* 1997, fasc. 5, pag. 1321 ricorda che la figura giuridica della collazione volontaria non è disciplinata positivamente essendo frutto dell'elaborazione dottrinale e va inquadrata nell'ambito delle ipotesi di disposizioni di carattere patrimoniale di natura atipica. L'ammissibilità della collazione volontaria discende dal carattere dispositivo (e, quindi, derogabile) delle norme dettate in tema di collazione, nel senso che chi ha posto in essere una donazione o altro atto di liberalità, può prevedere il loro assoggettamento a collazione al di là delle ipotesi previste dal legislatore sia imponendo la collazione a carico di soggetti diversi da quelli di cui all'art. 737 c.c. (discendenti, legittimi e naturali, ed il coniuge che siano anche coeredi e donatari), sia sottoponendo a collazione donazioni o liberalità ritenute esenti per espressa disposizione normativa ovvero donazioni non contemplate dal legislatore. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 740, conformemente ad altra dottrina (FORCHIELLI, BURDESE) ammette la collazione volontaria qualificata onere se apposta alla donazione e legato se disposta per testamento a cui si applicano analogicamente le norme che disciplinano la collazione qualora il donante non abbia disposto diversamente.

Anche la giurisprudenza ammette la collazione volontaria: “La norma di cui all'art. 742 c.c. che dispensa dalla collazione le liberalità e le spese in essa previste (tra cui quelle nuziali) non pone un principio inderogabile che non possa essere superato dalla volontà contraria del testatore, dovendosi riconoscere a questi la facoltà di imporre la collazione anche nei casi previsti dalla norma citata, quale strumento per incidere sulla misura dell'attribuzione patrimoniale a favore dell'erede”. Nella specie trattavasi di clausola testamentaria prescrivente la collazione di ordinarie spese nuziali, ritenuta valida dai giudici di merito, con sentenza confermata dalla S.C. (Cass. 2 gennaio 1997, n. 1 in *Giur.It.* 1998, col. 265). Nell'indicata sentenza la Corte osserva che se il fondamento della collazione risiede nella presunta volontà del testatore, allora così come questi può dispensare l'erede dall'eseguirlo, allo stesso modo può estenderla oltre i casi previsti dalla legge, imponendola anche per quelle liberalità e spese che non vi sarebbero normalmente soggette.

L'imporre la collazione anche per le liberalità che per legge sono esenti costituisce perciò strumento attraverso il quale il testatore incide sulla misura delle attribuzioni patrimoniali in forza dell'autonomia privata che in materia testamentaria è prevista dall'art. 587 cod. civ.; unico limite che il testatore incontra è la tutela dei legittimari, per cui, se la collazione volontaria non incide negativamente su tali posizioni oltrepassando i limiti suddetti, intaccando, quindi, le quote della successione necessaria ovvero contravvenendo al disposto dell'art. 549 cod. civ., non può che affermarsene la liceità.

⁴¹⁰ Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013 in *Riv. notariato* 2007, 1, pag. 194 e, implicitamente, Cass. 23 maggio 2013, n. 12830 in *Dir. Giust.* 2013, pag. 701 con nota di ACHILLE.

rispettive quote e garantisce a ciascun dividendo la possibilità di ottenere una quantità dei diversi beni ereditari proporzionata alla propria quota.

Ovviamente, la collazione presuppone una comunione ereditaria da sciogliere e così, valorizzando l'elemento funzionale, la Suprema Corte ha affermato che alla divisione fatta dal testatore (c.d. *divisio inter liberos*) non si applica la collazione poiché la necessità di accrescere la massa da dividere può concretamente realizzarsi soltanto quando tra i coeredi si instauri una comunione; ciò non avviene, però, nella divisione fatta dal testatore con cui questi ha provveduto a propria discrezione e tenendo conto delle attitudini di ciascun erede, a determinare le quote loro spettanti che ben potrebbero essere anche diseguali, purché non lesive dei diritti che la legge accorda ai legittimari tra cui il divieto di pesi e condizioni sulla quota di riserva di cui all'art. 549 cod. civ.⁴¹¹.

L'obbligo di collazione⁴¹² prescinde da espressa domanda dei

⁴¹¹ Cass. 23 maggio 2013, n. 12830, in *Dir. Giust.*, 2013, pag. 701.

⁴¹² Nella generalità dei casi in cui opera, occorre distinguere la collazione in natura nella quale l'incremento è effettivo perché il bene immobile viene davvero ritrasferito alla massa da quella per imputazione che, di fatto, consiste in una *fictionis iuris* poiché il bene donato resta in proprietà del donatario che ne imputa il valore alla sua quota (prima fase) con prelevamento, da parte degli altri coeredi non donatari, di una corrispondente quantità di beni (seconda fase ex art. 725 cod. civ.). L'imputazione in natura, a carattere eccezionale, può essere scelta dal donatario soltanto quando trattasi di donazione di beni immobili non alienati né ipotecati (art. 746 cod. civ.); il donante che pure ha il notevole potere di decidere di dispensare o meno il beneficiario dalla collazione, non può invece in alcun modo vincolare la sua scelta in ordine al modo di conferire il bene immobile; se cioè in natura ovvero per imputazione (Cass., 6 marzo 1980, n. 1521 in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 3). Con l'imputazione in natura si realizza un trasferimento retroattivo del bene alla massa attraverso un vero e proprio negozio traslativo unilaterale che i coeredi debbono subire; l'atto, perché avente ad oggetto beni immobili, deve essere redatto in forma scritta ed è soggetto a trascrizione (art. 2643, n. 1 e 1324 cod. civ.); ha natura recettizia in quanto produce effetti soltanto dalla data in cui è comunicato agli altri coeredi ed è irrevocabile. La regola generale è il conferimento per imputazione il cui valore va calcolato al momento dell'apertura della successione (artt. 747 e 750 cod. civ.); la soluzione normativa è stata ritenuta incongrua da parte della dottrina sul rilievo che nessuno sarebbe tanto ingenuo da restituire in natura un bene immobile quando potrebbe "lucrare" la differenza di valore che si realizza per il decorso del tempo, spesso notevole, intercorrente tra la data di apertura della successione e quella di effettiva divisione a meno che la medesima regola non fosse applicata anche ai prelevamenti dei coeredi (art. 725 cod. civ.) (CARIOTA FERRARA, *Le successioni* cit., pag. 705 e ss.). Ma una simile omogeneizzazione non sarebbe possibile secondo altra dottrina (FORCHIELLI, *Della divisione* in comm. Cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1970, art. 713-768, pag. 140 e ss.; CASULLI, *Novissimo Digesto It.*, voce *Divisione ereditaria*, Torino 1960, pag. 49) ostandovi il chiaro dato testuale degli artt. 747 cod. civ. che per i beni imputati individua l'apertura della successione e dell'art. 766 c.c. che per quelli da dividere, individua il diverso momento della divisione.

La giurisprudenza, ormai pacifica, ha da tempo superato l'apparente antinomia chiarendo che la collazione per imputazione ed in particolare i prelevamenti non sciogliono, neppure parzialmente, la comunione, ma costituiscono soltanto attività prodromiche che hanno la funzione di assicurare la parità di trattamento tra coerede donatario e non donatario (Cass.,

condividenti⁴¹³ e può venir meno soltanto se il *de cuius* ha esonerato il donatario mediante dichiarazione di dispensa efficace nei limiti della quota disponibile (art. 737, secondo comma, cod. civ.).

Gli effetti della dispensa sono illustrati molto chiaramente nella frase di Coviello “*La dispensa importa che, quanto ricevuto dal beneficiario, questi lo tiene in più come anteparte e non come anticipata successione*” e in quella del Forchielli “*la successione si svolge in tutto e per tutto come se la donazione dispensata non si fosse mai verificata ed il bene che ne fu oggetto fosse uscito dal patrimonio del de cuius per qualsiasi altra causa non liberale*” riportate da Cariota-Ferrara il quale aggiunge: “*sicchè egli concorre, con gli altri, su legittima e disponibile, come se nulla avesse avuto prima. A quanto ricevuto si aggiunge la quota di legittima e di disponibile*”⁴¹⁴.

L'illustre autore⁴¹⁵ critica un orientamento della giurisprudenza di legittimità⁴¹⁶ secondo cui la dispensa da collazione attribuisce il bene fino a concorrenza della disponibile osservando che invece l'attribuisce per intero salvo che un legittimario leso non agisca in riduzione contro la donazione⁴¹⁷.

18 marzo 2000, n. 3235 in *Riv. notariato* 2001, pag. 163) sicchè non possono a tali fasi estendersi le norme sulla divisione (art. 766 cod. civ.).

Ne consegue che il valore del *donatum* oggetto di collazione per imputazione va calcolato, conformemente al dato normativo (art. 747 cod. civ.), al momento dell'apertura della successione perché da tal momento entra a far parte della massa in sostituzione del bene e che la somma equivalente al valore calcolato a tale momento è debito di valuta che produce interessi legali; allo stesso modo, poiché i prelevamenti dei coeredi sono contestuali all'imputazione, anche questi vanno calcolati al momento dell'apertura della successione e, come il debito da imputazione, producono interessi legali (Cass. 23 ottobre 2008, n. 25646 in *Foro It.* 2009, col. 1460; Cass. 30 luglio 2004, n. 14553; Cass. 18 marzo 2000, n. 3235; Cass. 28 giugno 1976, n. 2453).

⁴¹³ Cass. 1 febbraio 1995, n. 1159 in *Giust. Civ. Mass.* 1995, 253; Cass. 18 luglio 2005, n. 15131 in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 7-8, 1103; Tribunale Roma, sez. VIII, 14/06/2011, n. 12980 in *Juris data* 2013; Tribunale Bari, sez. I, 27/01/2009, n. 228 in *Juris data* 2013.

⁴¹⁴ CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 712; anche BIANCA, *Diritto civile* II, Milano 2001, pag. 741 utilizza le frasi riportate nel testo.

⁴¹⁵ CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 712 e ss.

⁴¹⁶ Cass. 1 aprile 1973, n. 918 in *Giust. Civ. Mass.* 1973, fasc. 4.

⁴¹⁷ Per la dottrina prevalente (tra cui CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., Milano 1982, pag. 297), la dispensa da collazione può essere contenuta oltre che nell'atto di donazione, anche nel testamento e ciò appare indubbio in dipendenza del fatto che il testo originario dell'art. 737 c.c. parlava di “donante o testatore” e che la riforma del diritto di famiglia, senza alcun intento innovativo ma solo per semplificare la dizione, discorre di dispensa da parte del “defunto”. Si afferma ancora che la dispensa è atto negoziale autonomo unilaterale che quando contenuto nel contratto di donazione, è negozio a questa collegato che preserva la sua natura e struttura (BIANCA, *Diritto civile* II, Milano 1985, pag. 651. FORCHIELLI, voce *Collazione* in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, pag. 4 precisa che la struttura del negozio di dispensa è sempre unilaterale e, se contenuto nella donazione, costituisce un autonomo negozio a quella collegato senza alcuna necessità di accettazione; cfr. anche BONILINI, *La revocabilità della dispensa da collazione* in *Studium iuris* 2005, pag. 443); perché a

La Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni sulla diversità degli ambiti operativi della dispensa da collazione rispetto a quella dall'imputazione proprio con riferimento all'equazione dispensa da imputazione *eguale* dispensa da collazione. In particolare la giurisprudenza ha chiarito, a più riprese, che mentre il fenomeno collatio riguarda i rapporti tra i coeredi e che la funzione della relativa dispensa esclude il bene dalla massa non facendolo entrare in comunione, ben diversa è la dispensa dall'imputazione e cioè la volontà espressa dal donante di far gravare la donazione sulla quota disponibile; attraverso di essa il donante (o testatore) dispone della propria eredità senza che il relativo esercizio incida minimamente sui rapporti tra i coeredi poiché la successione, ancorchè riguardi legittimari, comprende sia la quota di riserva che la quota

struttura unilaterale si ritiene che ben potrebbe essere disposto anche successivamente all'atto di donazione per atto *inter vivos* senza necessità neppure dell'atto pubblico non prescritto da alcuna norma e non desumibile dalla sua natura, non trattandosi di donazione tipica e che ben può essere tacita qualora risulti da atti che denotino tale volontà del cuius (FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione* cit., pag. 522; adesivamente CAPOZZI, *Successioni* cit., pag. 743).

Al contrario, per la giurisprudenza la dispensa dalla collazione contenuta in una donazione è una clausola che accede al contratto e che, come tale, non può essere eliminata dal contesto per atto unilaterale di volontà di uno solo dei contraenti; la natura contrattuale della clausola non contrasta poi col divieto dei patti successori, trattandosi di una mera modalità dell'attribuzione, destinata ad avere efficacia (in funzione del rafforzamento di questa) dopo la morte del donante, e non di un atto con cui questi dispone da vivo della propria successione (Cass. 1 ottobre 2003, n. 14590 in *Giust. Civ. Mass.* 2003, fasc. 10; Cass. 7 maggio 1984, n. 2752 in *Giust. Civ. Mass.* 1984, fasc. 5). Tuttavia, Cass. 27 gennaio 1995, n. 989 in *Giur. It.* 1996, col. 269 con nota di DE MICHEL sembra propendere per la natura unilaterale nella parte in cui afferma testualmente: *La dispensa può essere costituita da un negozio accessorio alla donazione, contestuale alla stessa o anche successivo (e, in quest'ultimo caso, si ritiene generalmente che il negozio debba rivestire la stessa forma della donazione) oppure può essere contenuta in un testamento, ed in entrambi i casi può risultare da una dichiarazione espressa o anche da una dichiarazione tacita, ciò da atti e disposizioni, che indichino la volontà del defunto di assegnare il bene donato come un beneficio in più rispetto alla quota spettante nella successione ex lege e siano logicamente incompatibili con la collazione).*

Seppure timidamente la giurisprudenza ammette invece la possibilità di una dispensa tacita purchè, ammonisce, non la si ricavi da indizi vaghi ed incerti e soprattutto dal fatto che nella medesima donazione il donante abbia imputato la liberalità alla disponibile; così Cass., 8 novembre 1983, n. 6591 in *Giust. Civ. Mass.* 1983, fasc. 10: *“Nel campo negoziale per aversi manifestazione tacita della volontà di una parte occorrono “facta concludentia” e cioè univoci e non equivoci, incompatibili con una volontà contraria a quella che da essa si argomenta. Tale incompatibilità non deve essere logica ed assoluta, quale può essere data dal principio della contraddizione, essendo sufficiente che sia pratica e relativa, quale risulta dal concetto predominante nella vita pratica degli affari”*. In applicazione del principio di cui alla massima la Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice del merito che ha affermato la dispensa tacita dall'obbligo della collazione di un immobile da parte di un erede nel fatto che nello stesso testamento tale obbligo di collazione era espressamente imposto a carico di altro coerede. Cfr. altresì Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013 in *Riv. notariato* 2007, fasc. 1, pag. 194.

disponibile⁴¹⁸.

Pertanto, la donazione con dispensa dall'imputazione, diversamente da quella oggetto di dispensa da collazione che è esclusa dalla comunione ereditaria, è sempre soggetta a collazione ed entrambe concorrono alla riunione fittizia (meramente contabile) prevista dall'art. 556 cod. civ.

Al momento occorre chiarire che, oltre ai casi in cui il testatore abbia voluto diseredare il legittimario, dal punto di vista fattuale le donazioni con dispensa da collazione costituiscono il terreno più fertile per le domande di riduzione perché, pur essendo il loro valore conteggiato ai fini della riunione fittizia, il bene oggetto di donazione fuoriesce dalla massa ereditaria e annulla quasi sempre la disponibile procurando la lesione; alimentano poi tale contenzioso, seppur in misura più ridotta, le donazioni con dispensa da imputazione di valore eccedente la disponibile fatte a legittimari e quelle a terzi.

Difatti, se le donazioni a legittimari fossero prive di dispense e il testatore non avesse fatto donazioni a terzi, il meccanismo della collazione garantirebbe a ciascun coerede legittimario di ottenere la porzione di eredità dovutagli senza necessità alcuna di ricorrere alla riduzione⁴¹⁹ per cui appare lecito sostenere che il concorso di più

⁴¹⁸ Cass. 2 febbraio 1979, n.726 in *Giust. Civ. Mass.* 1979, fasc. 2; Cass. 6 marzo 1980, n. 1521 in *Giust. Civ. Mass.* 1980, fasc. 3; Cass. 13 gennaio 1984, n. 278 in *Giust. Civ. Mass.* 1984, fasc. 1; Cass. 27 gennaio 1995 n. 989 in *Giur. It.* 1996, I, 1, col 269 con nota DE MICHEL; Cass. 18 marzo 2000, n. 3235 in *Riv. notariato* 2001, pag. 163.

⁴¹⁹ Cass. 6 marzo 1980, n. 1521 in *Giust. Civ. Mass.*, 1980, fasc. 3, chiarisce che l'azione di riduzione presuppone che il coerede donatario sia stato dispensato dalla collazione; altrimenti, il solo meccanismo della collazione sarebbe sufficiente per far conseguire ad ogni coerede la porzione che gli spetta sull'eredità. Nell'interessante pronuncia la Corte valuta i rapporti intercorrenti tra i legittimari chiamati alla successione *ab intestato* e le conseguenze del rigetto, per prescrizione, dell'azione di riduzione proposta da un legittimario nei confronti dell'altro eccedente la disponibile nella massima di seguito trascritta: "*In base all'art. 553 c.c., anche nel caso che i successori siano tutti legittimari, il legittimario essendo chiamato alla successione "ab intestato sul relictum" in una quota non inferiore alla sua quota di riserva, non ha alcun bisogno, per ottenere quanto riservatogli, di ricorrere all'azione di riduzione delle donazioni ai sensi dell'art. 555 c.c., qualora il "relictum" sia sufficiente a coprire la quota predetta quale risulta dalla riunione fittizia tra "relictum" e "donatum", operazione che, non essendo finalizzata soltanto all'attuazione della riduzione, deve essere compiuta non solo quando si debba procedere a tale azione ma in ogni caso di concorso di legittimari nella successione, per determinare la quota di riserva spettante a ciascuno di essi. Ne consegue che, nel caso di successione di figli legittimi, la dispensa dalla collazione relativa alle donazioni effettuate in favore di uno dei coeredi, se importa che la successione e la divisione (secondo le quote previste dall'art. 566 c.c.), debbano essere limitate al "relictum", senza che a detta dispensa, nel caso di prescrizione dell'azione di riduzione, possa più opporsi il limite costituito dall'intangibilità della legittima, non esclude che la porzione spettante sul "relictum" al coerede donatario debba essere ridotta di quanto necessario ad integrare la quota di riserva spettante (in base all'operazione predetta) agli altri coeredi, ferma peraltro - in forza della prescrizione*

donazioni soprattutto se a carattere preferenziale con dispensa da collazione, da imputazione e fatte ai terzi rende possibile, in presenza di pluralità di legittimari, l'utile esperimento di domande di riduzione. La garanzia interna dei condividenti in caso di donazioni senza dispense assicurata dalla collazione non opera all'esterno ben potendo il terzo acquirente di beni donati essere convenuto in restituzione tutte le volte in cui il valore dei beni acquistati superava la quota disponibile del *de cuius* del suo dante causa.

CAPITOLO III

Le azioni di riduzione e di restituzione

§1. Introduzione. **§2. L'azione di riduzione: la tesi dualistica del codice del 1865 ed il concetto di unitarietà accolto dal codice del 1942.** 2.1. *L'acquisto della qualità di erede da parte del legittimario e la sua responsabilità per i debiti ereditari.* 2.2. *La riduzione automatica prevista dall'art. 533 cod. civ..* 2.3. *L'azione di riduzione come azione costitutiva.* 2.4. *Condizioni di ammissibilità dell'azione di riduzione.* 2.5. *Termine per la proposizione dell'azione di riduzione.* 2.6. *Rinuncia alla riduzione e la quota mobile.* 2.7. *Personalità e legittimazione.* 2.8. *Petitem, causa petendi e rapporti tra domanda di riduzione, di divisione e di collazione.* 2.9. *La trascrizione della domanda.* **§3. L'azione di restituzione nei confronti del beneficiario.** 3.1. *Ordine, criteri ed effetti delle riduzioni.* 3.2. *Riduzione delle donazioni (e dei legati).* 3.3. *La restituzione di beni determinati: art. 560 cod. civ..* 3.4. *La sorte dei pesi e ipoteche. Il termine ventennale.* 3.5. *Restituzione dei frutti, deterioramenti e miglioramenti.* 3.6. *L'insolvenza del donatario (o del beneficiario).* **§4. L'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti.** 4.1. *Dies ad quem del termine ventennale.* 4.2. *Il diritto di riscatto.*

§ 1. Introduzione.

Una volta attribuito al legittimario il diritto sostanziale a conseguire la quota di legittima, il legislatore ha previsto, quali strumenti idonei ad assicurarlo, le azioni di riduzione e di restituzione.

Il meccanismo di riduzione consta, in effetti, di tre diverse azioni⁴²⁰:

la prima, di riduzione in senso proprio, volta a far dichiarare l'inefficacia delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive della quota di riserva;

la seconda, di restituzione contro i beneficiari delle disposizioni eccedenti la disponibile;

la terza, di restituzione contro i terzi aventi causa secondo quanto si desume dagli artt. 561 e 563 cod. civ. che attribuiscono al legittimario, a seguito del vittorioso esperimento della riduzione, il diritto ad ottenere la restituzione dei beni dai donatari e in caso di loro infruttuosa escussione, dai loro aventi causa.

L'azione di riduzione in senso stretto non è perciò mezzo

⁴²⁰ Cfr., cap. I, pag. 28; cfr., SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria* cit., pag. 310; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit. pag. 315 e ss. La distinzione tra azione di riduzione e azioni di restituzioni, riconosciuta dalla prevalente dottrina, è descritta, in giurisprudenza, da: Cass. 22 marzo 2001, n. 4130 in *Foro It.*, 2001, fasc. 9, I, col. 2543 con nota di PUCA; Cass. 26 febbraio 1993, n. 2453 in *Giur. It.* 1994, I, 1, pag. 1846; Cass. 22 giugno 1965, n. 1309 in *Giust. Civ.* 1966, I, pag. 388.

restitutorio⁴²¹ e la sentenza che accoglie la relativa domanda non è titolo esecutivo per la restituzione dei beni al legittimario, essendo necessaria, a tal fine, l'apposita domanda che può essere proposta, contestualmente all'azione di riduzione, nel medesimo processo⁴²².

Alla distinzione tra azione di riduzione e di restituzione fa riferimento la stessa Relazione al codice civile nella parte in cui si afferma che *“l'azione di riduzione si intenta esclusivamente contro il donatario; una volta pronunciata la riduzione, il legittimario fa valere contro il terzo una azione per la restituzione degli immobili”*⁴²³.

Isolata dottrina⁴²⁴ nega l'autonomia dell'azione di restituzione rispetto a quella di riduzione valorizzando la formulazione letterale dell'art. 2652, n. 8 cod. civ. che dispone la trascrizione della sola azione di riduzione senza alcun riferimento a quella di restituzione. L'indicata circostanza sarebbe significativa, ad avviso dell'indicata dottrina, di un difetto di autonomia o di differenziazione della restituzione rispetto alla riduzione⁴²⁵.

⁴²¹ PIRAS, *La successione per causa di morte. Parte generale. La successione necessaria* in Trattato Grosso-Santoro-Passarelli, II, 3, Milano 1965, pag. 253.

⁴²² BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia. Le successioni* cit., pag. 732, nota 34; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009, pag. 484.

⁴²³ ANTONIO, *La successione necessaria*, Torino 2012, pag. 301 il quale richiama il § 271, n. 4 della Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile.

⁴²⁴ FERRI, *Dei legittimari, art. 536-564 cod. civ.* in Commentario Scialoja-Branca cit., pag. 208.

⁴²⁵ Ulteriori argomenti idonei a negare l'autonomia dell'azione di restituzione sono individuati, dall'autore, negli artt. 561 e 563 cod. civ.; il primo, perché individua l'onere di restituire i frutti dal giorno “della domanda giudiziale” senza differenziare tra azione di riduzione e restituzione; il secondo, perché non impone al legittimario di intentare un'ulteriore azione di restituzione per recuperare i beni dagli aventi causa dei beneficiari di disposizioni testamentarie. La dottrina (CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit. a pag. 329), come già indicato al Cap. II, nota 208, ha chiarito che sebbene l'art. 563 cod. civ. consideri soltanto l'ipotesi di alienazione dei beni donati, la norma si applica estensivamente alle ipotesi in cui siano stati alienati dagli onorati beni che abbiano costituito oggetto di disposizione testamentaria. In realtà, l'autore della tesi del difetto di autonomia dell'azione di restituzione rispetto a quella di riduzione giunge a ritenere che il legittimario è titolare di un diritto reale sui beni relitti (pag. 91) in misura equivalente al valore della propria quota nella parte in cui afferma *“l'erede e il legatario, quando v'è un legittimario preterito o quantomeno leso nella sua legittima, non sono legittimati a disporre delle cose ereditate e legate senza il consenso del legittimario stesso”*, mostrando così tutta l'influenza spiegata dalla civilistica formatasi sotto il codice del 1865 che aderiva, conformemente al dato normativo, alla tesi dualistica che è stata definitivamente abbandonata con la promulgazione dell'attuale codice. La giurisprudenza ha già chiarito che il legittimario non ha un diritto reale sui beni oggetto dell'attribuzione lesiva (cfr. la citata Cass. 22 marzo 2001, n. 4130).

§2.L'azione di riduzione: la tesi dualistica del codice del 1865 ed il concetto di unitarietà accolto dal codice del 1942.

2. Nella vigenza del codice Pisanelli l'elaborazione dottrinale attribuiva natura giuridica diversa all'azione diretta a reintegrare la legittima a seconda che fosse diretta contro disposizioni testamentarie o contro donazioni.

Basandosi sul presupposto che all'apertura della successione il legittimario acquista, *ipso iure*, un valore pari alla quota di riserva, si riteneva che i legati e le istituzioni di eredi estranei, lesivi di legittima, fossero inefficaci. L'azione di riduzione si risolveva così in un'azione di nullità se sperimentata contro le disposizioni testamentarie⁴²⁶ e di riduzione entro i limiti della disponibile se proposta contro le donazioni⁴²⁷.

Nel primo caso l'azione assumeva natura petitoria in quanto diretta a recuperare la quota di eredità presso coloro che la detenevano in violazione dei diritti di riserva⁴²⁸.

Si affermava così la cosiddetta *tesi dualistica* che distingueva tra disposizioni testamentarie e donazioni lesive della quota legittima: le prime, inefficaci; le seconde, riducibili da cui conseguiva una maggior tutela per il donatario rispetto al legatario sebbene le liberalità ricevute ledessero entrambe i diritti del legittimario.

Il codice del 1942 ha abbandonato questa impostazione ed assoggettato alla medesima azione ("*sono soggette a riduzione*") sia le disposizioni testamentarie che le donazioni (artt. 554 e 555 cod. civ.) ed è così acquisita la natura unitaria dell'azione di riduzione, sia essa rivolta contro disposizioni testamentarie che donazioni⁴²⁹.

La tesi dualistica (nullità per le disposizioni testamentarie e riduzione per le donazioni) ha trovato sostenitori anche nella vigenza del nuovo codice.

Si è rilevato che il principio per cui le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari emerge testualmente dall'art. 457, terzo comma, cod. civ. che non menziona le

⁴²⁶ COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano 1938, pag. 364 e ss.

⁴²⁷ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag. 226 e ss.

⁴²⁸ FERRARA, *La figura del legittimario* in *Giur. It.* 1923, IV, pag. 125 e ss.

⁴²⁹ MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima* in *Riv. Dir. Civ.* 1943, pag. 132.

donazioni o comunque le liberalità lesive.

E' stato così sostenuto che le disposizioni testamentarie lesive sono nulle ai sensi dell'art. 1418, primo comma, (dopo la parola comma ci vuole la virgola) cod. civ. per violazione dell'art. 457, terzo comma cod. civ. mentre diversa sarebbe la conseguenza (riduzione) con riferimento alle liberalità tra vivi⁴³⁰.

In realtà, l'azione di riduzione ha *natura unitaria*, sia quando è rivolta contro le disposizioni testamentarie che quando incide sulle donazioni lesive di legittima le quali, per quanto chiarito in più parti del presente scritto, non sono nulle⁴³¹ ma soltanto riducibili.

Una nullità della disposizione lesiva risulterebbe incompatibile con la previsione, contenuta nell'art. 561, secondo comma, cod. civ., sul diritto a conseguire i frutti del bene restituito dal momento della domanda giudiziale e non invece, come dovrebbe essere qualora si trattasse di nullità, “*dal giorno della donazione o, per quella testamentaria, da quello della morte dell'ereditando*”⁴³², nonché con lo stesso sistema di restituzione nei confronti dei terzi.

Difatti, è stato osservato, che le disposizioni lesive sono sicuramente efficaci sia perché, altrimenti, “*i legittimari potrebbero agire senz'altro contro i terzi, per la restituzione dei beni ad essi alienati dai donatari o dagli onorati*”⁴³³ senza necessità di proporre la domanda di riduzione, sia perché in caso di mancata proposizione, di prescrizione o di rinuncia all'azione di riduzione, le disposizioni

⁴³⁰ DEGNI, *Lezioni di diritto civile – La successione a causa di morte. La successione testamentaria*, Padova, 1936, pag. 287. Anche DE MARTINO, *Giudizio di lesione e sospensione dell'esecuzione* in *Giur. Com. dir. Civ.* 1942, Vol. VII, pag. 41, sembra supporre la nullità delle disposizioni testamentarie lesive nella parte in cui afferma che “*il legittimario partecipa ipso iure alla comunione dell'eredità*”.

⁴³¹ SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria*, cit., pag. 310 e ss., osservava che in realtà la riduzione è data contro disposizioni lesive della legittima e, perché sussista efficacia lesiva, deve ammettersi che la disposizione efficace e, pertanto, valida. Anzi, chiarisce, la validità della disposizione costituisce un presupposto dell'azione di riduzione. CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 316, per escludere la nullità della disposizione lesiva, aggiunge un ulteriore argomento: il divieto di disporre della legittima non rileva al momento in cui il testatore redige la scheda testamentaria o pone in essere la donazione, bensì al momento dell'apertura della successione e nulla esclude che, *medio tempore*, possa arricchirsi. Cfr., per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, Cap. I, nota n. 71.

⁴³² Così SANTORO-PASSARELLI, *Libro delle successioni e donazioni* in *Comm. Cod. civ.* diretto da D'Amelio, sub art. 98 libro delle successioni, Firenze 1941, pag. 306; nello stesso senso, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1962, pag. 362. In giurisprudenza, Cass. 28 luglio 1967, n. 2006 in *Foro It.* 1967, I, col. 2030.

⁴³³ SANTORO-PASSARELLI, *Libro delle successioni e donazioni* cit., pag. 307.

resterebbero ferme con tutti i crismi della validità⁴³⁴.

L'efficacia delle disposizioni lesive, incompatibile con la nullità, non autorizza a sostenerne l'annullabilità sul rilievo che un simile negozio, seppur invalido, è comunque efficace sino a quando non venga giudizialmente annullato con sentenza costitutiva.

L'annullamento, difatti, è collegato a vizi del volere completamente assenti nelle disposizioni lesive le quali non sono neppure rescindibili o condizionatamente risolubili⁴³⁵ in difetto di un vizio originario della volontà o sopravvenuto della causa⁴³⁶.

L'unitarietà della riduzione assume anche il diverso significato di "unicità" dell'azione, inteso come azione unica indipendentemente dalla disposizione contro cui è rivolta (istituzione di erede, legato o donazione).

Una dottrina ha opportunamente chiarito⁴³⁷ come la formulazione di talune disposizioni potrebbe far sorgere il dubbio che sotto l'unica denominazione di azione di riduzione vengano raggruppate diverse azioni; una finalizzata a ridurre i legati, altra le istituzioni di erede ed altra ancora le donazioni.

Si pensi all'art. 560 cod. civ. che, al primo comma, contempla la riduzione del legato e della donazione e non invece della disposizione a favore dell'erede o all'art. 563 cod. civ. che, con riferimento alla diversa domanda di restituzione, contempla soltanto i terzi acquirenti dal donatario e non anche quelli dal legatario o erede.

Si ritiene⁴³⁸ che la ragione delle indicate previsioni "parziali" sia da imputare esclusivamente ad un difetto di coordinamento tra le varie norme e che di conseguenza, quando non vi sia una particolare *ratio*,

⁴³⁴ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* 1983 cit., pag. 316. La produzione di effetti giuridici non potrebbe giammai verificarsi in caso di rinuncia alla riduzione o di prescrizione della relativa azione se la disposizione lesiva fosse nulla e cioè, per definizione, improduttiva di effetti giuridici.

⁴³⁵ Per BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1946, pag. 900, l'azione di riduzione è azione di impugnativa.

⁴³⁶ MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 232, il quale osserva che l'interpretazione avversata contrasta con la riconosciuta persistenza della qualità di erede in capo al donatario o al beneficiario testamentario.

⁴³⁷ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 51; PINO, *La tutela del legittimario*, Padova 1954, pag. 24 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* 1983 cit., pag. 329; cfr. Cap. II, nota 208 con riferimento al difetto di coordinamento.

⁴³⁸ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 52; MENGONI, *Successione per causa di morte* cit., pag. 286, con riferimento all'art. 560 cod. civ. che contempla soltanto i beni immobili, ritiene la norma espressione di una regola generale applicabile a tutte le liberalità, anche a titolo universale (non contemplate), aventi ad oggetto beni determinati e perciò estensibile ai beni mobili.

da ricercarsi di volta in volta, tutte le norme dettate per la riduzione delle donazioni e dei legati (art. 560 e 561 cod. civ.) debbano estendersi alla riduzione dell'istituzione di erede.

Allo stesso modo, sebbene l'art. 563 cod. civ. si riferisca testualmente all'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti dal donatario, la relativa disciplina è applicabile anche alla restituzione di beni acquistati dall'erede o dal legatario.

2.1. Si è già osservato che il legittimario totalmente pretermesso o che abbia rinunciato al legato in sostituzione di legittima⁴³⁹ non è erede, ma un escluso che può acquistare la qualità di erede soltanto a seguito del vittorioso esercizio dell'azione di riduzione⁴⁴⁰.

L'indicata conclusione è ricavata da due elementi.

L'art. 536 cod. civ. riserva al legittimario una quota di "eredità" (o "altri diritti"⁴⁴¹) e per assicurarli ha previsto, in primo luogo, l'azione di riduzione che, una volta vittoriosamente esperita, modifica la posizione del legittimario da escluso in soggetto titolare dell'eredità o di parte di essa facendogli acquisire, in quanto titolare dell'eredità, lo *status* di erede⁴⁴².

Il secondo elemento è tratto dall'art. 551 cod. civ. (legato in sostituzione della legittima) nella parte in cui stabilisce che il legatario che preferisce conseguire il legato perde il diritto di chiedere il supplemento, nel caso in cui il valore del legato sia inferiore a quello della legittima, e non acquista la qualità di erede.

In caso di successione testamentaria, il legittimario preterito, non essendo chiamato alla successione⁴⁴³, non è erede e non può perciò accettare l'eredità.

Dottrina e giurisprudenza concordano sul fatto che, per il legittimario

⁴³⁹ Cfr. *supra*, Cap. I, §3; cfr. Cass. 22 aprile 1992, n. 4800, in *Mass. Foro It.* 1992.

⁴⁴⁰ Cfr. *supra*, Cap. I, §2.

⁴⁴¹ I termini "altri diritti" contenuti nel primo comma dell'art. 536 cod. civ. vanno riferiti, da una parte, al diritto di abitazione della casa coniugale e di uso dei mobili che la corredano spettante al coniuge superstite (art. 540, secondo comma, cod. civ.) e, dall'altro, ai diritti di credito attribuiti al coniuge separato con addebito (art. 548, secondo comma cod. civ.) e ai figli irricognoscibili (art. 594 cod. civ.) (MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 156. Per le modifiche apportate dal D. Leg.vo n. 154/2013 si rinvia al § 6.2.1.

⁴⁴² Per MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 80-85, il legittimario domanda la legittima in veste di terzo, ma, ottenuta la riduzione, "la prende come erede, cioè come avente causa a titolo universale dal de cuius". Condividono tale impostazione, tra gli altri: BIANCA, *La famiglia. Le successioni* cit., pag. 698; PINO, *La tutela del legittimario* cit., pag. 66 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., pag. 263. GALGANO, *Trattato di diritto civile* cit., pag. 714.

⁴⁴³ L'assunto è pacifico in giurisprudenza, cfr.: Cass., 11 gennaio 2010, n. 240, in *Notariato*, 2011, pag. 153 ss., con nota di MICELI; Cass. 9 dicembre 1995, n. 12632, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, fasc. 12.

pretermessi, una accettazione espressa dell'eredità non è necessaria neppure dopo il passaggio in giudicato della sentenza di riduzione che gli fa acquistare la qualità di erede poiché, proponendo la relativa domanda, il legittimario manifesta chiaramente la volontà di conseguire la quota di eredità che gli spetta per legge⁴⁴⁴.

Diversamente da quello preterito, il legittimario chiamato all'eredità per una quota inferiore alla legittima è già, al momento dell'apertura della successione, erede testamentario, ancorchè istituito in quota minore.

In entrambi i casi è tuttavia necessario proponga azione di riduzione per ottenere la reintegra, totale (in caso di esclusione) o parziale (in caso di istituzione in quota inferiore), nella esatta "quota di eredità" che l'art. 536 cod. civ. gli riserva.

Non va taciuto che, in dipendenza delle modalità di calcolo della quota descritte dall'art. 556 cod. civ.⁴⁴⁵, a differenza degli altri eredi, il legittimario concorre al pagamento dei debiti ereditari sempre in modo *figurativo*⁴⁴⁶, per effetto della previa decurtazione delle passività dal valore del *relictum*.

L'indicata regola subisce una eccezione per le sopravvenienze passive e cioè per quei debiti ereditari, ovviamente pregressi, accertati dopo l'esperimento vittorioso della domanda di riduzione di cui non si era tenuto conto durante il relativo giudizio.

Degli indicati debiti risponderanno non soltanto gli eredi, in proporzione delle proprie quote, ma anche il legittimario in proporzione della quota riconosciutagli a seguito della riduzione.

In altri termini, l'erede che ha subito la riduzione risponde dei debiti in proporzione della minore quota attribuitagli in sede di riduzione;

⁴⁴⁴ La stessa dottrina che qualifica il legittimario erede, all'esito dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, afferma che per effetto della sentenza di riduzione il legittimario pretermesso diventa erede senza bisogno di accettazione: non si applica quindi, al legittimario pretermesso, il principio secondo il quale l'eredità si acquista con l'accettazione. Se invece il legittimario è già chiamato all'eredità per vocazione testamentaria o intestata l'esercizio dell'azione di riduzione comporta l'accettazione (MENGONI, *op. cit.*, pag. 239). Per Cass., 3 dicembre 1996, n. 10775, in *Riv. not.*, 1997, pag. 1304, invece, il legittimario a seguito dell'azione di riduzione verrebbe a trovarsi nella "posizione di chiamato all'eredità" con conseguente possibilità di accettare o rinunciare.

⁴⁴⁵ Cfr. *supra*, Cap. I, §3.

⁴⁴⁶ La dottrina risalente evidenziava l'anomalia di una ricostruzione che conduceva ad attribuire al legittimario che ha agito in riduzione la qualità di erede, in considerazione del fatto che comunque il legittimario non risponde dei debiti ereditari, in quanto la quota spettantegli a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione è calcolata già al netto dei debiti ereditari (MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1957, volume VI, pag. 351 e ss.; CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano 1962, pag. 530 e ss.; COVIELLO, *Il legittimario e la sua qualità di erede* in *Giur. It.* 1935, I, 2, colonna 311.

per l'eccedenza, deve rispondere il legittimario divenuto anch'esso erede⁴⁴⁷.

Il legittimario totalmente pretermesso e perciò non erede, non risponde mai dei debiti in caso di eredità passiva.

Difatti, per acquisire la qualità di erede il legittimario è tenuto a proporre la domanda di riduzione che presuppone una lesione non configurabile sia quando abbia già ricevuto, durante la vita del donante, donazioni di valore pari o superiore al valore della sua quota di riserva, sia quando, detratti i debiti dal valore dei beni relitti e sommate le donazioni, l'eredità risulti passiva.

In entrambe le ipotesi prospettate non sussistono le condizioni perché il legittimario possa esperire utilmente l'azione di riduzione e acquistare la qualità di erede⁴⁴⁸.

2.2. L'art. 553 c.c., norma di apertura della sezione dedicata alla reintegrazione della quota riservata ai legittimari, disciplina una fattispecie particolare di riduzione caratterizzata dal concorso di eredi legittimi e legittimari⁴⁴⁹ e da donazioni effettuate in vita dal *de cuius* entro i limiti della quota disponibile⁴⁵⁰.

L'utilità della norma è proprio quella di evitare, nelle ipotesi in cui il *de cuius* non abbia leso la quota di riserva, l'azione di riduzione che,

⁴⁴⁷ GALGANO, *Trattato di diritto civile* cit., pag. 714.

⁴⁴⁸ Ovviamente, qualora fosse istituito erede in una eredità dannosa, potrebbe evitare la confusione dei patrimoni accettando con beneficio di inventario ovvero non accettarla affatto.

⁴⁴⁹ Il concorso di eredi legittimi e legittimari presuppone l'assenza di testamento.

⁴⁵⁰ La riduzione della quota degli eredi legittimi presuppone l'assenza di donazioni lesive. Si pensi al caso di Tizio che in vita aveva donato ad un estraneo beni per il valore di 40 e che muore *ab intestato* lasciando a sé superstiti il coniuge Caia, i fratelli Sempronio e Mevio e beni relitti di valore 90. Si apre la successione legittima e le quote spettanti sono equivalenti a 2/3 per il coniuge ed 1/3 per i fratelli (art. 582 cod. civ.) e perciò 60 (2/3 di 90) per il coniuge e 30 per i fratelli. Tuttavia, il patrimonio netto su cui calcolare la legittima del coniuge è pari a 130 (90 + 40) e poiché l'art. 540 cod. civ. riserva a favore del coniuge una quota pari alla metà del patrimonio, il valore della riserva del coniuge, nell'esempio, è di 65 (metà del patrimonio netto più donazioni). L'altra metà, nella situazione delineatasi a seguito della morte caratterizzata dal coniuge quale unico legittimario, corrisponde alla quota disponibile dal *de cuius*. Ne discende che la donazione effettuata in vita da Tizio, di valore inferiore a 65, non è lesiva della riserva del coniuge e che, in mancanza dell'art. 553 cod. civ., Caia sarebbe costretta ad agire in riduzione nei confronti dei cognati Sempronio e Mevio.

Qualora la donazione avesse avuto un valore inferiore (es.: 30), non vi sarebbe stata alcuna necessità di ricorrere all'art. 553 cod. civ. poiché il *relictum* sarebbe stato sufficiente a garantire la legittima del coniuge (1/2). Difatti, $90 + 30 = 120$ diviso due = 60.

Se, invece, la donazione fosse stata lesiva della quota di riserva (es.: valore 100), la legittima del coniuge superstite sarebbe stata, nell'esempio, di 95 (90 di relictum + 100 di donazione). In tale situazione, oltre a ridursi completamente le quote dei fratelli (art. 533 cod. civ.), il coniuge sarebbe stato costretto ad agire in riduzione parziale nei confronti del donatario entro il limite del valore di 5.

secondo la dottrina prevalente e la stessa giurisprudenza⁴⁵¹, nella fattispecie prevista dall'art. 553 cod. civ., opera in modo automatico.

E' stato difatti osservato che è inammissibile un conflitto tra due diverse volontà di legge che vanno invece tra loro coordinate e che, in mancanza di testamento o di donazione lesiva, non sussiste quella esigenza, per il legittimario, di scegliere tra il rispettare la volontà del defunto o far valere i propri diritti che costituisce la ragione per la quale la riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni è subordinata all'esercizio della specifica azione.

Come ha chiarito autorevole dottrina, la legge evita il verificarsi del presupposto dell'azione di riduzione operando direttamente sulle entità da attribuire con una compressione automatica di quanto dovuto agli eredi legittimi⁴⁵².

Un ulteriore argomento a sostegno dell'indicata conclusione è a carattere testuale: diversamente dagli artt. 554 e 555 cod. civ. in cui compaiono i termini "*sono soggette a riduzione*" lasciando così intendere che il legittimario è arbitro di ridurre o meno le disposizioni testamentarie e le donazioni proponendo o rinunciando alla relativa azione, l'art. 553 cod. civ. utilizza l'espressione "*si riducono*" che sembra riferirsi proprio ad una riduzione automatica⁴⁵³.

Corollario della riduzione automatica delle quote intestate è che l'azione di riduzione, qualora gli eredi *ab intestato* illegittimamente non attuino il chiaro disposto dell'art. 533 cod. civ., potrà essere proposta anche oltre i dieci anni di prescrizione e che la relativa sentenza sia di mero accertamento della riduzione *ope legis*.

2.3. La ricostruzione della natura dell'azione di riduzione che ha incontrato il maggior favore in dottrina e giurisprudenza è stata elaborata da Mengoni nei suoi studi sulla successione necessaria⁴⁵⁴.

La donazione o la disposizione testamentaria lesiva è, ad avviso dell'illustre autore, perfettamente valida sia nei confronti dei legittimari che nei confronti dei terzi.

⁴⁵¹ MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag. 320; PINO, *La tutela del legittimario* cit., pag. 32 e ss.; CATTANEO, voce *Imputazione del legittimario* in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ. IX, Torino 1999, pag. 356. In giurisprudenza, Cass. 6 marzo 1980, n. 1521 in *Giust. Civ. Mass.* 1980, fasc. 3.

⁴⁵² SANTORO-PASSARELLI, *Dei Legittimari*, cit., pag. 333.

⁴⁵³ Minoritaria in dottrina e non condivisa dalla giurisprudenza è la tesi di FERRI, *Dei legittimari* cit., pag. 146 e ss., il quale ritiene necessaria la proposizione della domanda di riduzione.

⁴⁵⁴ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag. 231 e ss.

Essa è soltanto inefficace nei confronti del legittimario che propone domanda di riduzione; si tratta, cioè, di una inefficacia o inopponibilità relativa e sopravvenuta, limitata esclusivamente al legittimario che agisce poiché, nei confronti degli altri legittimari e dei terzi, la disposizione, ancorché lesiva, spiega tutti i propri effetti.

L'indicata inopponibilità è diversa da quella che caratterizza l'azione revocatoria⁴⁵⁵ poiché, nella riduzione, il bene oggetto della disposizione lesiva si considera come mai uscito dal patrimonio del defunto e perciò, per essere munita di efficacia *ex tunc*, in applicazione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, si determina la caducazione delle successive alienazioni effettuate dal donatario.

Il giudizio di riduzione è perciò una impugnativa di una disposizione lesiva della quota di legittima e verte, essenzialmente, sul calcolo della disponibile da cui ricavare la quota riservata (art. 556 cod. civ.).

Va tuttavia ribadito che il codice non devolve immediatamente al legittimario la quota di eredità ma la accantona in suo favore; gli artt. 536 cod. civ. e seguenti, difatti, “riservano”, mettono, cioè, a disposizione del legittimario la quota dovuta lasciando al titolare del relativo diritto (art. 557 cod. civ.) la scelta di proporre o meno, in presenza di disposizioni lesive intrinsecamente valide ed efficaci, l'azione di riduzione (art. 557 cod. civ.).

Il concetto di accantonamento è particolarmente utile a spiegare come il legittimario possa ottenere soddisfazione sui beni del defunto anche in caso di alienazione a terzi da parte del beneficiario della disposizione lesiva.

La quota di riserva è definita anche indisponibile⁴⁵⁶ contrapposta a quella disponibile (art. 556 cod. civ.); tuttavia, non si tratta di indisponibilità in senso tecnico da intendersi come divieto legale, per l'ereditando, di disporre da cui potrebbe discendere la nullità dell'atto dispositivo posto in essere.

L'atto lesivo resta perfettamente valido ed efficace e soggetto soltanto, a discrezione del legittimario, a riduzione.

Conclusivamente, in presenza di una disposizione (valida ed efficace) posta in essere dal defunto che lede la quota riservata, il legittimario è

⁴⁵⁵ Cfr. *supra*, § 11, pag. 135 e ss.

⁴⁵⁶ L'art. 554 cod. civ. discorre di disposizioni testamentarie “*excedenti la quota di cui il defunto poteva disporre*”; l'art. 555 cod. civ. menziona le donazioni il cui valore “*eccede la quota della quale il defunto poteva disporre*”.

abilitato ad agire giudizialmente in riduzione finalizzata a far dichiarare l'inopponibilità della disposizione testamentaria o della donazione lesiva e a recuperare al patrimonio del *de cuius* il bene per rendere effettivo l'accantonamento della quota riservata.

In altri termini, con la sentenza di riduzione il bene non viene trasferito al legittimario, ma rientra nel patrimonio dell'ereditando ed il legittimario ne acquista la proprietà per successione ereditaria⁴⁵⁷.

In caso di lesione, si ribadisce, l'attribuzione al legittimario di quanto dovutogli avviene non in forza della sentenza di riduzione perché con essa il giudice non condanna l'erede testamentario, il legatario o il donatario ad attribuire al legittimario il bene donato o parte dello stesso, bensì per effetto delle norme sulla successione necessaria che possono applicarsi una volta che la dichiarata riduzione ha sciolto ogni dubbio in ordine all'*an* e al *quantum* della lesione⁴⁵⁸.

In dottrina⁴⁵⁹ si afferma che al legittimario, per rimuovere l'impedimento all'acquisto della porzione di legittima, è attribuito un diritto potestativo per il cui esercizio è indispensabile lo strumento del processo nel quale si accerta la lesione di legittima e le altre condizioni dell'azione.

Secondo la tesi dominante sia in dottrina⁴⁶⁰ che in giurisprudenza⁴⁶¹ l'azione di riduzione è perciò un'azione personale di “*accertamento*

⁴⁵⁷ MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 236 e ss.; PINO, *La tutela del legittimario*, Padova 1954, pag. 138. Per AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009, 824 s. l'inopponibilità della disposizione lesiva non è che il presupposto, necessario ma non sufficiente, per l'acquisto dei beni da parte del legittimario; l'acquisto avverrà non in forza della sola sentenza di riduzione, né della sola conseguente azione restitutoria, ma del *titolo ereditario*, rappresentato dalla vocazione necessaria assicurategli *ex lege*, operante in virtù e come conseguenza dell'inopponibilità delle disposizioni lesive con essa incompatibili. La pronuncia di riduzione non assicura *di per sé sola* al legittimario l'acquisto della quota di patrimonio o dei singoli beni oggetto della vocazione o delle liberalità incompatibili: l'una e gli altri verranno sempre conseguiti attraverso il tramite tecnico di una vocazione a titolo universale, e dunque, in forza della delazione ereditaria recuperata, o integrata nel contenuto, a seguito della riduzione. La pronuncia di riduzione consente di considerare il bene donato come *mai uscito* dall'asse ereditario: tale appartenenza all'asse ereditario è indispensabile affinché, nei confronti di quel bene, possa operare un titolo di acquisto che deve necessariamente restare *mortis causa*.

⁴⁵⁸ MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 231.

⁴⁵⁹ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 54.

⁴⁶⁰ MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 231 e ss.; TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 54; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit. pag. 317 e ss.

⁴⁶¹ Cass. 21 aprile 1998, n. 4024 in *Giust. Civ. Mass.* 1988, pag. 841; Cass. 25 novembre 1997, n. 11809 in *Giust. Civ. Mass.* 1997, pag. 2266; Cass. 7 agosto 1996, n. 7259 in *Giust. Civ. Mass.* 1996, pag. 1126; Cass. 19 ottobre 1993, n. 10333 in *Giur. It.* 1995, I, 2, pag. 918.

costitutivo”⁴⁶², nel senso all’accertamento della lesione e della sussistenza delle condizioni della domanda, consegue automaticamente la modifica del contenuto del diritto del legittimario. Intesa in tal senso, la sentenza non dovrebbe qualificarsi costitutiva bensì di mero accertamento in quanto la modificazione della situazione giuridica avviene ad opera della legge e non della sentenza; di qui, la formula “*accertamento costitutivo*” utilizzata per descrivere l’investitura *ope legis* del legittimario nella propria quota conseguente all’accertamento dell’*an* e del *quantum* della lesione contenuto nella sentenza.

La scissione tra l’accertamento (contenuto in sentenza) e la produzione degli effetti (rimessa alla legge) sembra apparire eccessivamente formalistica sia perché il legittimario ha diritto ad ottenere dal giudice un provvedimento con il quale venga modificata la situazione giuridica preesistente⁴⁶³, sia perché la distinzione tra accertamento e effetti potrebbe essere applicata a qualunque ipotesi di sentenza costitutiva.

Si pensi, ad esempio, all’annullamento del contratto.

Anche in questo caso, in cui nessuno dubita trattarsi di pronuncia costitutiva, potrebbe affermarsi che il giudice accerta l’esistenza di una causa di annullamento e la modificazione (eliminazione del negozio) è disposta direttamente dalla legge.

Pertanto, sembra preferibile discorrere di sentenza di accertamento costitutivo con lo stesso significato di sentenza costitutiva (o di atto

⁴⁶² Per MANDRIOLI, *Diritto processuale civile I*, XX Ed., Torino 2009, pag. 84, la differenza profonda tra sentenza di condanna e costitutiva risiede nel fatto che mentre nella prima il giudice rimanda l’attuazione del diritto ad un’attività tutelatrice ulteriore (esecuzione) da compiersi nel mondo materiale, nella seconda l’attuazione del diritto potestativo accertato può compiersi subito e direttamente dal giudice, dal momento che per attuarla non occorre operare nel mondo materiale, ma solo in quello degli effetti giuridici, ossia in un mondo in cui l’organo giurisdizionale è senz’altro onnipotente. Il giudice, subito dopo l’accertamento sul piano logico, ma in realtà con la medesima sentenza che contiene l’accertamento, fa luogo alla modifica giuridica i cui effetti, secondo la prevalente dottrina (CARPI, *La provvisoria esecutività della sentenza*, Milano 1979, pag. 59 e ss.; FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionata da eventi successivi alla sua pronuncia* in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, pag. 1393; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, XX ed. cit., § 39, nota 7), si verificano anche anteriormente al passaggio in giudicato, con la provvisoria esecutività della sentenza di primo grado (art. 282 cod. proc. civ.). In senso diverso è invece orientata la giurisprudenza per la quale gli effetti della sentenza costitutiva si verificano soltanto, *ex art.* 2909 cod. civ., al passaggio in giudicato, salvo che per le statuizioni di condanna contenute nella pronuncia costitutiva che, come ad esempio, quella concernenti le spese, possono risultare compatibili con la produzione dell’effetto costitutivo al momento del passaggio in giudicato (Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4059 in *Il civilista* 2011, fasc. 6, pag. 64 con nota di PENUTI; Cass. 29 luglio 2011, n. 16737 in *Giust. civ. Mass.* 2011, pag. 1229).

⁴⁶³ PINO, *La tutela del legittimario* cit., pag. 123.

costitutivo) e di inquadrare la sentenza di riduzione nell'ambito delle sentenze costitutive.

2.4. Verificatosi il presupposto della lesione, la legge (art. 564 cod. civ.) richiede due condizioni di ammissibilità⁴⁶⁴ dell'azione di riduzione: l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario e l'imputazione *ex se*.

Trattandosi di condizioni di ammissibilità, il loro difetto può essere rilevato anche d'ufficio⁴⁶⁵.

L'art. 564, primo comma, cod. civ.⁴⁶⁶ richiede che il legittimario abbia accettato l'eredità con il beneficio di inventario.

La ragione dell'accettazione beneficiata risiede nell'esigenza di tutelare i terzi (donatari e legatari), i quali soltanto attraverso l'inventario sono posti nella condizione di conoscere l'effettiva consistenza dell'asse ereditario.

In pratica, il legislatore ha voluto impedire che i coeredi, d'accordo, effettuino sottrazioni e occultamenti di beni per poter agire nei

⁴⁶⁴ Attraverso la domanda giudiziale si sottopone al giudice un duplice oggetto: l'ammissibilità e la fondatezza in merito della domanda proposta. La valutazione del primo aspetto, logicamente e cronologicamente preliminare, involge una questione di rito nel senso che in difetto di una delle condizioni di ammissibilità della domanda proposta (es.: una maturata decadenza), il giudice provvede con sentenza a carattere processuale (di inammissibilità) senza poter valutare il merito della questione.

⁴⁶⁵ LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile* coordinato da Zoppini, Vol. II, I, *Le successioni e donazioni*, Milano 2009, pag. 80. Adesivamente, TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 95, il quale ricorda che il difetto di tali condizioni può essere rilevato d'ufficio anche in grado di appello o in sede di rinvio, escludendo che una siffatta indagine possa essere compiuta in sede di legittimità perché essa implica pur sempre un esame di merito. Il medesimo autore (Id., *op. ult. cit.*, pag. 94), precisa che risalente giurisprudenza, dopo aver inizialmente affermato che l'accettazione con beneficio di inventario integra un presupposto dell'azione di riduzione, ha successivamente ritenuto trattarsi di una condizione di ammissibilità dell'azione che, diversamente da quanto avviene per i presupposti dell'azione, non è necessario sussista al momento della domanda, ben potendo intervenire anche successivamente, purché sia presente al momento della decisione. Tuttavia, precisa, la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che la dichiarazione di accettazione con beneficio di inventario deve sempre precedere la notifica della citazione e che l'azione è ammissibile anche se l'inventario sia materialmente compiuto dal legittimario in corso di causa entro i termini di legge. Ricorda infine che la giurisprudenza ha ritenuto improponibile la domanda di riduzione di un legittimario senza previa accettazione beneficiata anche qualora, successivamente alla domanda, altro legittimario abbia accettato con beneficio di inventario.

Cass. 19 ottobre 2012, n. 18068 in *Foro It.* 2013, fasc. 3, col. 945, in motivazione qualifica l'eccezione di difetto di accettazione come condizione di ammissibilità dell'azione di riduzione (Cass. 13 febbraio 1967, n. 359; Cass. 7 aprile 1990, n. 2923), per sua natura rilevabile anche d'ufficio dal giudice (Cass. 6 giugno 1968, n. 1701), pure in grado di appello o di rinvio (Cass. 27 novembre 1957, n. 4499).

⁴⁶⁶ Art. 564, primo comma cod. civ.: *Il legittimario che non ha accettato l'eredità col beneficio d'inventario non può chiedere la riduzione delle donazioni e dei legati, salvo che le donazioni e i legati siano stati fatti a persone chiamate come coeredi, ancorché abbiano rinunciato all'eredità. Questa disposizione non si applica all'erede che ha accettato col beneficio d'inventario e che ne è decaduto.*

confronti dei terzi estranei donatari o legatari.

E' necessario perciò che venga redatto l'inventario e che quindi il procedimento di accettazione beneficiata di cui è elemento costitutivo si concluda.

é stato osservato⁴⁶⁷ che una volta individuata la *ratio* del beneficio di inventario nella tutela dell'interesse del terzo, il passo successivo dovrebbe essere quello secondo cui tale tutela è frustrata in presenza di inventario infedele (art. 494 cod. civ.).

Anche in tale caso, valorizzando la *ratio legis*, dovrebbe negarsi l'accesso alla domanda di riduzione.

In definitiva, l'azione di riduzione da esercitarsi nei confronti di soggetti non coeredi risulterà sempre inammissibile qualora il legittimario abbia compiuto atti che importino accettazione tacita dell'eredità ovvero, trovandosi nel possesso dei beni, abbia lasciato trascorrere il termine di cui all'art. 485 cod. civ. senza aver fatto l'inventario⁴⁶⁸.

La funzione della norma contenuta nella seconda parte del primo comma dell'art. 564 cod. civ., secondo cui “*questa disposizione non si applica all'erede decaduto dal beneficio*”, è essenzialmente riequilibratrice.

Difatti, in mancanza della disposizione in esame, la decadenza da un inventario comunque redatto arrecherebbe ingiustificatamente danno al legittimario al quale sarebbe preclusa l'azione di riduzione⁴⁶⁹.

La *ratio* dell'accettazione beneficiata non ricorre quando la riduzione è esercitata nei confronti degli altri eredi i quali, per partecipare alla comunione ereditaria, sono posti in condizione di verificare la consistenza dell'asse.

La Suprema Corte ha da tempo chiarito che la condizione della preventiva accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario — richiesta dall'art. 564 c.c. per la proposizione dell'azione di riduzione delle donazioni e dei legati — non si applica al legittimario che sia

⁴⁶⁷ DELLE MONACHE, *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, 2007, pag. 88.

⁴⁶⁸ LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, Vol. II, I, *Le successioni e donazioni* cit., pag. 80.

⁴⁶⁹ Per Cass. 7 marzo 2013 n. 5768 in *Dejure*, la norma risponde alla genesi storica dell'istituto che riconosce nella redazione dell'inventario (quale elemento costitutivo dell'accettazione beneficiata) una forma di tutela in favore del terzo, al fine di consentirgli di valutare la consistenza dell'asse ereditario e per impedire che, d'accordo con i coeredi, si effettuino sottrazioni od occultamenti e s'invochi poi, di fronte ad estranei, l'insufficienza dei beni esistenti.

stato totalmente pretermesso dall'eredità⁴⁷⁰, anche nel caso in cui abbia ricevuto beni dal *de cuius* a titolo di donazione ovvero si sia impossessato, dopo la sua morte, di beni ereditari⁴⁷¹, poiché, come ripetutamente ricordato, acquista la qualità di erede soltanto dopo l'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione⁴⁷².

Qualora invece un legittimario pretermesso sia convenuto nel giudizio di riduzione per aver beneficiato, in vita del donante, di donazioni lesive dei diritti di altro legittimario (attore), quest'ultimo dovrà, se chiamato all'eredità, previamente accettare con beneficio di inventario secondo la regola generale.

La seconda condizione di ammissibilità è prevista dall'art. 564, secondo comma, cod. civ. il quale dispone che il legittimario imputi alla sua legittima quota di legittima le donazioni ed i legati ricevuti dal *de cuius*.

In altri termini, si presume che – salva espressa dispensa – le donazioni e i legati del *de cuius* a favore di chi agisce in riduzione costituiscono anticipazione della sua legittima.

Una interessante questione a carattere processuale attiene alla natura

⁴⁷⁰ Cass. 11 gennaio 2010, n. 240 in *Riv. notariato* 2011, fasc. 1, pag. 179; Cass. 3 luglio 2013, n. 16635 in *Giust. Civ.* 2013, 9, pag. 1691 che richiama come conformi Cass. n. 2621/74; Cass. 7 ottobre 2005, n. 19527 in *Riv. notariato* 2008, 1, pag. 211 con nota di ALESSANDRINI CALISTI. Osserva Cass. n. 16635/2013 in motivazione: “*come opportunamente ha evidenziato la dottrina e la giurisprudenza anche di questa Corte, una totale pretermissione del legittimario può aversi sia nella successione testamentaria che nella successione ab intestato; il legittimario sarà pretermesso: a) nella successione testamentaria se il testatore ha disposto a titolo universale dell'intero asse a favore di altri, in base alla considerazione che, a norma dell'art. 457, comma 2, questi non è chiamato all'eredità fin quando l'istituzione testamentaria di erede non venga ridotta nei suoi confronti; b) nella successione ab intestato qualora il de cuius si sia spogliato in vita dell'intero suo patrimonio con atti di donazione, considerato che per l'assenza di beni relitti, il legittimario viene a trovarsi nella necessità di esperire l'azione di riduzione a tutela della situazione di diritto sostanziale che la legge gli riconosce*”. E poi prosegue: “*di conseguenza, il legittimario pretermesso, sia nella successione testamentaria che in quella ab intestato che impugna per simulazione un atto compiuto dal de cuius a tutela del proprio diritto alla reintegrazione della quota di legittima, agisce in qualità di terzo e non in veste di erede, condizione che acquista solo in conseguenza del positivo esercizio dell'azione di riduzione e come tale non è tenuto alla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. E' errato perciò affermare che gli eredi necessari possono essere pretermessi soltanto quando vi sia un'espressa volontà del de cuius e perciò solo in caso di successione testamentaria ma ciò è possibile anche in quella ab intestato ove la volontà di pretermettere è manifestata negli atti inter vivos con i quali il de cuius dispone del suo intero patrimonio a favore di soggetti diversi dai legittimari*”.

⁴⁷¹ Cass. 15 giugno 2006, n. 13804 in *Giust. Civ. Mass.* 2006, fasc. 6; Cass. 12 maggio 2000 n. 6085 in *Giust. Civ. Mass.* 2000, fasc. 5; Cass. 9 dicembre 1995, n. 12632 in *Giust. Civ. Mass.* 1995, fasc. 12; Cass. 1 dicembre 1993, n. 11873, in *Corr. giur.*, 1994, pag. 324, con nota di PORCARI, *In tema di azione di riduzione*; Cass. 6 agosto 1990 n. 7899 in *Giust. Civ. Mass.* 1990, fasc. 8; Cass. 5 ottobre 1974 n. 2621, in *Giust. Civ.*, 1975, I, pag. 51.

⁴⁷² Cass. 13 gennaio 2010, n. 368 in *Giust. civ.* 2011, 1, pag. 217 con nota di PARDI, *Il legittimario pretermesso fra azione di riduzione e collazione*.

dell'eccezione di imputazione e cioè se il convenuto in riduzione sia tenuto ad eccepire, a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione e risposta (art. 167, secondo comma cod. proc. civ.) che il legittimario attore non ha imputato alla quota di legittima una determinata donazione (diretta o indiretta) ricevuta dal *de cuius* (eccezione in senso stretto) ovvero se possa farlo anche successivamente (eccezione in senso lato).

Con recente pronuncia⁴⁷³, nel ribadire il principio della normale rilevabilità di ufficio delle eccezioni,⁴⁷⁴ la Suprema Corte ha affermato che *“Nel giudizio di riduzione in materia ereditaria, la deduzione, da parte del convenuto, della necessità di imputare alla legittima le donazioni ricevute in vita dall'attore, costituisce eccezione in senso lato e, come tale, il suo rilievo non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione di parte, ma è ammissibile anche d'ufficio ed in grado di appello, purché i fatti risultino documentati "ex actis"”*.

Osserva la Corte in motivazione che nell'ordinamento giuridico italiano non esiste un principio generale per il quale non possa essere fatto valere in via di azione ciò che non possa essere fatto valere in altro processo in via di eccezione per effetto di preclusioni processuali e, di conseguenza, in caso di preclusione processuale con riferimento ad una eccezione, ben può l'eccepiente proporre separato processo in via d'azione per accertare il fatto costituente l'eccezione da far valere nell'ambito del processo in cui è maturata la decadenza processuale⁴⁷⁵. Dal secondo comma dell'art. 564 cod. civ. si evince che in caso di

⁴⁷³ Cass. 29 novembre 2013 n. 26858 in *Diritto & Giustizia on line*, pag. 1624 con nota di CALVETTI: *Azione di riduzione e accertamento di atti di liberalità: possibili due giudizi separati?*

⁴⁷⁴ Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226 in *Nuova giur. civ. commentata* 2002, II, pag. 2654 con nota di VOLPINO.

⁴⁷⁵ Nel caso esaminato ed in fattispecie nella quale il convenuto in riduzione aveva proposto autonomo giudizio per sentir dichiarare che il legittimario aveva ricevuto una donazione indiretta da imputare alla sua quota di legittima non menzionata nel precedente giudizio di riduzione, la Corte di appello aveva dichiarato il difetto di interesse dell'attore sul rilievo che, in ogni caso, non avendo proposto la relativa eccezione (ritenuta in senso stretto) nel giudizio di riduzione, la domanda tesa all'accertamento dell'imputazione in via di azione, non avrebbe potuto far conseguire alcun apprezzabile risultato. La Suprema Corte ha cassato la decisione e, rilevato che nella descritta situazione processuale si sarebbe potuto ricorrere alla riunione dei diversi procedimenti, ha enunciato il principio indicato nel testo e chiarito che il convenuto in riduzione avrebbe potuto giovare del giudicato esterno formatosi sulla seconda domanda per ottenere, nel diverso procedimento, il rigetto della domanda di riduzione.

dispensa dall'imputazione *ex se*⁴⁷⁶ il legittimario trattiene le donazioni (ed i legati) che vengono a gravare sulla disponibile e chiede l'intera sua legittima.

Si ritiene⁴⁷⁷ che la dispensa debba risultare da manifestazione diretta di volontà del donante e che, pur non necessitando di formule sacramentali, non possa essere desunta da fatti concludenti (cosiddetta dispensa tacita che la giurisprudenza timidamente ammette).

2.5. Non essendo previsto dalla legge alcun termine per la relativa proposizione, l'azione di riduzione va esercitata entro l'ordinario termine prescrizione decennale che inizia a decorrere dal momento dell'apertura della successione qualora la lesione risulti da donazione o da altri atti posti in essere dal *de cuius* durante la sua vita, purchè non sussistano cause ostative al decorso dell'indicato termine come accade nel caso di figli naturali dichiarati tali con sentenza passata in giudicato dopo il decesso del *de cuius*⁴⁷⁸.

2.6. La domanda di riduzione può poi essere rinunciata dopo il decesso del *de cuius* (non prima a causa del divieto dei patti successori) anche attraverso comportamenti concludenti.

La rinuncia, a cui consegue la definitività e intangibilità della disposizione lesiva, è ammissibile perchè la quota di legittima ed il diritto potestativo ad agire per la sua reintegrazione, ha come precedentemente osservato, carattere patrimoniale ed è perciò disponibile⁴⁷⁹.

Diversamente dalla rinuncia all'eredità per la quale l'art. 519 cod. civ. prescrive determinate formalità⁴⁸⁰, non sono richieste, per la rinuncia

⁴⁷⁶ Cfr. *supra*, § 11, pag. 154 e ss. anche per le diversa funzione tra dispensa da collazione e da imputazione: nella collazione l'imputazione, obbligo dell'erede, favorisce la parità di trattamento tra eredi; nella riduzione l'imputazione serve a formare il reale valore della legittima e costituisce perciò condizione della relativa domanda.

⁴⁷⁷ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 555 e ss.; cfr. *supra*, §11., pag. 157 e, in particolare, nota 418.

⁴⁷⁸ Per Cass. 19 ottobre 1993, n 10333 in *Giur. It.* 1995, I,1, pag. 918 con nota di MASUCCI, il termine decennale di prescrizione per l'accettazione dell'eredità decorre solo dal passaggio in giudicato della decisione di accertamento del loro "status". Sono invece irrilevanti gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto per i quali l'art. 2941 cod. civ. prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione della prescrizione tra le quali, salvo l'ipotesi di dolo prevista dal n. 8 del citato articolo, non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, nè il dubbio soggettivo sull'esistenza di tale diritto ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento (Cass. 7 novembre 2005 n. 21495 in *Riv. notariato* 2006, fasc. 6, pag. 1581; Cass. 27 giugno 2011 n. 14163 in *Giust. Civ. Mass.* 2011, fasc. 6, pag. 962; Cass., Ord. 7 marzo 2012 n. 3584 in *Dejure*.

⁴⁷⁹ Cass. 28 marzo 1997, n. 2773 in *Giust. civ. Mass.* 1997, fasc. 3, pag. 488 e in *Il civilista* 2009, fasc. 11, pag. 73 con nota di BARDARO.

⁴⁸⁰ Dichiarazione ricevuta da notaio o dal cancelliere del tribunale del circondario in cui si è aperta la successione, da inserire nel registro delle successioni.

all'azione di riduzione, particolari forme in considerazione del fatto che il legittimario pretermesso acquista la qualità di erede soltanto per effetto dell'accoglimento della domanda di riduzione⁴⁸¹.

In difetto di previsione legislativa, la rinuncia può allora essere fatta con qualsiasi mezzo idoneo a segnalare la volontà abdicativa del legittimario e perciò sia espressamente, in forma scritta (anche non ricevuta da notaio)⁴⁸² o orale, sia attraverso comportamenti inequivoci concludenti incompatibili con la volontà di esercitare l'azione⁴⁸³.

La Suprema Corte ha escluso che la rinuncia possa desumersi da dichiarazioni del difensore contenute negli scritti difensivi qualora questi sia sprovvisto di mandato speciale a rinunciare e comunque a disporre del diritto in contesa poichè le ammissioni del difensore non hanno valore confessorio⁴⁸⁴ ed ha chiarito che una rinuncia tacita può configurarsi, invece, in caso in cui il legittimario abbia avuto la consapevolezza dell'esorbitanza della disposizione testamentaria dai limiti della porzione disponibile e tuttavia l'abbia eseguita integralmente⁴⁸⁵.

Secondo la dottrina, i medesimi comportamenti di convalida delle disposizioni nulle (art. 590 cod. civ.)⁴⁸⁶ hanno valenza di rinuncia tacita con riferimento alle disposizioni riducibili⁴⁸⁷.

La giurisprudenza della Suprema Corte, dopo aver differenziato le disposizioni nulle confermabili da quelle lesive, riducibili, ha ripetutamente affermato che il comportamento di esecuzione volontaria della disposizione lesiva di legittima non costituisce, in sé, manifestazione dell'intento di voler tacitamente rinunciare alla riduzione salvo che il legittimario, attraverso le modalità con cui esegue la disposizione lesiva, manifesti in modo inequivoco la

⁴⁸¹ Cass. 3 dicembre 1996, n. 10775 in *Riv. Notariato* 1997, pag. 1302.

⁴⁸² Cass. 3 dicembre 1996, n. 10775 cit., in *Riv. Notariato* 1997, pag. 1302.

⁴⁸³ Cass. 7 maggio 1987, n. 4230 in *Giust. Civ. Mass.* 1987, fasc. 5; Cass. 20 gennaio 2009, n. 1373 in *Foro it.* 2009, fasc. 5, col. 1435 ha escluso possa ravvisarsi rinuncia tacita nel caso di inerzia, durata qualche anno, successiva alla morte del *de cuius*.

⁴⁸⁴ Cass. 13 febbraio 1967, n. 359 in *Foro Pad.* 1967, I, pag. 873. Tuttavia, qualora la parte, oltre al mandato ad litem sottoscriva, in calce, l'atto del difensore, si attribuisce la paternità delle dichiarazioni (così COMOGLIO, *Confessione (dir. proc. civ.)* in *Enc. Giur.* VIII, Roma 1988, pag. 4 e ss.

⁴⁸⁵ Cass. 8 ottobre 1971, n. 2771 in *Giust. Civ. Mass.* 1971, fasc. 10.

⁴⁸⁶ Cfr. *infra*, Cap. III, §1.

⁴⁸⁷ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 337; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano 1952, pag. 278.

volontà di rinuncia⁴⁸⁸.

Secondo la giurisprudenza, per poter validamente rinunciare all'azione di riduzione, il legittimario deve conoscere la situazione lesiva e, di fatto, accettare la volontà del defunto⁴⁸⁹; una volta concretizzata, la rinuncia ha carattere recettizio e pertanto deve essere portata a conoscenza del beneficiario della disposizione lesiva; qualora si tratti di rinuncia tacita, la recettizietà è integrata dall'effettiva conoscenza in capo ai soggetti passivi della domanda di riduzione dei comportamenti inequivoci da cui desumere la fatta rinuncia⁴⁹⁰.

In presenza di rinuncia, di fondamentale importanza è fissare il momento nel quale deve essere individuata la quota di riserva e cioè se occorra far riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione ovvero a quella, successiva, che si viene a determinare a seguito di mancato esperimento, per rinuncia o prescrizione, dell'azione di riduzione da parte dei legittimari lesi.

La soluzione a tale quesito ha notevoli conseguenze pratiche a carattere patrimoniale perché mentre nella prima ipotesi riceverebbe maggior tutela la volontà testamentaria e i donatari (eredi testamentari o legatari) potrebbero trattenere il bene lesivo della quota del legittimario rinunciante, nella seconda sarebbero avvantaggiati i legittimari non rinunzianti.

Nell'anticipare che la soluzione adottata recentemente dalle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁹¹ è nel primo senso, si osserva che nel determinare la quota riservata a ciascun legittimario, l'attuale codice, diversamente da quello del 1865, ha adottato il sistema della *quota mobile*.

La quota spettante al singolo legittimario, cioè, non è predeterminata, ma varia in funzione dell'esistenza di più categorie di legittimari e del

⁴⁸⁸ Cass. 21 maggio 2012, n. 8001 in *Giust. Civ. Mass.* 2012, fasc. 5, pag. 645 con riferimento ad un accordo conciliativo intervenuto nel corso di un giudizio di divisione in cui, con riferimento all'immobile oggetto di riduzione, veniva riconosciuta dal legittimario la comproprietà pro indivisa del bene; Cass. 8 ottobre 1971 n. 2771 cit., in *Giust. Civ. Mass.* 1971, fasc. 10.; Cass. 4 agosto 1995 n. 8611 in *Giust. civ. Mass.* 1995, pag. 488.

⁴⁸⁹ Cass. 9 agosto 1946, n. 1140 in *Foro It.* 1944-1946, I, col. 835

⁴⁹⁰ Cass. 7 dicembre 1962, n. 3299 in *Giust. Civ.* 1963, I, pag. 277. Sulla rinuncia, cfr., altresì, TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 119 e ss.

⁴⁹¹ Cass. Sezioni Unite 12 giugno 2006, n. 13524, in *Dir. e Giust.* 2006, fasc. 32, pag. 16, con nota di COLASANTI; in *Giust. Civ.* 2007, 12, pag. 2855 con nota di BULGARELLI; in *Giur. It.* 2007, fasc. 5, pag. 1117 con nota di PUGLIESE; in *Riv. notariato* 2007, fasc. 1, pag. 164; in *Riv. notariato* 2008, fasc. 1, pag. 201 con nota di CEOLIN.

numero all'interno di ciascuna categoria⁴⁹².

In tempi meno recenti, questa mobilità aveva indotto la dottrina ad elaborare la teoria dell'espansione della quota⁴⁹³, accolta anche dalla giurisprudenza⁴⁹⁴ e di recente ribadita da una parte della dottrina⁴⁹⁵ secondo cui, allo stesso modo di quanto avviene nella rinuncia del coerede nella successione testamentaria o *ab intestato*, anche nella successione necessaria, si verifica l'accrescimento *ipso iure* previsto dall'art. 522 cod. civ..

Secondo l'indicata teoria, il legittimario che non viene alla successione per rinuncia o per perdita del diritto ad agire in riduzione, deve essere considerato un estraneo e, di conseguenza, il calcolo della quota di riserva deve farsi non con riferimento alla situazione teorica esistente al momento di apertura della successione, ma alla situazione concreta degli eredi che concorrono effettivamente alla divisione.

Pertanto, in caso di concorso di due figli a cui sono riservati i due terzi del patrimonio da dividere in parti eguali (art. 537, secondo comma, cod. civ.) e di rinuncia dell'uno, la quota dell'accettante si espande e si accresce del terzo spettante al rinunciante⁴⁹⁶.

Tale impianto è stato recentemente sottoposto a revisione da parte delle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁹⁷ che hanno seguito un percorso

⁴⁹² Esempio: la quota di riserva del figlio unico che concorre da solo alla successione è $\frac{1}{2}$ del patrimonio (art. 537, primo comma, cod. civ.); se invece concorre assieme ad altri figli è di $\frac{2}{3}$ da dividersi in parti eguali e varia a seconda del numero dei figli (art. 537, secondo comma cod. civ.); se, quale figlio unico, concorre con il genitore superstite, è di $\frac{1}{3}$ (art. 542, primo comma, cod. civ.); se concorre con altri figli e con il genitore, è complessivamente pari ad $\frac{1}{2}$ da dividere in parti eguali a seconda del numero di figli.

⁴⁹³ BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1965, pag. 1038 e ss.

⁴⁹⁴ Cass. 9 marzo 1987, n. 2434, in *Giust. Civ.*, 1987, pag. 1046; Cass. 11 febbraio 1995, n. 1529, in *Riv. Notariato* 1996, pag. 639.

⁴⁹⁵ CARBONE, *Il sistema della c.d. quota mobile: una sopravvivenza da ribadire*, in *Studium iuris*, 2011, pag. 763 e ss.

⁴⁹⁶ La soluzione esposta è criticata da FERRI, *Delle Successioni. Dei legittimari*, in *commentario Scialoja e Branca* 1981, pag. 31 e DI MAURO, *Effetti della rinuncia alla legittima da parte di uno degli eredi necessari: rideterminazione delle quote di riserva o accrescimento?* Nota a Cass. 11 febbraio 1995, n. 1529 in *Giust. Civ.* 1995, pag. 2119, i quali, valorizzando l'art. 521 cod. civ. sulla retroattività della rinuncia all'eredità, ritengono che nell'esempio di due discendenti di cui uno rinuncia, l'altro, in quanto unico discendente, avrebbe diritto non all'accrescimento ($\frac{2}{3}$), bensì soltanto alla metà (art. 537, primo comma, cod. civ.)

⁴⁹⁷ Cass. S.U. 12 giugno 2006, n. 13524 cit., in *Giust. Civ.* 2007, I, pag. 2855 e ss. Così in motivazione: "Qualora il defunto lasci una pluralità di legittimari, lesi da donazioni o disposizioni testamentarie che eccedono la quota disponibile, il mancato esperimento dell'azione di riduzione da parte di uno di essi non si ripercuote sulla quota spettante agli altri e non l'incrementa. Sono, invece, il donatario, l'erede o il legatario, destinatari della disposizione lesiva, a beneficiare della scelta del legittimario rinunciante o inerte, in quanto, per la relativa quota, possono conservare l'attribuzione a loro favore".

argomentativo diverso aderendo ad una dottrina sino ad allora minoritaria⁴⁹⁸.

La Corte ha ritenuto inopportuno il richiamo agli effetti della rinuncia nella successione legittima perché l'effetto retroattivo della rinuncia (artt. 521 cod. civ.) e l'accrescimento (artt. 522 cod. civ.) trovano una spiegazione logica nel fatto che non si saprebbe quale dovrebbe essere la sorte della quota che rimane vacante.

Nella successione necessaria la situazione è completamente diversa sia perché manca una chiamata congiunta ad una quota globalmente considerata che costituisce il presupposto logico dell'accrescimento, sia, soprattutto, perché non vi è alcuna incertezza sulla sorte della quota che sarebbe spettata al legittimario perché i donatari, i legatari o gli eredi testamentari che hanno ricevuto l'eccedenza della disponibile, lesiva della quota del legittimario che rinuncia alla riduzione, ben potranno conservare una porzione di beni maggiore della disponibile.

All'indicato argomento che esclude l'accrescimento, se ne aggiunge altro a carattere testuale: l'espressione "*se chi muore lascia*" contenuta negli artt. 537, 538 e 542 cod. civ. si riferisce al momento dell'apertura della successione.

L'indicata interpretazione letterale è confermata dai principi generali della successione necessaria (interpretazione sistematica) che, se ha come scopo quello di garantire agli stretti congiunti una porzione del patrimonio del *de cuius*, ha anche lo scopo di consentire a quest'ultimo di conoscere entro quali limiti, in considerazione della composizione della propria famiglia, può disporre del suo patrimonio in favore di terzi.

Questa esigenza di certezza verrebbe frustrata se tale quota dovesse variare, dopo l'apertura della successione, in funzione del numero dei legittimari che agissero in riduzione⁴⁹⁹.

In questo modo le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto esistente tra alcune decisioni non recenti, riguardanti i criteri per determinare la quota indisponibile nel suo complesso e, in particolare, la porzione spettante al singolo legittimario, qualora uno o più degli altri, che concorrerebbero con lui nella ripartizione della riserva, non esercitino il loro diritto.

La Suprema Corte sostiene che ai fini dell'individuazione della quota di riserva spettante alle singole categorie di legittimari e ai singoli legittimari nell'ambito della stessa categoria si debba far riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento (per rinuncia o prescrizione) dell'azione di riduzione da parte di qualcuno dei riservatari.

⁴⁹⁸ FERRARI, *L'accrescimento* in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 6, Successioni, tomo II, Milano 1997, pag. 293 e ss.

⁴⁹⁹ Recentemente, Cass. 15 maggio 2013, n. 11737 cit., in *Dejure*, ha ribadito il principio espresso dalle Sezioni Unite ed ha affermato che "*Ai fini dell'individuazione della quota di*

2.7. Il diritto di agire in riduzione è un diritto potestativo⁵⁰⁰ a carattere patrimoniale⁵⁰¹, come tale disponibile.

Il diritto potestativo può realizzarsi prescindendo da una pronuncia giudiziale come accade, ad esempio, nella risoluzione del contratto per inadempimento a seguito di clausola risolutiva espressa (art. 1456 cod. civ.) con riferimento alla quale l'intervento giudiziale diretto a dirimere il contrasto tra le parti ha natura di mero accertamento⁵⁰² ovvero, come accade nella domanda di riduzione (artt. 554 e ss. cod. civ.), può attuarsi soltanto attraverso l'intervento giudiziale.

Nel giudizio di riduzione, la posizione del convenuto che ha ricevuto beni in misura superiore alla quota disponibile dell'ereditando è di soggezione, speculare al diritto potestativo del legittimario di incidere sulla sua sfera giuridica.

Il convenuto, in mancanza di accordo del legittimario sull'ammontare della legittima violata (cd. *accordi di integrazione*⁵⁰³), non può sottrarsi al giudizio di riduzione e perciò versa in situazione di vera e propria soggezione.

Non sono legittimati passivi alla domanda di riduzione i terzi aventi causa o possessori dei beni con cui la legittima deve essere integrata che sono, invece, legittimati passivi della diversa azione di restituzione conseguente al vittorioso esperimento dell'azione di

riserva spettante alle singole categorie di legittimari ed ai singoli legittimari nell'ambito della medesima categoria, occorre far riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento, per rinuncia o prescrizione, dell'azione di riduzione da parte di taluno dei legittimari".

⁵⁰⁰ Cass. 28 marzo 1997, n. 2773 in *Il civilista* 2009, 11, pag. 73 con nota di BARDARO; Cass. 20 gennaio 2009, n. 1373 in *Foro It.* 2009, fasc. 5, col. 1435. Sul diritto potestativo, cfr. *supra*, pag. 91 e ss.

⁵⁰¹ MENGONI, *Successione per causa di morte* cit., pag. 302 osserva che la quota di legittima è diritto patrimoniale, disponibile e cedibile assieme ai mezzi che il legislatore ha predisposto per la sua tutela.

⁵⁰² Cfr. Cass. 14 novembre 2006, n. 24207 in *Giust. civ. Mass.* 2006, fasc. 11, che in tema di risoluzione del contratto di locazione di immobili, perché la risoluzione stessa possa essere dichiarata sulla base di una clausola risolutiva espressa, è richiesta la specifica domanda, con la conseguenza che, una volta proposta l'ordinaria domanda ai sensi dell'art. 1453 c.c., con l'intimazione di sfratto per morosità, non è possibile mutarla in domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione "ope legis" di cui all'art. 1456 c.c., in quanto quest'ultima è diversa dalla prima, sia per quanto concerne il "*petitum*" - perché con la domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 si chiede una sentenza costitutiva mentre quella di cui all'art. 1456 postula una sentenza dichiarativa - sia per quanto concerne la "*causa petendi*" - perché nella ordinaria domanda di risoluzione, ai sensi dell'art. 1453, il fatto costitutivo è l'inadempimento grave e colpevole, nell'altra, viceversa, la violazione della clausola risolutiva espressa.

⁵⁰³ Cfr. *infra*, 1.1.7.

riduzione⁵⁰⁴.

Con l'azione di riduzione disciplinata dagli articoli 554 e ss. cod. civ., attraverso l'impugnativa dell'atto *inter vivos* (donazione) o *mortis causa* (disposizione testamentaria a favore di eredi o legatari) lesivo della quota che la legge gli riserva, il legittimario mira a procurarsi l'utile corrispondente alla quota di legittima intaccata dall'ereditando. La relativa domanda ha carattere personale e non reale perché si propone non già contro chi al momento è titolare del bene (es.: terzo acquirente), bensì nei confronti di chi ha beneficiato della disposizione lesiva (donatario, legatario, erede), ancorché questi si sia successivamente spogliato del bene⁵⁰⁵.

L'art. 557, primo comma, cod. civ. sancisce che *“La riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della porzione di legittima non può essere domandata che dai legittimari e dai loro eredi o aventi causa”*⁵⁰⁶.

Nonostante l'art. 557, primo comma, cod. civ. utilizzi il plurale (*legittimari*), è ormai acquisito che la domanda di riduzione non è a carattere collettivo⁵⁰⁷, spettante, cioè, al gruppo di legittimari (es.: tutti i figli) a cui complessivamente la legge riserva una quota del patrimonio ereditario; trattasi, al contrario, di azione individuale, spettante a ciascun legittimario⁵⁰⁸ che si ritiene leso nella propria quota individuale di riserva e che conviene in giudizio il beneficiario della disposizione lesiva.

⁵⁰⁴ Cass. 17 maggio 1980, n. 3243 in *Giust. Civ.* 1980, I, pag. 2193; Appello Lecce, 31 dicembre 1978, in *Giur. Merito* 1980, pag. 826.

⁵⁰⁵ Per l'unanime giurisprudenza, l'azione di riduzione si configura come azione personale contro il donatario, erede o legatario diretta a procurare al legittimario l'utile corrispondente alla quota di legittima; il legittimario, in altri termini, non ha un diritto reale sui beni donati o legati e non può proporre domanda contro chi è al momento titolare dei beni oggetto di disposizione (Cass. 22 marzo 2001, n. 4130 in *Riv. Notariato* 2001, pag. 1503; Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414 in *Giust. Civ. Mass.* 2005, fasc. 12).

⁵⁰⁶ Dal lato attivo, la domanda di riduzione spetta in primo luogo ai legittimari, considerati in quanto tali e non come eredi. E' proprio la legittimazione che la legge attribuisce direttamente al legittimario in quanto tale a consentire a quello escluso di acquistare, per effetto del vittorioso esercizio dell'azione di riduzione con cui reclama la sua "quota legittima" di eredità, la qualità di erede necessario che, in tal caso, è elemento del *petitum* dell'azione (così APICELLA-CARBONE, *Successioni e donazioni* a cura di Carbone, Milano 2011, pag. 94).

⁵⁰⁷ Cass. 3 settembre 2013, n. 20143 in *Diritto & Giustizia* 2013 con nota di ACHILLE in motivazione: *“A ciò aggiungasi che il diritto alla reintegrazione della quota non è espressione di un'azione collettiva spettante complessivamente al gruppo dei legittimari”*; nel medesimo senso, Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414 cit.; Cass. dicembre 2011, n. 27770 in *Giust. Civ. Mass.* 2011, fasc. 12, pag. 1804.

⁵⁰⁸ SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, Vol. I, Milano 2011, pag. 2; Cass. 28 novembre 1978, n. 5611 in *Giur. It. Mass.* 1978.

Ne discende che “*il diritto alla reintegrazione della quota, vantato da ciascun legittimario, è autonomo nei confronti dell'analogo diritto degli altri legittimari*”⁵⁰⁹ e che il giudicato sull'azione di riduzione promossa vittoriosamente da uno di essi non giova agli altri.

La natura personale-individuale e “*divisibile*” nel senso dianzi indicato dell'azione⁵¹⁰ comporta che non si possa configurare un litisconsorzio necessario nei confronti di tutti i legittimari, né dal lato attivo né da quello passivo, essendo necessario chiamare in giudizio unicamente il soggetto che ha beneficiato della disposizione che si assume lesiva⁵¹¹.

Non è tuttavia precluso al legittimario che non abbia proposto la domanda di riduzione e che magari sia stato parte in un procedimento di divisione e riduzione promosso da altro legittimario, agire in separata sede nei confronti del beneficiario della disposizione lesiva nell'ordinario termine di prescrizione⁵¹² purché non vi abbia rinunciato.

Ad integrare una siffatta rinuncia⁵¹³ è necessario che il legittimario manifesti positivamente una simile la volontà e, ove manchi una rinuncia espressa, può inferirsi l'esistenza di una rinuncia tacita solo in base ad un comportamento inequivoco e concludente del soggetto interessato, incompatibile con la volontà di far valere il diritto alla reintegrazione.

E' da escludere, ad avviso della prevalente giurisprudenza, che la mancata costituzione nel giudizio di scioglimento della comunione ereditaria promosso da altro coerede esprima inequivocabilmente la volontà della parte convenuta contumace di rinunciare all'azione di riduzione⁵¹⁴.

Per espressa previsione normativa sono legittimati a chiedere la riduzione anche gli eredi dei legittimari, dal momento che subentrano in tutti i loro rapporti patrimoniali, nonché gli aventi causa (legatari della legittima spettante al legittimario ovvero acquirenti a titolo gratuito o oneroso), con l'avvertenza che, in caso di preterizione del

⁵⁰⁹ Cass. 3 settembre 2013, n. 20143 cit., in *Diritto & Giustizia* 2013.

⁵¹⁰ *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini cit., Vol. III, pag. 550.

⁵¹¹ Cass., 13 dicembre 2005, n. 27414 cit., in *Giust. Civ. Mass.* 2005; fasc. 12; Cass. 21 marzo 1983, n. 1979 in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 3; Cass. 9 luglio 1971, n. 2200 in *Giust. Civ.* 1972, I, pag. 164.

⁵¹² Cass. 3 settembre 2013, n. 20143 cit., in *Diritto & Giustizia* 2013.

⁵¹³ Cfr. *infra*, §4.2.

⁵¹⁴ Cass. 3 settembre 2013, n. 20143 cit., in *Diritto & Giustizia* 2013; Cass., Sez. 2, 21 maggio 2012, n. 8001 in *Giust. civ. Mass.* 2012, fasc. 5, pag. 645.

legittimario, è necessario che questi abbia manifestato la volontà di voler conseguire la quota che la legge gli riserva⁵¹⁵.

La scelta legislativa è corretta poiché secondo autorevole dottrina⁵¹⁶ l'azione di riduzione ha carattere patrimoniale in quanto volta a reintegrare la quota di legittima la quale, costituendo diritto patrimoniale, è disponibile e trasferibile unitamente agli strumenti predisposti dal legislatore per la sua tutela.

Sebbene l'art. 557 cod. civ. indichi soltanto gli "aventi causa", dottrina e giurisprudenza⁵¹⁷ concordano nell'affermare che anche i creditori del legittimario possano proporre la domanda di riduzione in via surrogatoria purché questi abbia manifestato la volontà di ottenere i propri diritti ereditari⁵¹⁸.

Possono proporre l'azione anche i legittimari donatari⁵¹⁹ ed i creditori del defunto purché il legittimario non abbia accettato l'eredità con il beneficio di inventario.

Difatti, soltanto in presenza di confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede conseguente all'accettazione pura e semplice, i creditori del defunto diventano creditori dell'erede-legittimario e possono, perciò, esperire la domanda di riduzione in via surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 cod. civ.⁵²⁰.

Essendo stabilito dalla legge il diritto del legittimario ad una determinata quota, con l'azione di riduzione egli mira a conseguire in

⁵¹⁵NAPPA, *La successione necessaria*, Padova, 1993, pag. 90; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 543, nota 1165 ed ivi ulteriori riferimenti.

⁵¹⁶MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 302; FERRI, *Dei legittimari* cit., pag. 199; Cass. n. 5611/1978 cit., in *Giur. It. Mass.* 1978.

⁵¹⁷MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* cit., pag.242; Trib. Parma 27 aprile 1974 in *Giur. It.* 1976, I, pag. 350; Trib. Cagliari 14 febbraio 2002, in *Riv. Giur. Sarda* 2003, pag. 321.

⁵¹⁸Secondo Cass. 15 maggio 2013, n. 11737 cit., in *Dejure*, l'azione di riduzione esercitata dal curatore fallimentare del legittimario, di natura patrimoniale, è legittimamente esercitata dalla curatela non già in via surrogatoria, "ma per effetto dello spossessamento fallimentare (L. Fall., art. 42) che priva il fallito della disponibilità dei suoi beni (tra i quali sono da ricomprendere i diritti patrimoniali spettanti al fallito quale legittimario) e per effetto della legittimazione a stare in giudizio per i rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento, attribuita al curatore dalla L. Fall., art. 43".

⁵¹⁹Cass. 26 luglio 1985, n. 4358 in *Giust. Civ. Mass.* 1985, fasc. 7. La disciplina del comma 3 dell'art. 557 c.c., secondo cui i donatari non possono chiedere la riduzione né approfittarne, riguarda solo i donatari ed i legatari non legittimari; pertanto, l'azione di riduzione è esperibile anche dal donatario legittimario, il quale, ai sensi del comma 2 dell'art. 564 c.c., è obbligato (salva espressa dispensa) ad imputare alla propria porzione di legittima le donazioni e i legati ricevuti, con la conseguente impossibilità di richiedere la riduzione di alcuna donazione (o disposizione testamentaria) ove l'importo di quanto ricevuto per i titoli predetti superi quello della quota di legittima spettantegli.

⁵²⁰CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 545.

concreto tale diritto e cioè ad accertare (costitutivamente), nei confronti della successione che lo riguarda, l'ammontare della quota di riserva e, quindi, della lesione che ad essa hanno apportato le disposizioni del *de cuius*, nonché le modalità e l'ammontare delle riduzioni di dette disposizioni lesive.

2.8. Il *petitum* della domanda di riduzione che non necessita di formule sacramentali, è la richiesta rivolta al giudice di ottenere la quota di legittima assicurata dal diritto sostanziale che, nel caso concreto, non può essere soddisfatta, in tutto o in parte, a causa della presenza di disposizioni testamentarie o donazioni “eccedenti” la quota disponibile del *de cuius* che vanno perciò ridotte⁵²¹.

La *causa petendi* e cioè le ragioni che giustificano il *petitum*, è costituita dalla lesione della quota legittima attraverso disposizioni testamentarie o donazioni e presuppone, perciò, la qualità di legittimario e l'asserita lesione della quota di riserva⁵²².

Qualora manchi la lesione alla quota spettante per legge, il legittimario non ha diritto all'accoglimento dell'azione di riduzione e, neppure, se pretermesso, potrebbe utilizzare l'azione di riduzione per sentir dichiarare la sua qualità di erede⁵²³.

E' stato difatti osservato⁵²⁴ che il diritto del legittimario alla qualità di erede non significa, come nel sistema giustiniano, diritto del legittimario ad essere istituito erede e che la riduzione può disporsi soltanto in presenza di una effettiva lesione in senso economico (art. 554 e 555 cod. civ.) in mancanza della quale il giudice non potrebbe incidere sull'efficacia del testamento.

L'azione di riduzione, come anticipato, verte essenzialmente sul calcolo della disponibile da cui ricavare la quota riservata.

Per tale ragione, la giurisprudenza è estremamente rigorosa nel richiedere al legittimario l'esatta determinazione del valore della massa ereditaria e del valore della quota di legittima violata dal

⁵²¹ Per MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 230, la quota di eredità coincide con il diritto sostanziale. Appare innegabile che se il legittimario ha diritto a proporre un'azione che gli consente di ottenere una “quota di eredità”, è naturale concludere che egli abbia, ancor prima, il diritto sostanziale di conseguirla.

⁵²² Cass. 3 settembre 2013, n. 20143 cit., in *Diritto & Giustizia* 2013.; Cass. 16 novembre 2000, n. 14864 in *Giust. Civ. Mass.* 2000, fasc. 11, pag. 2348.

⁵²³ Si pensi al caso in cui il legittimario escluso dalla successione abbia ricevuto, in vita dell'ereditando, donazioni di valore sufficiente ad assicurargli il valore della quota.

⁵²⁴ MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 82.

testatore⁵²⁵.

Nella citazione introduttiva del giudizio, il legittimario che agisce in riduzione dovrà in primo luogo dedurre che il *de cuius*, attraverso atti *inter vivos* (donazioni dirette o indirette) o *mortis causa* (disposizioni testamentarie) ha leso la sua quota legittima; dovrà indicare e dimostrare l'effettiva lesione e a tal fine dovrà specificare la consistenza ed il valore dell'asse ereditario, comprensivo dei beni relitti (al netto dei debiti) e di quelli donati in vita dal *de cuius*; individuare la disposizione testamentaria o la donazione di cui chiede la riduzione (totale o parziale) per ottenere la quota che la legge gli riserva (*petitum*).

In diverse occasioni la giurisprudenza si è occupata del problema della continenza dell'azione di riduzione rispetto a quella di divisione e di collazione al fine di stabilire se il giudice, adito in divisione o collazione, possa o meno, pur in difetto di una formale domanda, disporre la riduzione di disposizioni testamentarie o di donazioni.

Divisione e riduzione, ad avviso della Suprema Corte⁵²⁶ costituiscono due rimedi processuali nettamente distinti, ognuno dei quali aventi una propria identità e configurazione autonoma.

Ciò non impedisce, tuttavia, alle parti di richiedere cumulativamente nello stesso giudizio, tanto la divisione quanto la riduzione, purchè sia rispettata la sostanziale diversità e autonomia dei due meccanismi processuali⁵²⁷.

Ne consegue che qualora le parti propongano soltanto una delle diverse domande, non è possibile che d'ufficio vengano prodotti anche gli effetti dell'altra non richiesta.

⁵²⁵Cass., 12 settembre 2002, n. 13310 in *Riv. notariato* 2003, pag. 234; Cass., 30 giugno 2011, n. 14473 in *Riv. notariato* 2012, fasc. 2, pag. 458 con nota di MUSOLINO afferma che "il legittimario che propone l'azione di riduzione ha l'onere di indicare entro quali limiti è stata lesa la legittima determinando con esattezza il valore della massa ereditaria nonché il valore della quota di legittima violata dal testatore. L'azione di riduzione, indipendentemente dall'uso di formule sacramentali, richiede, poi, oltre la deduzione della lesione della quota di riserva, l'espressa istanza di conseguire la legittima, previa determinazione di essa mediante il calcolo della disponibilità e la susseguente riduzione della donazione posta in essere in vita dal *de cuius*". Cass. 24 luglio 2012, n. 12919 cit., in *Giust. Civ. Mass.* 2012, fasc. 7-8, che, si ribadisce, ha definitivo gravemente carente la sentenza di merito che aveva statuito in ordine alla lesione di legittima, senza aver prima censito il patrimonio ereditario.

⁵²⁶ Cass. 21 gennaio 2007, n. 1408 in *Giur. It.* 2007, fasc. 8-9, pag. 1916 con nota di BARTOLUCCI; Cass. 29 marzo 2000, n. 3821 in *Giust. Civ. Mass.* 2000, pag. 656.

⁵²⁷ Così Cass. n. 1408/2007 cit., in *Giur. It.* 2007, fasc. 8-9, pag. 1916 Per Cass. 10 ottobre 2010, n. 22885 in *Giust. civ. Mass.* 2010, fasc. 11, pag. 1436, nel regime anteriore alla L. n. 353 del 1990, la domanda di riduzione è proponibile durante tutto il corso del giudizio di divisione di primo grado purchè la controparte accetti il contraddittorio (nella fattispecie esaminata, era stato rifiutato il contraddittorio e la relativa domanda considerata nuova).

La divisione ereditaria è lo strumento fornito dal legislatore per far cessare la situazione di comunione ereditaria determinandone lo scioglimento; in quella giudiziale è richiesto al giudice di attribuire a ciascun coerede situazioni proprietarie esclusive, previo accertamento dei diritti di ciascun coerede⁵²⁸.

La domanda di divisione si propone quando, costituitasi la comunione ereditaria in seguito alla apertura della successione legittima o testamentaria, gli eredi chiedono lo scioglimento e le conseguenti assegnazione delle porzioni o attribuzione dei beni.

Poiché anche la divisione comporta la collazione e la imputazione (art. 724 cod. civ.)⁵²⁹, carattere precipuo della domanda di divisione è che, con questa, nessun erede deduce di aver subito una lesione della quota di riserva: in altre parole, gli eredi tenuti alla collazione ed alla

⁵²⁸ Cass. 6 luglio 1977, n. 2893 in *Rep. Giur. It.* 1977, voce “divisione”, n. 12; Cass. n. 1408/2007 cit., in *Giur. It.* 2007, fasc. 8-9, pag. 1916

⁵²⁹ Si segnala che Cass. S.U. 20 giugno 2006 n. 14109 in *Riv. notariato* 2007, fasc. 4, pag. 948, ha così deciso: “*In tema di giudizio di divisione ereditaria, le caratteristiche del relativo procedimento - rappresentate dalla finalità che esso persegue, di porre fine alla comunione con riferimento all'intero patrimonio del de cuius, e dalla possibilità che esso si concluda, in luogo che con sentenza, con ordinanza che, sull'accordo delle parti, dichiari esecutivo il progetto divisionale - non sono di per sé sufficienti a giustificare deroghe alle preclusioni tipiche stabilite dalla legge per il normale giudizio contenzioso; pertanto, vanno dichiarate inammissibili, ai sensi dell'art. 167, comma 2, c.p.c., le domande di nullità o di simulazione dirette a far rientrare determinati beni nell'asse ereditario proposte, per la prima volta, in sede di discussione del progetto divisionale*”.

Le Sezioni Unite chiariscono che il carattere universale del giudizio di divisione (deve cioè comprendere tutti i beni relitti), non è assoluto ben potendo le parti, successivamente, chiedere un supplemento di divisione con riferimento ad altri beni oggetto di atti simulati o nulli posti in essere dal *de cuius*. La tendenziale finalità del giudizio di divisione di porre fine allo stato di comunione con riferimento all'intero patrimonio relitto del *de cuius* non può prescindere dalla disciplina del processo che vieta al giudice di decidere le domande tardivamente proposte o di ricercare beni da ritenere inclusi nel patrimonio relitto dal *de cuius* non indicati dalle parti come elementi della massa ereditaria da dividere.

Cass. 28 dicembre 2011, n. 29372 in *Giust. Civ. Mass.* 2011, fasc. 12 ha esteso il principio predicato dalle Sezioni Unite all'ipotesi di collazione. Ha osservato che la *ratio* sottesa alla decisione delle Sezioni Unite è quella di impedire che nel giudizio di divisione, dopo la costituzione dei convenuti, possa essere richiesta la formazione di quote diverse con riferimento al patrimonio ereditario che le parti hanno individuato nei loro scritti difensivi iniziali. Ne consegue che, sebbene enunciato specificamente per le domande di nullità o simulazione dirette a far rientrare nel patrimonio da dividere i beni oggetto delle relative disposizioni, in presenza della medesima *ratio*, il principio individuato va esteso anche alla collazione che persegue la finalità di far rientrare alla comunione determinati beni. In motivazione ha chiarito che non può ritenersi ammissibile una richiesta formulata dal convenuto successivamente alla sua costituzione (art. 167, secondo comma cod. civ.) (o dall'attore nella citazione introduttiva) volta a richiedere la collazione di specifici beni argomentando dal fatto che, essendo la domanda diretta all'esatta ricostruzione sia del *relictum* che del *donatum*, costituisce una operazione connaturale al giudizio di divisione cui il giudice sarebbe tenuto d'ufficio. Così ragionando, sostiene la Corte, si ammette “*un potere del giudice di andare alla ricerca di beni da ritenere inclusi nel patrimonio relitto dal de cuius e non indicati dalle parti*”.

Pertanto, le istanze di collazione sono soggette alla preclusione della loro deduzione negli atti introduttivi.

imputazione non affermano che quanto dal defunto, direttamente o indirettamente, sia stato donato abbia ecceduto la disponibile.

Il giudizio di divisione ha struttura unitaria pur articolandosi in due fasi: la prima, logicamente antecedente, volta ad accertare il diritto di ciascuno dei coeredi (attraverso la ricostruzione dell'asse ereditario, la collazione e le imputazioni) e, la seconda, volta a determinare le quote spettanti a ciascuno.

Il *petitum* dell'azione di divisione che delimita i poteri del giudice è lo scioglimento della comunione e perciò la richiesta di attribuzione in proprietà esclusiva a ciascun coerede di una frazione dei beni comuni; la *causa petendi*, è data dalla semplice qualità di erede legittimo o testamentario e dallo stato di comunione⁵³⁰.

Nel giudizio di divisione, pertanto, il giudice non può accertare, se non in violazione del principio della domanda e perciò con ultrapetizione, ciò che non gli è stato richiesto e cioè che una o più disposizioni abbiano ecceduto la porzione di cui il testatore poteva disporre e, a causa di esse, l'assenza di una comunione degli eredi su una quantità di beni idonea ad assicurare il soddisfacimento delle quote dei legittimari.

Tale è invece il contenuto della domanda di riduzione che si propone nel caso in cui le disposizioni testamentarie o le donazioni siano eccedenti la quota di cui il defunto poteva disporre e che ha come scopo, anzitutto, la determinazione dell'ammontare concreto della quota di legittima: vale a dire, della quota di cui il defunto poteva disporre e di stabilire come ed in quale misura le singole disposizioni testamentarie o le donazioni debbano ridursi per integrare la legittima⁵³¹.

Causa petendi del giudizio di riduzione è la qualità di legittimario leso nella sua quota se non addirittura pretermesso, diversamente da quella dell'azione di divisione che è invece la qualità di erede in comunione.

Anche il *petitum* della riduzione è diverso e più ampio di quello della divisione perché consiste nella richiesta di recuperare alla comunione ed indipendentemente dalla divisione, beni oggetto di disposizione lesiva.

La domanda di riduzione non può perciò considerarsi "implicitamente" contenuta in quella di divisione, stante la diversità

⁵³⁰ Così Cass. 16 novembre 2000, n. 14864 cit., in *Giust. Civ. Mass.* 2000, fasc. 11, pag. 2348.

⁵³¹ Così, in motivazione, Cass. 16 novembre 2000, n. 14864 cit., in *Giust. Civ. Mass.* 2000, fasc. 11, pag. 2348.

di *causa petendi* (qualità di legittimario la prima e di erede la seconda) e di *petitum*⁵³².

Lo stesso legittimario che agisce in riduzione, qualora pretermesso, ancorchè proponga domanda con *petitum* più ampio, non può richiedere, se non in via successiva, la divisione che presuppone quella qualità di erede che il legittimario acquista, nell'ipotesi prospettata, soltanto a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di riduzione.

In conclusione, le domande di riduzione e di divisione possono essere proposte congiuntamente nel medesimo processo ma debbono essere formulate individuando compiutamente i relativi tratti distintivi (*causa petendi* e *petitum*); in mancanza, l'azione di riduzione non può ritenersi "implicitamente" contenuta in quella di divisione e, qualora proposta nel corso del processo, si considera nuova domanda⁵³³, perciò inammissibile.

Ulteriore questione attiene ai rapporti tra richiesta di collazione⁵³⁴ delle donazioni ricevute in vita, formulata nel processo di divisione tra coeredi discendenti, e l'azione di riduzione.

Secondo una recente sentenza⁵³⁵ le domande di hanno natura di semplici difese, proponibili in ogni fase della causa, poichè sia l'individuazione del *relictum*, da computare detraendone i pesi e debiti ereditari, sia quella del *donatum*, sia l'imputazione alla quota dell'attore di ciò che egli abbia ricevuto a titolo gratuito dal *de cuius*, sono operazione connaturali ai giudizi di reintegrazione nella legittima che possono essere valutate indipendentemente dalla formale proposizione di domande riconvenzionali in tal senso da parte del convenuto.

L'indicata pronuncia, non in linea con le regole processuali enunciate dalle Sezioni Unite del 2006⁵³⁶, è stata oggetto di critica da parte di

⁵³² Cass. 10 novembre 2010, n. 22885 cit., in *Giust. civ. Mass.* 2010, fasc. 11, pag. 1436.

⁵³³ Cass. 27 aprile 1993, n. 4923 in *Giust. civ. Mass.* 1993, fasc. 4, pag. 759, ha ritenuto inammissibile la domanda di riduzione di una donazione non proposta con l'atto introduttivo del giudizio di divisione, ma soltanto nel corso del giudizio di secondo grado.

⁵³⁴ Cfr. *supra*, § 11, pag. 153 e ss.

⁵³⁵ Cass. 17 giugno 2011 n. 13385 in *Giust. civ. Mass.* 2011, fasc. 6, pag. 922; precedentemente, nello stesso senso, Cass. 12 maggio 1999, n. 4698 in *Notariato* 2000, pag. 138 con nota di SARTORE.

⁵³⁶ Cass. S.U. 20 giugno 2006, n. 14109 in *Riv. Notariato* 2007, fasc. 4, pag. 948 secondo cui vanno dichiarate inammissibili le domande di nullità o di simulazione dirette a far rientrare determinati beni nell'asse ereditario proposte, per la prima volta, in sede di discussione del progetto divisionale.

un successivo intervento della giurisprudenza di legittimità⁵³⁷ secondo la quale: “*non può pertanto condividersi quanto affermato da una più recente sentenza di questa S.C. e cioè che nel giudizio di reintegrazione della quota di riserva, non costituiscono domande nuove e sono conseguentemente ammissibili, anche se formulate per la prima volta in appello, le richieste volte all'esatta ricostruzione sia del relictum che del donatum, mediante l'inserimento di beni, liberalità o l'indicazione di pesi o debiti del de cuius, trattandosi di operazioni connaturali al giudizio medesimo cui il giudice è tenuto d'ufficio ed al le quali si può dare corso nei limiti in cui gli elementi acquisiti lo consentono, indipendentemente dalla formale proposizione di domande riconvenzionali in tal senso da parte del convenuto (sent. 17 giugno 2011 n. 13385). In tal modo si ipotizza, infatti, a tacer d'altro, addirittura un potere del giudice di andare alla ricerca di beni da ritenere inclusi nel patrimonio relitto dal de cuius e non indicati dalle parti come elementi della massa ereditaria da dividere di cui non vi è traccia nella legge e che è stato espressamente escluso dalla citata sentenza dello Sezioni Unite*”.

In realtà, tra la domanda di collazione e di riduzione esistono sostanziali differenze che escludono che la riduzione possa ritenersi implicitamente contenuta nell'altra per cui, in difetto di puntuale proposizione, la richiesta di collazione non include la domanda di riduzione.

Difatti, nella prima, il *petitum* ha per oggetto la ricomposizione, in modo reale, dell'asse ereditario mentre, nella riduzione, ha ad oggetto l'attribuzione della quota di legittima intaccata dalle impugnate disposizioni lesive; la *causa petendi* della collazione trova fondamento nel diritto dei coeredi discendenti di conseguire nella divisione proporzioni eguali mentre nell'azione di riduzione il fondamento è la lesione della quota di legittima⁵³⁸.

Le differenze tra azione di riduzione e di collazione sono rimarcate in una recente pronuncia che ha escluso che i legittimari pretermessi, non eredi, potessero agire in collazione nei confronti di altro legittimario senza aver previamente esperito l'azione di riduzione⁵³⁹.

⁵³⁷ Cass. 28 dicembre 2011, n. 29372 in *Giust. Civ. Mass.* 2011, fasc. 12.

⁵³⁸ Cass. 29 luglio 1994, n. 7142 in *Giust. civ. Mass.* 1994, pag. 1036.

⁵³⁹ Cass. 13 gennaio 2010, n. 368 in *Giust. Civ.* 2011, 1, pag. 217 con nota di PARDI, si è occupata di una fattispecie nella quale era stata istituita unica erede la moglie superstite del *de cuius* e pretermessi tutti i figli, tra cui uno beneficiario di donazioni indirette dal comune genitore. Rilevato che i figli (non donatari) non avevano agito in riduzione nei confronti del

Difatti, ad avviso della Suprema Corte, “*considerato che il legittimario totalmente pretermesso dall'eredità acquista la qualità di erede solo in conseguenza del positivo esercizio dell'azione di riduzione*⁵⁴⁰, è evidente che i figli [pretermessi dal donante nella fattispecie esaminata] non avevano acquisito la qualità di eredi di quest'ultimo; pertanto è insussistente nella specie il presupposto oggettivo per l'operatività della collazione, ovvero la comunione ereditaria sui beni relitti dal "de cuius", considerato che il diritto dei coeredi di chiedere la divisione ed il connesso diritto alla collazione postulano l'assunzione della qualità di erede”⁵⁴¹.

2.9. La domanda di riduzione “*delle donazioni e delle disposizioni testamentarie*” è soggetta a trascrizione⁵⁴².

La natura eccezionale delle norme in materia di trascrizione non consente di estendere, diversamente da quanto autorevolmente sostenuto⁵⁴³, tale disposizione alla riduzione delle quote *ab intestato* spettanti agli eredi legittimi-non legittimari (art. 553 cod. civ.).

La trascrizione della domanda (art. 2652, n. 8 cod. civ.), oltre a rendere opponibile la sentenza di riduzione ai terzi aventi causa del beneficiario della disposizione lesiva, per la natura costitutiva della decisione, produce un effetto ulteriore che si può riportare all'esigenza di certezza dei rapporti.

Difatti, trattandosi di domanda destinata, se accolta, a incidere sugli acquisti dei terzi, al fine di evitare una protrazione eccessiva dello stato di incertezza di tali acquisti, è soggetta ad un onere di trascrizione entro un termine, decorso il quale, viene meno il naturale effetto di opponibilità⁵⁴⁴.

fratello, bensì in collazione e divisione, ritiene corretta la decisione del giudice di merito che aveva escluso la sussistenza di una comunione ereditaria e l'operatività della collazione che presuppone un asse ereditario attribuito congiuntamente agli eredi e da dividere tra di essi.

⁵⁴⁰ Cass. 15 giugno 2006 n. 13804 in *Giust. civ. Mass.* 2006, fasc. 6; Cass. 29 maggio 2007 n. 12496 in *Il civilista* 2008, fasc. 7-8, pag. 20 con nota di FABIANI.

⁵⁴¹ Nel medesimo senso, Cass. 30 ottobre 1992, n. 11831 in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 10.

⁵⁴² L'art. 2652, n. 8 cod. civ. prevede la trascrizione della domanda di riduzione. Su alcune tematiche relative alla trascrizione, cfr. *supra*, §4.3., pag. 81.

⁵⁴³ NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano 1973, III, pag. 143 e ss. il quale ritiene che l'azione di riduzione potrebbe essere proposta anche nel caso di successione devoluta in tutto o in parte *ab intestato*, contro i coeredi legittimi non legittimari (es.: fratelli e sorelle), secondo la previsione dell'art. 533 cod. civ. L'indicata situazione si verifica tutte le volte in cui non è possibile soddisfare i legittimari per la preesistenza di donazioni e l'incapienza del *relictum* qualora ad esso partecipino anche gli eredi *ab intestato*. Per la non necessità di proporre domanda di riduzione in tali evenienze e per la riduzione automatica, cfr. *infra*, 1.1.6.

⁵⁴⁴ CORBO, *La tutela dei diritti*, Torino 2014, pag. 66-67.

L'art. 2652, n. 8 cod. civ., nella parte in cui onera il legittimario di trascrivere la domanda di riduzione entro dieci anni dall'apertura della successione disponendo che, in caso di trascrizione tardiva, *la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda*, ha portata sostanziale perché, come sostenuto dalla giurisprudenza⁵⁴⁵, rende inattaccabile l'acquisto del terzo qualora la trascrizione della riduzione avvenga oltre il decimo anno dal decesso del *de cuius*.

In altri termini, l'acquisto del terzo è fatto salvo se la domanda sia stata trascritta dopo più di dieci anni dall'apertura della successione e l'atto del terzo, a titolo oneroso, risulti trascritto anteriormente.

Qualora, invece, si trattasse di atto a titolo gratuito, gli effetti della sentenza di riduzione la cui domanda risulti trascritta oltre il decennio, si propagano comunque verso il terzo acquirente⁵⁴⁶.

Pertanto, se il legittimario trascrive entro il decennio dal decesso del *de cuius*, la sentenza di riduzione, totale o parziale, sarà opponibile al terzo acquirente nei cui confronti, alle condizioni previste dall'art. 563 cod. civ. (mancato decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione, previa escussione dei beni del donatario e mancato esercizio del diritto di riscatto da parte del terzo), il legittimario potrà agire in restituzione, ancorché il terzo abbia trascritto il proprio acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di riduzione.

In tali ipotesi non sempre è applicabile la disciplina dell'art. 563 cod. civ..

Difatti, qualora il terzo acquisti successivamente alla trascrizione della domanda di riduzione, di fatto acquista un diritto controverso con conseguente applicazione dell'art. 111, terzo comma, cod. proc. civ., secondo cui la sentenza pronunciata contro l'alienante (donatario) spiega effetti anche nei confronti del suo avente causa (terzo acquirente) che è soggetto al giudicato allo stesso modo del suo autore.

Ne discende che il terzo non potrà invocare a proprio favore la fattispecie dell'art. 563 cod. civ.⁵⁴⁷ (restituzione nei confronti del terzo

⁵⁴⁵ Cass. 22 giugno 1965, n. 1309 in *Foro It.* 1966, I, col. 350, con nota di MORELLO, *Sugli effetti sostanziali della trascrizione della domanda di riduzione*.

⁵⁴⁶ CORBO, *La tutela dei diritti* cit., pag. 66-67.

⁵⁴⁷ BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit. pag. 705-706; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009, pag. 484.

acquirente) in presenza di fattispecie ex art. 561 cod. civ. (restituzione nei confronti del donatario) e quindi, ad esempio, far valere l'inutile decorso del termine ventennale o la previa escussione del donatario per far salvo il proprio acquisto ovvero esercitare il diritto di riscatto pagando l'equivalente del bene in danaro (art. 563, terzo comma, cod. civ.)⁵⁴⁸.

Si afferma in dottrina che qualora il legittimario abbia proposto nei confronti del beneficiario della disposizione lesiva nel medesimo processo non soltanto la domanda di riduzione tempestivamente trascritta ma anche quella di restituzione e, nelle more del giudizio, questi trasferisca ad un terzo la proprietà dei beni oggetto della disposizione impugnata, la sentenza di riduzione esplicherà efficacia riflessa nei confronti del terzo e, quella di restituzione, efficacia diretta di accertamento in punto di obbligo di restituzione gravante sul beneficiario nei confronti del terzo acquirente, succeduto in tale obbligo ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ.⁵⁴⁹.

La sentenza di restituzione (emanata nei confronti del dante causa), non sarà però eseguibile nei confronti del terzo ed il legittimario non potrà procedere in via esecutiva, ma dovrà in un autonomo giudizio di restituzione, procurarsi il titolo.

Del resto, si osserva in dottrina⁵⁵⁰, l'indicata conclusione risponde a motivi di opportunità.

Difatti, la restituzione della cosa da parte dell'avente causa è in ogni caso subordinata alla previa escussione dei beni del donatario e al mancato esercizio del diritto di riscatto da parte del terzo acquirente.

⁵⁴⁸ Per il coordinamento tra il termine ventennale e la salvezza dell'art. 2652, n. 8, cod. civ., cfr. *supra*, §4.3.

⁵⁴⁹ PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, pag. 175.

⁵⁵⁰ TRIOLA, *La tutela del legittimario cit.*, pag. 100.

§3 L'azione di restituzione nei confronti del beneficiario.

3. Una volta passata in giudicato, la sentenza che ha dichiarato la riduzione determina l'inopponibilità al legittimario della disposizione lesiva e perciò la sua inefficacia relativa, totale o parziale, con effetti *ex tunc*.

Per essere effettivamente reintegrato nella legittima, il legittimario dovrà però agire in restituzione verso i beneficiati dal *de cuius*, per conseguire i beni oggetto della disposizione inefficace nei suoi confronti.

Non è, tuttavia, necessario l'esperimento di autonoma azione quando il legittimario è già nel possesso dei beni (si pensi al caso in cui i legittimari non abbiano ancora consegnato ai legatari i beni loro attribuiti dal *de cuius*) o quando, a seguito di riduzione di una disposizione a titolo universale, è stato reintegrato in una quota astratta di eredità⁵⁵¹.

Se Tizio, vedovo con due figli, nomina erede universale soltanto un figlio, il secondo, con l'azione di riduzione diverrà erede del terzo dell'eredità equivalente alla sua quota di riserva che si trasformerà in beni concreti soltanto attraverso la divisione amichevole o giudiziale.

Quando invece sono state ridotte disposizioni a titolo particolare (legati o donazioni) o a titolo universale aventi ad oggetto beni specifici, il legittimario dovrà agire in restituzione nei confronti del beneficiato.

L'opinione dottrinale prevalente⁵⁵² distingue nettamente l'azione di riduzione da quella di restituzione e afferma che le regole di riduzione dei beni immobili e mobili determinati contenute nell'art. 560 cod. civ. di fatto disciplinano la restituzione di beni determinati.

Osserva che la norma citata, presupponendo una sentenza di riduzione parziale⁵⁵³ e quindi uno stato di comunione tra legittimario e beneficiario sul bene, persegue anche una funzione divisoria⁵⁵⁴.

L'azione di restituzione nei confronti del beneficiario della

⁵⁵¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 568.

⁵⁵² Per tutti, MENGONI, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 309 e ss.

⁵⁵³ Quando la disposizione avente ad oggetto un bene determinato (immobile o mobile) è totalmente lesiva, la riduzione è totale ed allora il bene va restituito al legittimario nella sua integralità, senza alcuna necessità, ad esempio, di separarne una parte in caso di comoda divisibilità (art. 560, primo comma cod. civ.) o di ricorrere, in caso di non comoda separabilità, alle regole previste dai successivi commi.

⁵⁵⁴ MENGONI, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 286 e ss.; NAPPA, *La successione necessaria*, Padova 1999, pag. 157

disposizione lesiva presuppone che il bene sia ancora nella titolarità di costui che è perciò legittimato passivo allo stesso modo di come lo è nell'azione di riduzione.

Anche l'azione di restituzione in oggetto, al pari della riduzione, ha natura personale perché la domanda è rivolta nei confronti di soggetto predeterminato.

Nonostante nelle azioni di riduzione e di restituzione nei confronti del beneficiario le parti coincidano⁵⁵⁵, le due azioni sono pienamente autonome in quanto la restituzione presuppone, logicamente, il vittorioso esperimento della riduzione.

Pertanto, pur potendo essere proposte congiuntamente nel medesimo giudizio per la coincidenza delle parti, nulla esclude che la restituzione venga azionata in un secondo momento, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di riduzione.

Causa petendi della restituzione è l'inopponibilità al legittimario della disposizione lesiva e perciò il contenuto della sentenza di riduzione; il *petitum* è la richiesta di restituzione del bene in natura ovvero il suo equivalente monetario qualora sia stato trasferito a terzi o sia perito per causa imputabile al beneficiario.

In caso di trasferimento a terzi del bene oggetto di disposizione lesiva, non sempre il legittimario ottiene la restituzione in natura del bene; l'art. 563, primo comma, cod. civ. condiziona l'esercizio dell'azione restitutoria nei confronti dei terzi alla previa infruttuosa escussione dei beni del donatario⁵⁵⁶.

La dottrina⁵⁵⁷ ha chiarito che l'indicata disciplina ed in particolare l'obbligo del donatario (o del beneficiario) di corrispondere al legittimario il valore del bene trasferito a terzi, non autorizza a sostenere che il diritto alla legittima in natura si trasformi in un diritto di credito al relativo valore.

Difatti, il valore della legittima va calcolato al momento dell'apertura della successione, attraverso la riunione fittizia prevista dall'art. 556 cod. civ.⁵⁵⁸ e, pertanto, se la legittima fosse davvero un diritto di credito, la somma dovuta dal donatario al legittimario dovrebbe essere equivalente al valore del bene trasferito a terzi al momento

⁵⁵⁵ Legittimati attivi sono i singoli legittimari o i soggetti indicati nell'art. 557 cod. civ. e legittimati passivi i beneficiari della disposizione lesiva.

⁵⁵⁶ Art. 563, primo comma, cod. civ. "*premessa l'escussione dei beni del donatario ...*".

⁵⁵⁷ MENGONI, *Successioni per causa di morte cit.*, pag. 307.

⁵⁵⁸ Cfr. Cap. I, § 3.

dell'apertura della successione.

Il concetto di legittima in valore (e cioè il diritto al valore di una quota di beni), si osserva, è diverso dal concetto di valore dei beni in natura che si determina con riferimento al valore venale del bene al momento della sentenza.

La stessa Suprema Corte ha chiarito che se non è possibile per il legittimario ottenere la quota in natura, è necessario, per assicurargli l'esatto equivalente del bene, liquidare a suo favore una somma di denaro pari al valore di detto bene, la cui stima deve essere eseguita con riguardo alla data della pronuncia giudiziale⁵⁵⁹.

3.1. Se dopo la riduzione delle quote intestate o indipendentemente da essa⁵⁶⁰ permane l'incapienza, dovranno ridursi le altre disposizioni seguendo l'ordine previsto dalla legge: prima si riducono le disposizioni testamentarie (art. 555, secondo comma, cod. civ.⁵⁶¹) e, infine, le donazioni, partendo dall'ultima in ordine cronologico e risalendo alla prima (art. 559 cod. civ.)⁵⁶².

⁵⁵⁹ Cass. 23 ottobre 2001, n. 13003 in *Giur. It.* 2002, pag. 1608; per Cass. 19 marzo 2010, n. 6709 in *Giust. Civ. Mass.* 2010, fasc. 3, “*Nel procedimento per la reintegrazione della quota di eredità riservata al legittimario, si deve avere riguardo al momento di apertura della successione per calcolare il valore dell'asse ereditario - mediante la cosiddetta riunione fittizia - stabilire l'esistenza e l'entità della lesione della legittima, nonché determinare il valore dell'integrazione spettante al legittimario leso. Peraltro, qualora tale integrazione venga effettuata mediante conguaglio in denaro, nonostante l'esistenza, nell'asse, di beni in natura, trattandosi di credito di valore e non già di valuta, essa deve essere adeguata al mutato valore - al momento della decisione giudiziale - del bene a cui il legittimario avrebbe diritto, affinché ne costituisca l'esatto equivalente, dovendo pertanto procedersi alla relativa rivalutazione*”.

Per Cass. 19 maggio 2005 n. 10564, in *Giur. It.* 2005, pag. 2268, con nota di BERGAMO, *Appunti su debito di valuta e legittima ereditaria*. “*Il credito del legittimario, nel caso in cui non gli si attribuisca la quota dei beni ereditari in natura, ma in denaro, non è di valuta, ma di valore. Pertanto, operandosi La "aestimatio rei" per il soddisfacimento del suo diritto, bisogna avere riguardo alla quantità di denaro occorrente per attribuirgli il valore della quota che aveva diritto di conseguire, e ne deriva che la rivalutazione monetaria finalizzata a tale risultato può essere correttamente effettuata sulla base delle variazioni Istat sul costo della vita, che deve ritenersi criterio ragionevole di adeguamento del valore del denaro al momento della pronuncia*”.

Per ulteriori riferimenti, TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 110 e ss.; SESTA, *Codice delle successioni e donazioni* cit., pag. 997.

⁵⁶⁰ Si pensi all'ipotesi in cui il testatore abbia disposto di tutti i propri beni per testamento e non risulti configurabile un concorso tra legittimari ed eredi legittimi.

⁵⁶¹ “*Le donazioni non si riducono se non dopo esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento*”.

⁵⁶² In estrema sintesi: di fronte ad un testamento con cui non si è disposto di tutti i beni (es.: beni relitti = 100 e disposizioni testamentarie per 50), si apre la successione testamentaria e legittima. Si riducono dapprima le quote *ab intestato* dei non legittimari (art. 553 cod. civ.) e poi quelle testamentarie (art. 554 cod. civ.) per garantire al legittimario di ottenere la propria quota. Se il testamento non lede la quota di riserva, si riducono le donazioni. Qualora il testatore abbia disposto dell'intero patrimonio per testamento e leso attraverso esso i diritti dei legittimari, si ridurranno, in misura proporzionale, le attribuzioni ai chiamati senza distinguere tra eredi e legatari (art. 558, primo comma cod. civ.) e se tali

Diversamente dalle quote *intestate*, le disposizioni testamentarie e le donazioni non si riducono automaticamente ma soltanto per effetto della sentenza di riduzione.

Il testatore non può modificare l'indicato criterio di priorità legale e disporre, ad esempio, che la riduzione si attui dapprima sulle donazioni e poi sulle disposizioni testamentarie poiché una simile volontà si tradurrebbe in una vera e propria revoca della donazione, ammessa dalla legge soltanto nelle ipotesi tassative (ingratitude e sopravvenienza di figli) contemplate dall'art. 800 cod. civ.⁵⁶³.

Invece, nell'ambito delle disposizioni testamentarie, l'art. 558, secondo comma, cod. civ., consente al testatore una limitata facoltà di scelta nella parte in cui prevede che *“se il testatore ha dichiarato che una sua disposizione deve avere effetto a preferenza delle altre, questa disposizione non si riduce, se non in quanto il valore delle altre non sia sufficiente a integrare la quota riservata ai legittimari”*⁵⁶⁴.

Pertanto, il testatore potrà certamente favorire, nell'ambito degli eredi (o legatari) uno o più istituiti rispetto ad altri sino ad annullare in *toto*, in caso di lesione di legittima, le attribuzioni fatte ai non favoriti.

Non potrà, invece, pur di salvaguardare uno o più eredi testamentari, costringere il legittimario a ridurre le donazioni poiché una simile volontà modificherebbe il criterio inderogabile di priorità enunciato dall'art. 555, secondo comma, cod. civ..

L'art. 554 cod. civ. sancisce che le disposizioni testamentarie eccedenti la quota disponibile sono soggette a riduzione entro i limiti della quota medesima e l'art. 558, primo comma, cod. civ. prevede che la riduzione delle disposizioni testamentarie avvenga proporzionalmente, senza distinguere tra eredi e legatari.

Il criterio principale di riduzione è quindi quello proporzionale, nel

riduzioni risultassero ancora insufficienti a garantire la legittima, si ridurrebbero le donazioni. Ovviamente, se a fronte di plurime disposizioni testamentarie una soltanto fosse lesiva, non opererà la riduzione proporzionale ma verrà ridotta esclusivamente quella eccedente.

⁵⁶³ Cass. 24 febbraio 1955, n. 563 in *Giur. Compl. Cass. civ.* 1955, II, pag. 154.

⁵⁶⁴ Per MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 274, poiché la legge non esige che la deroga al criterio proporzionale sia espressa, la relativa volontà del testatore può essere desunta, indirettamente, dal complesso delle disposizioni testamentarie. Secondo la Suprema Corte, la preferenza non deve essere dichiarata espressamente, ma può essere anche implicita nel senso indicato dalla citata dottrina (Cass. 24 maggio 1962, n. 1206 in *Giust. Civ.* 1962, I, pag. 1864) e deve risultare dalle dichiarazioni del testatore, non essendo lecito desumerla dai motivi della disposizione a meno che la dichiarazione dei motivi del lascito sia formulata in modo tale da costituire una manifestazione di preferenza (Cass. 16 febbraio 1966, n. 486 in *Foro It.* 1966, I, col. 1459).

senso che la riduzione deve essere fatta in modo tale da conservare tra le disposizioni ridotte la medesima proporzione voluta dal testatore⁵⁶⁵, al fine di rispettare la sua volontà presunta almeno sotto il profilo della proporzionalità⁵⁶⁶.

Proprio per tale ragione è consentito al testatore derogare al criterio proporzionale e fissare un criterio di riduzione diverso (es.: stabilire che un legato di alimenti non si riduca oltre quanto strettamente necessario per i bisogni del legatario) non potendosi obiettare che il citato secondo comma dell'art. 558 cod. civ., per costituire eccezione al principio di proporzionalità, sia di stretta interpretazione.

Difatti, se il testatore può disporre l'esenzione totale dal criterio proporzionale di una sua disposizione, a maggior ragione può disporre l'esenzione parziale⁵⁶⁷.

La riduzione proporzionale non modifica l'istituzione di erede⁵⁶⁸ che rimane integra nella quota fissata dal testatore, pur quando il compendio ereditario venga assorbito, in tutto o in parte, dalla riduzione.

Lo stesso non può però dirsi per i legati che, avendo ad oggetto beni determinati, possono svanire in tutto o in parte a causa della riduzione. La domanda di riduzione non è necessariamente rivolta verso beni in concreto; difatti, nelle disposizioni a titolo universale il legittimario chiede una modifica delle quote indicate dal testatore.

E così, se ad esempio Tizio ha istituito suo erede universale l'unico figlio Caio, il coniuge superstite, pretermesso, agirà in riduzione nei confronti di Caio rivendicando la propria legittima equivalente ad un terzo (art. 542 cod. civ.) e lo stesso farà qualora risultasse istituito in misura inferiore ad un terzo (es.: tre quarti all'unico figlio ed un quarto al coniuge).

La sentenza che accoglie la relativa domanda comporterà così una vera e propria modificazione delle quote dell'originaria vocazione

⁵⁶⁵ Per MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 271, *l'utile netto di ciascun lascito ridotto deve trovarsi col valore della quota disponibile del relictum nel medesimo rapporto il cui lascito originario (da ridurre) si trova col valore complessivo delle disposizioni riducibili.*

⁵⁶⁶ APICELLA-CARBONE, *Successioni e donazioni* a cura di Carbone, Milano 2011, pag. 93.

⁵⁶⁷ FERRI, *Dei legittimari* cit., pag. 217 e 218. Nello stesso senso, TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 104.

⁵⁶⁸ L'istituzione di erede prescinde dagli elementi che compongono l'asse ereditario (cfr., TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 101).

testamentaria⁵⁶⁹ e la costituzione di una comunione ereditaria per le quote attribuite in sentenza tra il legittimario (pretermessso o leso) vittorioso in riduzione e gli altri eredi.

Situazione simile si verifica nell'ipotesi di divisione, nulla *ex art. 735*, primo comma, cod. civ., operata direttamente dal testatore nella quale questi non abbia compreso alcuno dei legittimari.

L'accoglimento della domanda di riduzione proposta dall'escluso determina la costituzione *ex novo* di una comunione ereditaria sui beni ereditari, prima inesistente a causa della divisione operata direttamente dal testatore, estesa anche al legittimario a cui competerà il possesso *pro indiviso* sui beni ereditari per una quota pari a quella di riserva⁵⁷⁰.

Una deroga alla regola generale secondo cui nelle disposizioni a titolo universale la riduzione non è rivolta verso beni concreti si verifica nella divisione operata dal testatore il quale, anziché escludere come nella precedente fattispecie, uno o più legittimari (art. 735, primo comma, cod. civ.), lo istituisca in parte dei beni di valore inferiore alla sua quota di riserva (art. 735, secondo comma, cod. civ.⁵⁷¹).

In tal caso, il legittimario leso che ha ricevuto beni specifici di valore inferiore alla legittima, agisce contro il coerede o i coeredi chiedendo la riduzione dei beni che il testatore ha attribuito in eccedenza all'altro (o agli altri)⁵⁷².

Qualora il testatore abbia istituito un solo erede e la disposizione venga totalmente caducata dalla riduzione, non si costituirà alcuna comunione ereditaria ed il legittimario avrà diritto alla restituzione di tutti i beni ereditari⁵⁷³.

Nelle disposizioni a titolo particolare (legati o donazioni) la riduzione è rivolta nei confronti di beni determinati (oggetto di legato e di donazione).

In tal caso, diversamente da quanto avviene nelle disposizioni a titolo universale, più che ad una modifica della delazione ereditaria, si assiste ad una sua integrazione sotto il profilo della consistenza dei beni ereditari⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, Vol. I, Milano 2011, pag. 995.

⁵⁷⁰ DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008, pag. 49.

⁵⁷¹ La norma recita: "Il coerede che è stato leso nella quota di riserva può esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi".

⁵⁷² MENGONI, *Successione necessaria* cit., pag. 235.

⁵⁷³ BIANCA, *La famiglia. Le successioni* cit., pag. 702.

⁵⁷⁴ SESTA, *Codice delle successioni e donazioni* cit., pag. 995.

In altri termini, sul bene oggetto di riduzione parziale, la sentenza di accoglimento produce una contitolarità tra il legittimario e il legatario o donatario, una comunione ordinaria *pro quota* che non presenta i caratteri propri della comunione ereditaria⁵⁷⁵.

In caso di riduzione totale, il legittimario potrà chiedere la restituzione integrale del bene.

Una volta ridotte le disposizioni testamentarie (a titolo universale o particolare) lesive ovvero, in mancanza di testamento, in presenza di lesione il legittimario potrà chiedere la riduzione delle donazioni.

Si ritiene utile chiarire che non sempre è necessario ridurre prima le disposizioni testamentarie e poi le donazioni.

Difatti, le prime vanno ridotte soltanto se eccedenti la quota disponibile per cui, quando le disposizioni testamentarie non eccedono la disponibile e non risultano comunque lesive, si procede direttamente alla riduzione delle donazioni come avviene nell'esempio che segue: Tizio ha un patrimonio di 150 e lascia a sé superstiti i due figli Primo e Secondo; in vita ha donato 100 all'estraneo Caio e ha disposto di altri 50 per testamento in favore di Primo. Poiché la quota di riserva di Primo è esattamente equivalente a 50 (due terzi di 150 diviso due ex art. 537 cod. civ.), Secondo, preterito, chiederà direttamente la riduzione della donazione disposta in favore di Caio⁵⁷⁶.

3.2. Le donazioni non si riducono proporzionalmente come le disposizioni testamentarie perché costituiscono atti irrevocabili⁵⁷⁷.

La stessa regola sancita dall'art. 559 cod. civ. secondo cui le donazioni si riducono cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori è basata sul medesimo principio dell'irrevocabilità poiché, se si ammettesse il contrario, si consentirebbe al donante di revocare una donazione già fatta con una posteriore, in contrasto con l'irrevocabilità quale discende dalla natura contrattuale dell'atto⁵⁷⁸.

La regola del criterio cronologico previsto dell'art. 559 cod. civ. è perciò inderogabile, diversamente da quanto accade, entro i limiti dell'art. 558, secondo comma, cod. civ., per il criterio di

⁵⁷⁵ DELLE MONACHE, *Successione necessaria* cit., pag. 47-49; SESTA, *Codice delle successioni e donazioni* cit., pag. 995.

⁵⁷⁶ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 2002, pag. 308.

⁵⁷⁷ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2009 cit., pag. 538.

⁵⁷⁸ TRIOLA, *La tutela del legittimario*, pag 104; Cass. 24 febbraio 1955, n. 563 in *Giust. Civ.* 1955, I, pag. 1333.

proporzionalità⁵⁷⁹.

Non va però taciuto che a seguito della novella del 2005, un diverso ordine di riduzione delle donazioni potrebbe essere causato dalla volontà del legittimario.

E' stato difatti osservato⁵⁸⁰ che il meccanismo dell'opposizione alla donazione e della rinuncia all'opposizione costituisce strumento idoneo a sovvertire proprio la regola dettata dal legislatore con l'art. 559 cod. civ..

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi in cui, in presenza di due donazioni successive, gli aventi diritto rinuncino all'opposizione nei confronti dell'ultima donazione e si oppongano invece alla prima.

Ad avviso dell'indicata dottrina, sul piano dell'ordine della riduzione, il legittimario dovrà sempre aggredire per prima la donazione più recente (quella per la quale, nell'esempio fatto, rinunciò al diritto di opposizione), anche se non avrà la possibilità di agire in restituzione verso i terzi acquirenti del bene o dei diritti oggetto di quella donazione.

Per le donazioni si segue inderogabilmente l'ordine cronologico ascendente previsto dall'art. 559 cod. civ. come nel seguente esempio: Tizio, con due figli Primo e Secondo, lascia un patrimonio di 160 ed in vita ha effettuato una prima donazione del valore di 80 in favore di Caia e una seconda donazione del valore di 60 in favore di Sempronia. Non lascia debiti e così in base alla riunione fittizia (beni relitti e donato) il patrimonio è 300.

Le donazioni hanno leso entrambi i figli che hanno ciascuno diritto, ex art. 537 cod. civ., ad una quota di 100 (due terzi di 300 da dividere in parti eguali).

Questi agiranno contro Sempronia (ultima donataria) per la reintegrazione delle loro singole quote (100 e 100 = 200), per un valore di 20 e 20 e perciò di 40 (valore beni relitti = 160) chiedendo che la donazione del valore di 60 venga dichiarata inefficace nei loro confronti per 40.

Soltanto qualora l'ultima donazione non fosse sufficiente a reintegrare la quota di riserva, si procederà alla riduzione di quella anteriore sino a risalire, via via, alla prima donazione.

Il legittimario leso non può pretendere la riduzione di una donazione

⁵⁷⁹ LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, Vol. II, I, *Le successioni e donazioni* cit. pag. 85-86.

⁵⁸⁰ CARLINI-UNGARI TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., pag. 773 e ss.

anteriore nel tempo se prima non abbia agito in riduzione di quelle posteriori, salvo che non riesca a dimostrare che la riduzione delle donazioni successive non sarebbe valsa ad integrare la sua riserva; in ogni caso, può ottenere la riduzione della donazione precedente soltanto entro i limiti in cui dimostri che l'integrazione non si sarebbe verificata se avesse chiesto la riduzione delle donazioni successive⁵⁸¹. Delicata è la questione delle donazioni contestuali o stipulate con atti diversi nella medesima giornata.

Per le prime si ritiene applicabile il criterio di riduzione proporzionale fissato per le disposizioni testamentarie (art. 558, primo comma, cod. civ.) e la deroga per esso prevista (art. 558, secondo comma, cod. civ.) con facoltà, per il donante, di scegliere quale delle donazioni abbia effetto a preferenza delle altre, purchè la volontà risulti manifestata nello stesso atto⁵⁸².

Per le seconde, qualora risulti omessa in tutte o inserita soltanto in una l'indicazione dell'ora di stipulazione del contratto, non vi sarebbe la possibilità di stabilire l'antiorità dell'una donazione rispetto all'altra e, di conseguenza, trova applicazione il criterio di riduzione proporzionale.

E' stato difatti chiarito che l'obbligo generalizzato di indicazione dell'orario negli atti notarili ad opera delle norme deontologiche è di recente introduzione e che, in precedenza, si riteneva che la successione dei numeri di repertorio, nell'ipotesi che gli atti fossero stati rogati tutti dal medesimo notaio, non fosse di per sé idonea a stabilire l'antiorità fra i diversi atti, poiché l'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza con riguardo all'art. 62 L. Notarile (L. 16 febbraio 1913, n. 89), era che l'efficacia probatoria del repertorio non si estendesse alla successione cronologica degli atti stipulati nel medesimo giorno⁵⁸³.

Ulteriore ipotesi di riduzione proporzionale si verifica nel caso di lesione di legittima determinata da unica donazione attuata per quote

⁵⁸¹ Cass. 22 ottobre 1975, n. 3500 in *Foro It.* 1976, I, col. 1952.

⁵⁸² LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, Vol. II, I, *Le successioni e donazioni* cit. pag. 86. Per MENGONI, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 276, una dichiarazione di preferenza espressa successivamente attraverso una disposizione testamentaria è inefficace.

⁵⁸³ LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, Vol. II, I, *Le successioni e donazioni* cit. pag. 86. *Contra* TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 105, il quale ritiene che ove nello stesso giorno siano state effettuate più donazioni distinte, farà fede il numero di repertorio dell'atto notarile.

ideali a favore di più persone⁵⁸⁴.

Nel caso di donatario che sul terreno donatogli abbia realizzato una costruzione anteriormente alla proposizione della domanda di riduzione, il valore della domanda deve ritenersi esteso a quello della costruzione in applicazione del principio generale dell'accessione (art. 934 cod. civ.)⁵⁸⁵.

3.3. L'art. 560 cod. civ., rubricato "*riduzione del legato o della donazione di immobili*", detta regole restitutorie e divisorie ed attiene, più che alla riduzione, alla restituzione.

Sebbene la norma contempri soltanto i beni immobili oggetto di donazioni e legati, la giurisprudenza e la dottrina concordano nell'affermare che le regole contenute nella disposizione esprimono principi a carattere generale applicabili, perciò, alla riduzione di qualunque bene determinato, non soltanto immobile ma anche mobile⁵⁸⁶, siano essi oggetto di donazioni o di disposizioni testamentarie a titolo particolare (legato) o a titolo universale (istituzione di erede) purchè aventi ad oggetto cose determinate⁵⁸⁷.

L'art. 560 cod. civ. differenzia le ipotesi di disposizioni in favore di terzi (primo e secondo comma) ed in favore di altro legittimario (terzo comma).

Il primo comma dell'art. 560 cod. civ. pone la regola generale della separazione in natura e consacra, così, il principio secondo cui il legittimario ha diritto di ottenere la legittima in natura⁵⁸⁸.

La separazione in natura si effettua, in caso di riduzione parziale e se ciò può avvenire comodamente, "*separando dall'immobile (o mobile)*

⁵⁸⁴ Cass. 22 giugno 1961, n. 1495 in *Giust. Civ.* 1961, I, pag. 1911. Nello stesso senso, TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 105.

⁵⁸⁵ Cass. 9 febbraio 2006, n. 2858 in *Dir. e Giust.* 2006, fasc. 16, pag. 35 secondo cui, in forza dell'art. 934 cod. civ., la costruzione viene acquistata a titolo originario dal proprietario del suolo e, se la proprietà del suolo è stata ottenuta per donazione (poi ridotta), sull'intero bene si instaura, per effetto del suo rientro nell'asse ereditario con decorrenza dal momento dell'apertura della successione, un regime di comunione ereditaria tra i coeredi sicchè si applica il principio per cui ciò che si costruisce su suolo comune per effetto della riduzione diviene di proprietà anche di chi non ha partecipato alla costruzione.

⁵⁸⁶ Cass. 4 dicembre 1991, n. 13030 in *Giur. It.* 1992, I, pag. 1752.

⁵⁸⁷ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 286 e ss.; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima* cit., pag. 465. Secondo PINO, *Tutela del legittimario* cit., pag. 146, l'art. 560 cod. civ., più che contrapporre gli immobili ai mobili, contrappone i beni divisibili a quelli indivisibili. L'autore ritiene che il mancato richiamo dei beni mobili e perciò la formulazione angusta della norma derivi dall'antico principio "*res mobilis, res vilis*". Minoritaria è l'opinione espressa da BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., pag. 702, secondo cui le regole dell'art. 560 cod. civ. non si applicano alla riduzione dei beni mobili che si effettua mediante restituzione del bene o pagamento del controvalore, a scelta del donatario o istituito (obbligazione alternativa).

⁵⁸⁸ NAPPA, *La successione necessaria*, Padova 1999, pag. 157.

medesimo la parte occorrente per integrare la quota riservata". Ovviamente, in caso di riduzione totale della disposizione avente ad oggetto beni determinati, il beneficiario perde la proprietà del bene che viene acquisita dal legittimario.

Se la riduzione parziale riguarda una disposizione a titolo universale⁵⁸⁹, il legittimario vittorioso partecipa alla comunione ereditaria godendo degli stessi diritti degli altri partecipanti e, in particolare, della facoltà di richiedere la divisione.

Quando invece la separazione non può avvenire comodamente, non trova applicazione la norma generale stabilita in tema di divisione secondo cui l'immobile va assegnato al titolare della quota maggiore, salvi i conguagli a favore degli altri comproprietari ovvero la vendita all'incanto qualora nessuno voglia trattenere l'intero immobile (art. 720 cod. civ.), bensì una norma più favorevole per il legittimario.

L'art. 560, secondo comma, cod. civ. intende limitare la vendita all'incanto e favorire l'attribuzione del bene al legittimario che agisce in riduzione o, subordinatamente, al beneficiario della disposizione lesiva.

La norma prevede che se l'eccedenza supera un quarto della disponibile, il beneficiario è tenuto ("*deve*") a lasciare l'intero bene salvo il diritto al conguaglio nei limiti della disponibile.

Qualora invece l'eccedenza dell'attribuzione sia inferiore ad un quarto della disponibile, è in facoltà del beneficiario ("*può*") ritenere il bene compensando il legittimario in danaro⁵⁹⁰.

I conguagli in danaro devono avvenire con riferimento al valore del bene al momento della decisione giudiziale e non a quello dell'apertura della successione⁵⁹¹.

Pertanto, quando l'eccedenza è superiore al quarto della disponibile, il beneficiario è tenuto a rilasciare il bene ed il legittimario è titolare di un vero e proprio diritto ad ottenerlo in natura.

Tuttavia, la norma non costringe il legittimario a ritenere il bene

⁵⁸⁹ Es.: attribuzione di un immobile specifico a più eredi istituiti *pro quota*.

⁵⁹⁰ BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol. 3 cit., pag. 576.

⁵⁹¹ Cass. 28 giugno 1976, n. 2452 in *Foro It.* 1977, I, col. 456. Più recentemente, il principio è stato ribadito da Cass. 7 giugno 2013, n. 14449 in *Diritto & Giustizia on line* del 10 giugno 2013 con nota di ACHILLE di cui si trascrive la massima: "*Qualora la reintegrazione della quota legittima venga effettuata mediante conguaglio in denaro, nonostante l'esistenza nell'asse ereditario di beni in natura, trattandosi di credito di valore e non di valuta, deve essere adeguato al mutato valore - al momento della decisione giudiziale - del bene a cui il legittimario avrebbe diritto, affinché ne costituisca l'esatto equivalente, dovendosi pertanto procedere alla relativa rivalutazione*".

contro la sua volontà ben potendo costui rifiutare l'assegnazione qualora non intenda versare conguagli al beneficiario.

Questi, a sua volta, potrebbe trattenere il bene conguagliando in danaro il legittimario oppure, a sua volta, rifiutarlo.

In tale ultima evenienza, si farà luogo alla vendita all'incanto secondo quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 720 cod. civ.⁵⁹².

Quando l'eccedenza è inferiore ad un quarto della disponibile, il beneficiario ha un vero e proprio diritto soggettivo a trattenere il bene in natura, salvo conguagli. Qualora però non intenda ritenerlo e, a sua volta, il legittimario acquisirlo in natura dietro conguaglio, il bene sarà venduto all'incanto.

Secondo una dottrina⁵⁹³, le disposizioni in commento trovano applicazione anche in caso di attribuzione di più beni con una unica disposizione sussistendo la medesima *ratio* di limitare le ipotesi di vendita all'incanto rispetto all'ampia previsione dell'art. 720 cod. civ.

In conclusione può affermarsi, in linea generale, che l'accoglimento della domanda di riduzione parziale rivolta nei confronti di beni specifici, siano essi immobili o mobili, determina l'instaurarsi di una comunione ordinaria tra legittimario vittorioso e beneficiario della disposizione lesiva che si scioglie, in caso di comoda divisibilità del bene, attraverso separazione della parte necessaria a reintegrare la legittima (art. 560 primo comma cod. civ.).

Se il bene non è comodamente divisibile ed il suo valore supera di un quarto quello della disponibile (es.: disponibile 100 e valore del bene 150), va assegnato in natura al legittimario il quale dovrà versare al donatario una somma di danaro equivalente alla disponibile (nell'esempio, 100)⁵⁹⁴; nell'ipotesi inversa in cui il valore dell'immobile è pari o inferiore a più di un quarto della disponibile (es.: il valore dell'immobile è di 110 con disponibile pari a 100), il donatario potrà trattenere il bene versando al legittimario la differenza (nell'esempio, 10). Qualora gli interessati non vogliano conguagliare in danaro, l'immobile verrà venduto all'incanto (art. 720 cod. civ.).

Il terzo comma dell'art. 560 cod. civ. si occupa dell'azione di riduzione proposta nei confronti di un legittimario che abbia ricevuto dal *de cuius*, a mezzo donazioni o disposizioni testamentarie, beni

⁵⁹² BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol. 3 cit., pag. 576.

⁵⁹³ BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol. 3 cit., pag. 577 che richiama, a sostegno, Cass. 23 febbraio 1954, n. 508 in *Foro Pad.* 1954, I, col. 468 che ha esteso l'applicazione dell'art. 560 cod. civ. alle liberalità costituite da più beni.

⁵⁹⁴ Cass. 20 gennaio 1986, n. 360 in *Giust. civ.* Mass. 1986, fasc. 1.

lesivi della quota di legittima di altro legittimario e detta regole diverse da quelle contenute nei commi precedenti.

Qualora sia pronunciata la riduzione tra legittimari con riferimento a beni determinati, il beneficiario può evitare la riduzione dichiarando di trattenere il bene purchè il valore di esso non superi l'importo della porzione disponibile e della quota che gli spetta come legittimario.

La norma concerne il caso in cui le disposizioni oggetto del giudizio di riduzione siano avvenute non in conto o in sostituzione di legittima ma cumulativamente rispetto alla legittima perché soltanto in questo caso è possibile per il beneficiario imputare il valore del bene alla quota che gli spetta come legittimario⁵⁹⁵.

Se il valore del bene da ridurre è pari o inferiore al valore della quota di legittima del beneficiario e alla disponibile, questi può trattenere il bene e imputare l'eccedenza (50) alla sua quota di riserva.

Si pensi alla seguente fattispecie: Tizio, con due figli e coniuge, ha donato ad un figlio beni del valore di 30 e, successivamente, un immobile del valore di 40 all'altro figlio. Si apre la successione con un *relictum* pari a 20. L'asse ereditario è di 90 (70 *donatum* più 20 *relictum*), la legittima è di 67,50, pari a 3/4 (art. 542, secondo comma, cod. civ.) e la disponibile è di 22,5, pari ad 1/4.

Poiché il *relictum* (20) è insufficiente a soddisfare la legittima del coniuge (22,5) e le donazioni si riducono cominciando dall'ultima, il legittimario leso potrebbe ottenere la riduzione della seconda donazione di valore 40 lesiva della sua quota di legittima ed acquisire, all'esito dell'azione di riduzione, una quota indivisa dell'immobile donato.

In questo meccanismo si inserisce, come eccezione, la previsione dell'art. 560 c.c. che si applica all'immobile che non risulti comodamente divisibile. In base a tale norma, il beneficiario, nella specie il figlio, può dichiarare di imputare la donazione alla quota di legittima (pari a 22,5) e per l'eccedenza alla porzione disponibile (pari a 22,5). In tal modo, potrà ritenere tutto l'immobile e compensare in denaro la madre per la reintegrazione della sua quota di legittima.

Nel caso opposto in cui valore del bene da ridurre risultasse maggiore della disponibile e della quota riservata al legittimario, si applicheranno le norme di cui ai commi primo e secondo dell'art. 560

⁵⁹⁵ CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima* in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, Torino, 2000, pag. 466.

cod. civ.⁵⁹⁶ e il legittimario non potrà trattenere il bene su cui deve soddisfarsi la legittima degli altri coeredi.

Sotto tale profilo, la norma conferma che la legittima deve essere composta da cespiti che provengono dall'asse ereditario al punto che la giurisprudenza esclude possa trovare applicazione l'art. 560, terzo comma, cod. civ. qualora non sia possibile, per mancanza di altri beni, soddisfare il diritto del legittimario che agisce in riduzione a conseguire la propria legittima in natura⁵⁹⁷.

3.4. L'art. 561 cod. civ. si occupa della sorte dei pesi e ipoteche di cui il beneficiario può aver gravato i beni oggetto di disposizione lesiva da restituire al legittimario.

Sebbene la norma menzioni espressamente soltanto i legati e le donazioni, la dottrina ritiene che sia applicabile anche alle disposizioni testamentarie e perciò ai pesi e alle ipoteche costituiti dagli eredi sul bene da restituire⁵⁹⁸.

Allo stesso modo, con riferimento alla natura dei beni, la disposizione fa riferimento soltanto agli immobili e ai mobili registrati non contemplando i beni mobili non registrati essenzialmente perché soltanto per i mobili registrati può parlarsi propriamente di pesi e ipoteche in senso proprio⁵⁹⁹.

La dottrina⁶⁰⁰ ritiene che anche quest'ultima categoria di beni, per identità di *ratio* con quanto stabilito dall'art. 563 cod. civ. che espressamente menziona i beni mobili, sia ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 561 cod. civ..

L'art. 561 cod. civ., come già ripetutamente osservato⁶⁰¹ è stato modificato dalla riforma del 2005 al fine di limitare quei gravi inconvenienti derivanti dalla retroattività dell'azione di riduzione che, per far venir meno i pesi e vincoli apposti sul bene dal beneficiario della disposizione lesiva (in particolare, il donatario), ne determinava, in via di fatto, una vera e propria sterilizzazione poiché, difficilmente, gli istituti di credito accettavano (ed accettano) garanzie immobiliari costituite da beni di provenienza donativa.

⁵⁹⁶ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 299 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* 2009, pag. 541-542; FERRI, *Dei legittimari* cit., pag. 228.

⁵⁹⁷ Cass. 17 novembre 1979, n. 5982 in *Riv. Notariato* 1980, pag. 575.

⁵⁹⁸ FERRI, *Dei legittimari* cit., pag. 230.

⁵⁹⁹ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 305.

⁶⁰⁰ FERRI, *Dei legittimari* cit., pag. 232; MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 305.

⁶⁰¹ Cfr. *supra*, §1 e §3.

L'art. 561, primo comma, cod. civ., primo periodo, non inciso dalla riforma, sancisce l'indicata regola e dispone che i beni oggetto di disposizione lesiva ridotta, vanno restituiti liberi da ogni peso o ipoteca di cui può averli gravati il beneficiario, salvo il disposto dell'art. 2652, n. 8, cod. civ..

Pertanto, se la domanda di riduzione è stata trascritta entro dieci anni dall'apertura della successione, indipendentemente dalla data in cui il beneficiario abbia costituito, ad esempio, una servitù o iscritto un'ipoteca sul bene (se cioè prima o dopo la trascrizione della citazione per la riduzione), l'accoglimento della domanda farà venir meno la servitù, l'ipoteca e qualunque altro peso e vincolo.

Per converso, ipoteche e pesi resteranno efficaci qualora la riduzione venga trascritta dopo il decennio dall'apertura della successione, in forza della portata sostanziale dell'art. 2652, n. 8, cod. civ.⁶⁰².

La dottrina ha chiarito che i "pesi" a cui fa riferimento la norma in esame non sono soltanto quelli in senso tecnico, come servitù e oneri reali, bensì tutti i diritti, reali o personali, di godimento o di garanzia, anche se costituiti senza la volontà del beneficiario della disposizione lesiva, quali l'ipoteca legale o giudiziale, nonché i vincoli di indisponibilità quali il pignoramento ed il sequestro⁶⁰³.

La novità della riforma del 2005, per le disposizioni lesive, è costituita dall'introduzione nell'art. 561, primo comma, cod. civ., del secondo periodo il quale prevede il termine ventennale, qualificabile di durata⁶⁰⁴, computabile dalla trascrizione della donazione che consolida i pesi e vincoli in difetto in mancanza dell'assolvimento da parte del legittimario dell'onere⁶⁰⁵ di trascrivere⁶⁰⁶ l'opposizione⁶⁰⁷.

Il decorso del termine ventennale, in altri termini, non favorisce direttamente il donatario perché non incide sulla restituzione del bene che è sempre dovuta al verificarsi delle condizioni innanzi citate; semmai, lo favorisce indirettamente, dal punto di vista economico, facendo aumentare le *chances* di vendita poiché in mancanza di opposizione, una volta trascorsi venti anni dalla data di trascrizione

⁶⁰² Per l'applicabilità della medesima disciplina all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente, cfr. *supra*, 1.1.5.

⁶⁰³ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 112 e 113. In giurisprudenza, Cass, 8 luglio 1971, in *Giur. It.* 1971, I, pag. 320.

⁶⁰⁴ Cfr. *supra*, §4.2.

⁶⁰⁵ Cfr. *supra*, §5.2.2.

⁶⁰⁶ Cfr. *supra*, §8.4.

⁶⁰⁷ Cfr. *supra*, §5.1.

della donazione, il potenziale terzo acquirente non è più esposto ad azione di restituzione da parte del legittimario (art. 563 cod. civ.).

Il termine incide sulla salvezza o meno dei pesi e vincoli apposti dal donatario sul bene.

Il legittimario leso nella sua quota di legittima che abbia proposto entro il termine di dieci anni dall'apertura della successione l'azione di riduzione otterrà la restituzione del bene gravato dai pesi e vincoli apposti dal donatario qualora, dalla data di trascrizione della donazione a quella di proposizione della domanda di riduzione, abbia fatto decorrere il termine ventennale senza aver proposto, donante in vita, l'opposizione e la sua eventuale rinnovazione⁶⁰⁸.

In tal caso, il donatario dovrà compensare in danaro il legittimario leso in ragione del conseguente minor valore del bene restituito, purchè l'azione sia stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione.

Il riferimento generico alla domanda senz'altra specificazione lascia aperto il quesito se entro dieci anni debba essere proposta la sola azione di riduzione⁶⁰⁹ ovvero se entro il predetto termine debba necessariamente esser proposta anche quella di indennizzo⁶¹⁰.

E' stato chiarito in dottrina⁶¹¹ che il compenso dovuto dal donatario è finalizzato ad assicurare al legittimario il conseguimento del complessivo valore del bene e, pertanto, trattasi di credito di valore e non di valuta da calcolarsi con riferimento al minor valore del bene al momento della decisione.

In caso di insolvenza del donatario, una dottrina⁶¹² ritiene applicabile l'art. 562 cod. civ. per cui il rischio dell'insolvenza non ricadrebbe sul solo legittimario, bensì sull'intera massa ereditaria.

Altro orientamento⁶¹³, senz'altro preferibile, sostiene che la natura eccezionale della norma e il suo stretto collegamento con l'art. 563 cod. civ., non consentono di estendere l'art. 562 cod. civ. anche alla fattispecie prevista dall'art. 561 cod. civ.. La norma, come già

⁶⁰⁸ Cfr. *supra*, §5.1.1.

⁶⁰⁹ Così TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se* in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, Vol. III, Milano 2009, pag. 582.

⁶¹⁰ DOLMETTA-LUPACCHINO, *La garanzia ipotecaria nella nuova versione degli artt. 561 e 563 cod. civ.: riflessi sull'accesso al credito bancario*, in *Vita Not.*, 2005, pag. 751 e ss.

⁶¹¹ MARINARO, *La successione necessaria*, Napoli 2009, pag. 323.

⁶¹² VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito* cit., pag. 569.

⁶¹³ GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria* cit., pag. 8 e ss.

osservato, presuppone l'irrecuperabilità del bene che nella fattispecie in esame non sussiste e ciò senza contare che il danno subito dal legittimario risulta imputabile direttamente alla sua negligenza e cioè all'inadempimento dell'onere posto a sua carico di trascrivere, nel ventennio dalla donazione, l'opposizione prevista dall'art. 563, quarto comma, cod. civ..

Il secondo periodo del primo comma dell'art. 561 cod. civ. sancisce che "i pesi e le ipoteche restano efficaci se la riduzione è domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione".

Il *dies a quo* è costituito dalla trascrizione della donazione mentre quello *ad quem* dalla domanda di riduzione, senza altra specificazione. Dalla formulazione letterale della norma, parte della dottrina⁶¹⁴ ricava che la domanda debba essere unicamente iscritta a ruolo⁶¹⁵ senza doverne curare, entro il ventennio, la trascrizione che per altra dottrina⁶¹⁶ sarebbe risultata di maggior tutela per l'affidamento del terzo.

La disciplina dell'art. 561 cod. civ., come già osservato⁶¹⁷, non si applica alle donazioni indirette nelle quali la tutela del legittimario ha carattere obbligatorio⁶¹⁸ e, di conseguenza, non avendo diritto alla restituzione in natura del bene, restano salvi i pesi apposti dal beneficiario della liberalità non donativa; non si applica neppure alle donazioni assolutamente simulate e a quelle dissimulate nulle per vizio di forma nelle quali non si verifica alcun trasferimento in favore del beneficiario⁶¹⁹.

Si applica invece alle donazioni dissimulate formalmente valide e cioè a quegli atti che, sotto la parvenza di onerosità, realizzano delle vere e proprie donazioni.

3.5. La novella del 2005 non ha modificato la disciplina relativa alla restituzione dei frutti (art. 561, secondo comma, cod. civ.).

Una volta pronunciata la riduzione, il beneficiario della disposizione lesiva deve restituire, oltre al bene, anche i relativi frutti con

⁶¹⁴ SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, Vol. I cit., pag. 6 ed ivi ulteriori riferimenti

⁶¹⁵ In realtà, l'art. 39, terzo comma, cod. proc. civ., stabilisce che la prevenzione, ai fini della litispendenza, è determinata dalla notifica della citazione ovvero dal deposito del ricorso.

⁶¹⁶ CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili* cit., pag. 1027.

⁶¹⁷ Cfr. *supra*, §9.

⁶¹⁸ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 251 e ss.; Cass. 9 maggio 2013, n. 11012 cit.

⁶¹⁹ Cfr. *supra*, §9.

decorrenza dalla data della domanda giudiziale di riduzione, anche se ha proposto successivamente domanda di restituzione⁶²⁰.

Tuttavia, la relativa attribuzione non ha carattere automatico, necessitando di apposita domanda in quanto la relazione di accessorietà, che intercorre tra la domanda di restituzione del bene e quella dei frutti, lascia sussistere la loro autonomia sul piano sostanziale e processuale⁶²¹.

La decorrenza del diritto alla restituzione dei frutti dalla data della domanda giudiziale di riduzione conferma, come già precisato⁶²², che le disposizioni riducibili sono perfettamente valide e che, sino a quando non viene esercitata la relativa azione, il donatario o il beneficiario della disposizione lesiva continua legittimamente a possedere il bene e a far propri i frutti.

Diversamente dall'art. 1149 cod. civ. sull'acquisto dei frutti da parte del possessore in buona fede, la norma in esame regola non soltanto la restituzione dei frutti ma anche quella degli interessi nel caso di liberalità aventi ad oggetto disposizioni di danaro o crediti fruttiferi e prescinde dalla buona o mala fede del beneficiario che li conserva come proprietario, sino al giorno della domanda di riduzione, e non come possessore⁶²³.

Il debito relativo ai frutti naturali di immobile è di valore e non di valuta ed il beneficiario di disposizione lesiva tenuto a restituirli deve corrispondere il loro equivalente economico secondo i prezzi correnti al momento della liquidazione e non a quello in cui furono percepiti⁶²⁴.

Quando alla restituzione del bene siano tenuti più soggetti per quote ideali⁶²⁵, non è configurabile un'obbligazione solidale di restituzione

⁶²⁰ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 116; Cass. 9 marzo 1957, n. 808 in *Giust. Civ.* 1957, I, pag. 1289; Cass. 23 aprile 1960, n. 918, in *Foro Pad.* 1962, I, pag. 22.

⁶²¹ Cass. 26 febbraio 1993, n. 2453 in *Giust. Civ.* 1993, pag. 397.

⁶²² Cfr. *supra*, 1.1.

⁶²³ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 114.

⁶²⁴ Cass. 17 marzo 1953, n. 633 in *Giur. It.* 1953, I, pag. 247; nello stesso senso, Cass. 5 giugno 2000, n. 7478 in *Giur. It.* 2000, pag. 2009, secondo cui “nell'ipotesi in cui il bene non possa essere restituito e la reintegrazione della quota di riserva avvenga per equivalente monetario, con l'ulteriore riconoscimento degli interessi legali sulla somma a tal fine determinata, nulla è dovuto per i frutti, posto che gli interessi legali attribuiti rispondono alla medesima finalità di risarcire il danno derivante dal mancato godimento del bene (*lucro cessante*) e pertanto il cumulo tra frutti e interessi comporterebbe la duplicazione del riconoscimento di una medesima voce di danno”.

⁶²⁵ La fattispecie si verifica quando il *de cuius*, in vita, abbia donato uno o più beni per quote ideali a più soggetti (es.: l'appartamento di via Roma in parti eguali ai figli Tizio, Caio e Sempronio) o abbia provveduto in modo analogo con disposizione testamentaria.

dei frutti a carico dei beneficiari; ciascuno sarà tenuto a restituirli *pro quota*, entro i limiti della riduzione pronunciata nei rispettivi confronti ed il legittimario non potrà perciò richiedere l'intero ad uno o più obbligati in applicazione della disciplina prevista dagli artt. 1292 e seguenti cod. civ.⁶²⁶.

Potrebbe accadere che il bene da restituire sia stato deteriorato o migliorato dal beneficiario della disposizione lesiva.

Nel primo caso, ad avviso della Suprema Corte, la disposizione generale dell'art. 2037, terzo comma, cod. civ., secondo cui il possessore in buona fede che abbia ricevuto indebitamente una cosa determinata ne risponde nei limiti dell'arricchimento, non risulta applicabile a tutti i casi, incluso quello in esame, in cui il possesso in buona fede sia stato conseguito in base ad un titolo valido idoneo a trasferire la proprietà⁶²⁷.

Ne consegue che il beneficiario della disposizione lesiva risponde dei deterioramenti arrecati per sua colpa al bene da restituire dopo la notifica della citazione per la riduzione, anche oltre i limiti del suo arricchimento.

Il donatario ha diritto al rimborso del valore dei miglioramenti e delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, non cagionate da sua colpa⁶²⁸ ed è titolare, in applicazione dell'art. 748, terzo comma, cod. civ. richiamato dall'art. 556 cod. civ., del diritto di ritenzione del bene sino al momento dell'effettivo rimborso⁶²⁹.

3.6. In caso di insolvenza del donatario, occorre differenziare l'ipotesi di trasferimento del bene donato a terzi nei cui confronti il legittimario potrà esperire azione di restituzione (art. 563 cod. civ.) da quelle nelle quali l'azione di restituzione non sia concretamente esercitabile.

Questa seconda ipotesi si verifica quando il donatario di cose mobili le trasferisce al terzo il quale, qualora convenuto in restituzione dal legittimario, invocherà a proprio vantaggio il possesso in buona fede fatto espressamente salvo dall'art. 563, secondo comma, cod. civ.; si verifica, altresì quando il bene oggetto di donazione sia perito per fatto imputabile al donatario o al suo avente causa.

Mentre nella prima ipotesi l'insolvenza del donatario non rileva ai fini della tutela reale perché il legittimario potrà comunque recuperare il bene nei confronti del terzo, nella seconda il legittimario rischia di

⁶²⁶ Cass. 28 giugno 1968, n. 2202 in *Giust. Civ.* 1969, I, pag. 90.

⁶²⁷ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 117.

⁶²⁸ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 303

⁶²⁹ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 303, nota 214.

veder naufragare ogni possibilità di reintegrazione, oltre che in natura, anche per equivalente a causa dell'insolvenza del donatario⁶³⁰.

Il legislatore ha allora previsto (art. 562 cod. civ.) che il valore della donazione che non si può recuperare va detratto dalla massa ereditaria con conseguente riduzione della legittima.

Si pensi al caso di Tizio che ha effettuato in vita tre donazioni di 22, 8 e 10 che istituisca come erede l'unico figlio Caio nell'intero *relictum* pari a 20. L'unico figlio ha diritto ad una legittima pari alla metà del patrimonio (art. 537, primo comma, cod. civ.) e perciò a 30 (20 di *relictum* meno 0 di debiti + 22, 8 e 10 di donazioni) e, risultando nell'esempio una lesione di 10 (*relictum* pari a 20), è autorizzato ad aggredire l'ultima donazione per intero (10).

Tuttavia, se il bene mobile oggetto di tale donazione è stato trasferito a terzi (o è perito) ed il donatario è altresì insolvente, si procede al ricalcolo della legittima detraendo il valore dell'ultima donazione.

Caio avrà allora diritto ad una legittima di 25 (20 meno 0 più 22 + 8 diviso 2) e potrà aggredire la donazione anteriore (8) non più per 10, bensì per 5.

L'art. 562 cod. civ. prevede allora che il legittimario leso (nel minor valore) possa aggredire le donazioni anteriori (non lesive) per reintegrare la propria legittima attribuendo ai donatari anteriori coinvolti dalla riduzione il diritto di regresso nei confronti del donatario insolvente.

In altri termini, attraverso l'indicato meccanismo, il legislatore ripartisce il rischio dell'insolvenza del donatario tra il legittimario leso ed i donatari anteriori⁶³¹.

L'art. 562 cod. civ., nella sua stesura originaria, si collegava perciò all'art. 563 cod. civ. e non è stato oggetto di modifica nel 2005.

Contempla una ipotesi chiaramente eccezionale, derogatoria dell'art. 559 cod. civ. perché coinvolge nell'azione di riduzione donazioni pregresse, di per sé non lesive, e trova applicazione nel solo caso di irrecuperabilità del bene e di insolvenza del donatario⁶³².

Parte della dottrina ritiene applicabile la norma citata anche al perimento del bene oggetto di disposizione testamentaria⁶³³.

Si è obiettato, però, che il perimento del bene rileva soltanto se avvenuto prima dell'apertura della successione perché il calcolo della

⁶³⁰ ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti* cit., pag. 251.

⁶³¹ Cfr. *supra*, § 4.

⁶³² GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria* cit., pag. 8 e ss.

⁶³³ SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari* cit., pag. 322.

legittima e la determinazione delle disposizioni riducibili avviene sulla base della situazione esistente al momento dell'apertura della successione.

Le disposizioni testamentarie trovano la loro fonte nel testamento ed hanno effetto dal momento dell'apertura della successione.

Ne consegue che il rischio del perimento del bene ricevuto dall'erede o dal legatario in violazione della legittima, perché necessariamente successivo all'apertura della successione, ricade sul legittimario leso che ha agito in riduzione⁶³⁴ non potendosi estendere agli altri.

Per tale ragione, l'art. 562 cod. civ. non ha coerentemente preso in considerazione le disposizioni testamentarie.

⁶³⁴ PALAZZO, *Le successioni* in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica-Zatti, Milano 1996, pag. 586.

§4. L'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti.

4. L'art. 563 cod. civ. si occupa dell'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di beni di provenienza donativa.

Passata in giudicato la sentenza di riduzione, il legittimario, alle condizioni previste dalla norma, può chiedere ai terzi acquirenti a titolo gratuito o oneroso, in buona o mala fede⁶³⁵, la restituzione del bene immobile o mobile⁶³⁶ oggetto di donazione lesiva.

Per i beni mobili non registrati, per i quali non può trascriversi l'opposizione⁶³⁷, il terzo acquirente gode di un cumulo di tutele: se acquirente in buona fede, potrà invocare l'art. 1153 cod. civ. (usucapione istantanea) fatto salvo dall'art. 563 cod. civ.; se in mala fede, il legittimario potrà agire in restituzione nei suoi confronti soltanto qualora il decesso del donante intervenga prima dello spirare del termine ventennale di consolidamento della donazione⁶³⁸.

Nonostante l'autonomia delle diverse azioni (riduzione, restituzione, collazione, divisione), normalmente, il legittimario le propone cumulativamente nel medesimo processo.

Nella stesura originaria dell'art. 563 cod. civ., la dottrina prevalente e la stessa giurisprudenza⁶³⁹ ritenevano applicabile la norma anche agli aventi causa dell'erede testamentario e del legatario.

Ad avviso della più recente dottrina⁶⁴⁰, la riforma del 2005, che ha introdotto il termine ventennale, considera espressamente le donazioni e non le disposizioni testamentarie perché è con riferimento alle prime che si pongono i maggiori problemi di stabilità degli acquisti dei terzi e quindi di sicurezza della circolazione.

Ne consegue che la citata previsione, costituendo nuovo limite alla efficacia reale dell'azione di riduzione, opera soltanto con riferimento ai beni di provenienza donativa e non anche ai beni provenienti da

⁶³⁵ Cfr. *supra*, §8.4. sulla possibilità del terzo acquirente di beni mobili di far valere l'usucapione istantanea e sulle conseguenze della non trascrivibilità dell'opposizione.

⁶³⁶ Cfr. *supra*, §8.4. per l'inclusione, tra i beni mobili a cui fa riferimento l'art. 563 cod. civ., anche dei beni mobili registrati.

⁶³⁷ Cfr. *supra*, §8.4.

⁶³⁸ Sui dubbi di legittimità costituzionale dell'indicata soluzione e sui rimedi interpretativi, cfr. *supra*, pag. 132.

⁶³⁹ MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 303; SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari* cit., pag. 322; PINO, *Tutela del legittimario* cit., pag. 153; Cass. n. 4130 del 2001 cit., in *Giur. It.* 2001, col. 2261 e ss.

⁶⁴⁰ VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito* cit., pag. 559; GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva* cit., pag. 1130.

successione, così da determinare una diversità di trattamento tra le due fattispecie.

Altra dottrina⁶⁴¹, invece, osserva che è certamente vero che la novella del 2005 non ha previsto nell'art. 563 cod. civ. le disposizioni testamentarie, ma ciò non dipende dal fatto che abbia voluto escluderle con riferimento all'introdotta ventennio, quanto, piuttosto, dal fatto che la rubrica e l'intero contenuto della norma fanno riferimento soltanto agli aventi causa del donatario.

Il legislatore ha, cioè, ritenuto superfluo introdurre un richiamo alle disposizioni testamentarie che la dottrina e la giurisprudenza avevano ritenuto operante in via analogica.

La notevole estensione temporale del termine costituisce il motivo principale per cui la riforma si sia riferita esclusivamente alle donazioni e quindi ad atti stipulati prima dell'apertura della successione perché, dopo il decesso dell'ereditando, il terzo fa salvo il proprio acquisto o per prescrizione (decennale) dell'azione di riduzione ovvero per mancata trascrizione della relativa domanda entro il termine decennale (art. 2652, n. 8, cod. civ.).

Tuttavia, non può essere categoricamente escluso che il decorso del ventennio possa giovare al terzo che abbia acquistato beni da erede o legatario come accade nell'ipotesi in cui il terzo non possa, in presenza di una causa di sospensione (art. 2941 cod. civ.)⁶⁴², giovare della prescrizione e invocare l'art. 2652, n. 8, cod. civ.⁶⁴³ per essere stato il suo acquisto a titolo gratuito.

Si pensi al caso limite di un padre che con disposizione testamentaria leda la quota di legittima del figlio e istituisca erede la nuora la quale, a sua volta, doni ad un terzo il compendio ereditato.

Il figlio leso potrebbe non agire in riduzione della disposizione testamentaria del padre nei dieci anni dall'apertura della successione senza essere pregiudicato perché la prescrizione è sospesa nei confronti del coniuge (art. 2941 cod. civ.); nel contempo, il terzo acquirente a titolo gratuito non potrebbe invocare nei confronti del legittimario leso la salvezza dell'art. 2652, n. 8, cod. civ. per la natura gratuita dell'acquisto.

In tale situazione, il terzo donatario potrebbe ricevere tutela soltanto

⁶⁴¹ GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria* cit., pag. 8 e ss.

⁶⁴² Cfr. *supra*, §4.2.

⁶⁴³ La norma fa salvo l'acquisto a *titolo oneroso* trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione avvenuta trascorsi dieci anni dall'apertura della successione.

dal termine ventennale.

Si tratta, invero, di ipotesi a carattere eccezionale perché la norma, anche secondo l'intenzione del legislatore⁶⁴⁴, va riferita principalmente all'azione di restituzione nei confronti di terzi acquirenti di beni di provenienza donativa.

L'azione di restituzione nei confronti del terzo costituisce un *posterius* rispetto all'azione di riduzione; presuppone l'esperimento vittorioso della domanda di riduzione ed il passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Diversamente dalla riduzione e dalla restituzione da parte del beneficiario, l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti ha carattere reale nel senso che è rivolta non contro un soggetto predeterminato, bensì contro chi, al momento della proposizione della relativa domanda, risulti nella titolarità del bene oggetto della donazione o della disposizione testamentaria ridotta⁶⁴⁵.

Per favorire la circolazione dei beni, già nella stesura originaria, l'art. 563 cod. civ. sottoponeva l'azione di restituzione nei confronti dei terzi a due rigorose condizioni che costituivano altrettante deroghe al principio della legittima in natura: la prima, costituita dalla previa infruttuosa (totale o parziale) escussione dei beni del donatario (primo comma); la seconda, dal riconoscimento, in capo al terzo avente causa, di un vero e proprio diritto di riscattare i beni (terzo comma) e, quindi, di riacquistare la proprietà persa a causa della retroattività reale dell'azione di riduzione.

In caso di trasferimento a terzi del bene oggetto di disposizione lesiva, la restituzione in natura non si verifica in due ipotesi: quando il legittimario può conseguire dal donatario (o dal beneficiario della disposizione testamentaria) l'integrale valore del bene (art. 563, primo comma, cod. civ.) da calcolarsi al momento della sentenza di riduzione⁶⁴⁶ ovvero quando il terzo acquirente (o subacquirente) si libera dall'obbligo di restituire il bene in natura pagando l'equivalente in danaro (art. 563, terzo comma, cod. civ.).

Dal punto di vista processuale, la *causa petendi* dell'azione è allora più ampia di quella della restituzione domandata al beneficiario della disposizione lesiva; difatti, per agire nei confronti del terzo, non è sufficiente il giudicato sulla riduzione che pur ne costituisce

⁶⁴⁴ Cfr. *supra*, §3.

⁶⁴⁵ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 145.

⁶⁴⁶ Cfr. *supra*, 1.2.

imprescindibile presupposto; è necessaria, in aggiunta, la previa infruttuosa (totale o parziale) escussione del donatario (o beneficiario della disposizione testamentaria).

Autorevole dottrina⁶⁴⁷ ha chiarito che l'onere della prova della preventiva escussione dei beni del donatario grava sul legittimario costituendo una condizione dell'azione e che, non trattandosi di beneficio di escussione in senso tecnico, il convenuto che eccepisca la mancata escussione del patrimonio del suo dante causa non è tenuto ad indicare i beni del donatario da sottoporre ad escussione.

Ad avviso della giurisprudenza⁶⁴⁸ la preventiva escussione dei beni non è una formalità procedurale necessaria ma un adempimento che, per le finalità che persegue, è richiesto soltanto in presenza di una situazione di possidenza del donatario; ne consegue che, qualora risulti in atti la prova della mancanza di un patrimonio da poter escutere, essa appare del tutto superflua.

Il *petitum* è costituito dalla condanna del terzo che ne è titolare alla restituzione (totale o parziale) del bene oggetto di disposizione lesiva⁶⁴⁹.

4.1. Alle indicate condizioni, la riforma del 2005 ha aggiunto un ulteriore limite: il mancato decorso del termine ventennale che, da una interpretazione strettamente letterale della norma, appare riferito all'azione di restituzione.

L'art. 563 cod. civ. "*mostra chiaramente di aver riguardo, quale data dalla quale partire a ritroso per calcolare i venti anni, alla domanda di restituzione e non alla domanda di riduzione*"⁶⁵⁰.

In altri termini, per poter essere utile, è la domanda di restituzione al terzo e non quella, logicamente antecedente, di riduzione a dover essere proposta entro il ventennio decorrente dalla data di trascrizione della donazione.

Sotto tale profilo, pertanto, sussiste una notevole differenza tra l'art. 561 e 563 cod. civ.: mentre nella prima norma il *dies ad quem* del ventennio è costituito dalla domanda di riduzione, nella seconda è costituito da quella di restituzione.

L'indicata differenza produce, dal punto di vista applicativo, una

⁶⁴⁷ MENGONI, *Le successioni per causa di morte* cit. pag. 310.

⁶⁴⁸ Cass. 1 marzo 2011, n. 5042 in *Il Civilista* 2011, pag. 9 con nota di APICELLA.

⁶⁴⁹ CENDON, *Commentario al codice civile*, Vol. 6, pag. 742.

⁶⁵⁰ MARICONDA, *L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ.* in *Corriere Giuridico* 2005, fasc. 8, pag. 1174 e ss.

disparità di trattamento tra terzi acquirenti di diritti minori (art. 561 cod. civ.) e terzi acquirenti della proprietà (art. 563 cod. civ.).

Difatti, il legittimario leso, purchè si sia premurato di agire in riduzione nei confronti del donatario entro venti anni dalla trascrizione della donazione, ottiene la restituzione del bene libero da ogni peso (es.: costituzione di usufrutto) o ipoteca⁶⁵¹ mentre, nella medesima situazione, non ottiene la restituzione dal terzo della proprietà perché soggetta al termine ventennale non è l'azione personale di riduzione, bensì quella reale restitutoria⁶⁵².

Si osserva che se davvero il termine di cui all'art. 563 cod. civ. dovesse essere riferito all'azione restitutoria ivi disciplinata, la sentenza di riduzione intervenuta nel ventennio dalla disposizione lesiva, opererebbe con la consueta retroattività reale ed al legittimario residuerebbe soltanto il minor termine decorrente dalla pronuncia di riduzione a quella dello spirare dei venti anni per proporre azione restitutoria.

Si verificherebbe, perciò, una vera anomalia costituita da un soggetto che, pur dovendo essere considerato proprietario del bene colpito dalla riduzione, godrebbe di una tutela reale limitata nel tempo.

La situazione si complica qualora il legittimario non agisca, dopo la riduzione ed entro il più limitato termine, in restituzione nei confronti del terzo. Si tratta di stabilire a quale titolo la proprietà del bene oggetto di riduzione, possa essere "riacquistata" dal terzo⁶⁵³.

Pertanto, si ritiene che in forza dell'espressa clausola di salvezza contenuta nell'art. 2652, n. 8 cod. civ. richiamato nell'art. 563 cod. civ.⁶⁵⁴, nonostante la formulazione letterale di tale ultima disposizione, il legittimario, ottenuta la pronuncia di inefficacia nei propri confronti della disposizione lesiva, possa agire in restituzione contro l'avente causa anche quando il ventennio sia ormai trascorso.

A tale conclusione si obietta che il richiamo all'art. 2652, n. 8 cod. civ. è contenuto nel quarto comma dell'art. 563 cod. civ. e non invece nel primo comma in cui sono dettate le condizioni per l'esercizio dell'azione restitutoria. L'inserimento della clausola di salvezza nel

⁶⁵¹ Cfr. *supra*, 1.2.4.

⁶⁵² DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano 2007, pag. 71 e ss.

⁶⁵³ DELLE MONACHE, *Successione necessaria* cit. pag. 71 e ss.

⁶⁵⁴ Cfr. *supra*, §4.3.

quarto comma sta allora a significare⁶⁵⁵ che il legittimario perde il diritto alla restituzione dal terzo non soltanto quando, donante in vita, omette di opporsi alla donazione entro il ventennio ma anche quando, pur opponendosi, dopo il decesso del dante causa trascrive la domanda di riduzione oltre il decennio, precludendosi ogni possibilità di agire in restituzione.

In altri termini, l'art. 2652, n. 8, cod. civ. riguarda l'azione di riduzione che, seppur costituisce essenziale presupposto per agire in restituzione, non assorbe il neo introdotto requisito del termine ventennale prescritto dalla legge per agire in restituzione nei confronti dei terzi.

Difatti, oltre al passaggio in giudicato della riduzione e alla previa infruttuosa escussione del beneficiario, l'azione restitutoria in esame richiede l'ulteriore requisito del mancato decorso del termine ventennale che va computato, secondo il dato letterale, con riferimento alla domanda di restituzione.

E' proprio questo ulteriore requisito del termine ventennale, estraneo all'azione di riduzione e che corre sia prima che dopo la morte del donante, a far sì che lo strumento apprestato dal legislatore per neutralizzarlo (l'opposizione), debba essere utilizzato dal legittimario sia prima che dopo la morte del donante.

Per evitare gli inconvenienti sopra evidenziati, si sostiene⁶⁵⁶ allora che con l'apertura della successione il diverso onere di trascrivere la domanda di riduzione non si sostituisce all'onere di trascrivere l'atto di opposizione.

Per preservare l'azione di restituzione, al primo onere (di trascrivere l'opposizione) se ne aggiunge un altro: quello di trascrivere la domanda di riduzione entro il decennio dall'apertura della successione.

In conclusione, alla tesi prevalente in dottrina⁶⁵⁷ secondo cui l'opposizione può essere proposta soltanto durante la vita del donante perché dal momento dell'apertura della successione il legittimario, concorrendone le condizioni, può agire in riduzione e restituzione, si può contrapporre la diversa tesi di chi individua, conformemente al dato letterale, il momento finale in cui deve compiersi il periodo

⁶⁵⁵ CARLINI-UNGARI TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari* cit., in *Riv. Not.* 2005, fasc. 4, pag. 787.

⁶⁵⁶ TERRACCIANO *Il termine finale del ventennio previsto dai novellati art. 561 e 563 cod. civ.* in www.conotna.notariato.it.

⁶⁵⁷ Cfr. *supra*, §5.1., nota 215.

ventennale previsto dagli artt. 561 e 563 cod. civ. nella domanda di riduzione per quanto riguarda l'art. 561 cod. civ. e in quella di restituzione per quanto riguarda l'art. 563 cod. civ..

4.2. Il terzo comma dell'art. 563 cod. civ., come già osservato, in deroga al principio del diritto del legittimario alla quota di legittima in natura, prevede che il terzo acquirente possa liberarsi dell'obbligo di restituire i beni in natura pagando l'equivalente in danaro.

Dottrina e giurisprudenza⁶⁵⁸ concordano sul fatto che l'art. 563, primo comma, cod. civ., quale conseguenza dell'efficacia reale della riduzione, pone a carico del terzo acquirente del bene donato l'unica obbligazione di restituirlo in natura al legittimario e che il terzo comma della disposizione aggiunge, a tale obbligazione semplice, una *facultas solutionis* a favore del terzo acquirente, consistente nel potere di liberarsi dall'obbligazione restitutoria mediante adempimento della diversa prestazione pecuniaria.

Ne consegue che tale scelta spetta soltanto al terzo e che il legittimario può soltanto chiedere la restituzione in natura e non il pagamento dell'equivalente.

L'obbligazione del terzo acquirente è giuridicamente qualificabile come facoltativa (o con facoltà alternativa *ex lege*) e non come obbligazione alternativa (art. 1285 cod. civ.)⁶⁵⁹ con notevoli conseguenze pratiche in tema di sopravvenuta impossibilità non imputabile al debitore.

Difatti, diversamente dalle obbligazioni alternative caratterizzate da una pluralità di prestazioni nelle quali l'impossibilità sopravvenuta dell'una determina la concentrazione dell'obbligo sull'altra (o le altre) (art. 1288 cod. civ.), nel caso di obbligazioni facoltative (cioè semplici), l'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore estingue l'obbligo (art. 1256 cod. civ.).

Pertanto, se il bene acquistato dal terzo e da restituire perisce per causa non imputabile al terzo, questi, essendo obbligato ad eseguire la prestazione divenuta impossibile per causa non ad esso imputabile, è

⁶⁵⁸ TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 150-151; Cass. 12 settembre 1970, n. 1392 in *Foro It.* 1970, I, col. 2403.

⁶⁵⁹ L'art. 563, terzo comma, cod. civ. prevede, *una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis* e non invece *duae res in obligatione, una autem in solutione* (così TRIOLA, *La tutela del legittimario* cit., pag. 151). Va ricordato che il codice civile non ha disciplinato le obbligazioni della prima specie indicata (facoltative) perché sono, in realtà, delle obbligazioni semplici nelle quali è attribuita al debitore, per accordo o per legge, la facoltà di liberarsi eseguendo una diversa prestazione. Ha invece disciplinato quelle della seconda specie (alternative) agli artt. 1285 cod. civ. e ss.

liberato dall'obbligo di restituzione.

Parte della dottrina⁶⁶⁰ ritiene che il pagamento dell'equivalente costituisca più propriamente il corrispettivo del diritto potestativo di riscatto⁶⁶¹ in virtù del quale il terzo riacquista la proprietà (o comunque il diritto di possessore *potiore*) che, per la retroattività reale della riduzione, aveva perduto.

Poiché il credito del legittimario è di valore e non di valuta, la somma dovuta a titolo di riscatto è equivalente al valore del bene al momento della domanda⁶⁶².

Il legittimario può agire nei confronti del terzo nel modo e nell'ordine in cui potrebbe chiedere la restituzione al donatario (art. 563, secondo, comma, cod. civ.).

Con riferimento al significato del termine “*modo*” la dottrina è divisa. Secondo un orientamento⁶⁶³, la locuzione assumerebbe il significato di *misura* della restituzione, nel senso che, in presenza di acquisti di terzi da due donatari, la restituzione può essere richiesta anzitutto agli aventi causa dal donatario posteriore e, soltanto per l'eventuale differenza, agli aventi causa dal donatario anteriore.

Per altro orientamento⁶⁶⁴, il termine “*modo*” significa modalità e cioè estensione all'azione in esame delle stesse regole dettate per la restituzione nei confronti dei beneficiari e, specificamente, di quelle previste dagli artt. 560⁶⁶⁵ e 561⁶⁶⁶ cod. civ., nonché della disciplina dettata dall'art. 748 cod. civ. in materia di collazione con riferimento ai miglioramenti apportati, alle spese sostenute e ai deterioramenti procurati al bene dal donatario.

Il termine “*ordine*” contenuto nella norma significa che la restituzione va esperita nel medesimo ordine delle donazioni, rispettando il loro ordine cronologico, partendo dall'ultima e non rispettando l'ordine delle alienazioni ai terzi.

⁶⁶⁰ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* 2009 cit., pag. 571; MENGONI, *Successioni per causa di morte* cit., pag. 307 e ss. .

⁶⁶¹ Attraverso il termine riscatto la dottrina descrive la facoltà riconosciuta al terzo acquirente dall'art. 563, quarto comma, cod. civ., di liberarsi dall'obbligo di restituire il bene oggetto di disposizione lesiva pagando l'equivalente in danaro e, neutralizzando, in via di fatto, il rimedio recuperatorio di natura reale. Cfr. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa* in *Notariato e diritto di famiglia*, 1, pag. 266; Milanofiori Assago 2011.

⁶⁶² CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 573, nota 1239.

⁶⁶³ FERRI, *Dei Legittimari* cit., pag. 243.

⁶⁶⁴ MENGONI, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 311 e ss.

⁶⁶⁵ Cfr. *supra*, §3.3.

⁶⁶⁶ Cfr. *supra*, §3.4.

Pertanto, qualora vi siano più donazioni effettuate in periodi diversi, la restituzione va richiesta agli aventi causa dall'ultimo donatario, anche se il loro titolo di acquisto è più risalente rispetto a quello di acquirenti da precedente donatario.

Difatti, si osserva⁶⁶⁷, se si seguisse l'ordine delle alienazioni e non quello delle donazioni, gli aventi causa del donatario anteriore sarebbero escussi prima di quelli del donatario posteriore, in violazione dell'art. 559 cod. civ..

Qualora il donatario abbia ricevuto con unica donazione più beni e li abbia a sua volta trasferiti a terzi con atti diversi, l'azione di restituzione va proposta nei confronti dell'ultimo acquirente.

Se, infine, più acquirenti immediati abbiano a loro volta trasferito a subacquirenti i beni, l'azione di restituzione va proposta nei confronti dell'ultimo subacquirente⁶⁶⁸.

Secondo autorevole dottrina⁶⁶⁹, dal tenore complessivo dell'art. 563 cod. si desume il principio secondo cui, indipendentemente dalla buona o mala fede, il terzo acquirente deve restituire i frutti dal momento della domanda di riduzione e non soltanto da quello di proposizione dell'azione di restituzione in quanto gli effetti del possesso in buona fede che la norma fa salvi riguardano quelli concernenti l'acquisto della proprietà e non anche quelli relativi all'acquisto dei frutti e alla disciplina dei miglioramenti.

Altra dottrina⁶⁷⁰ ritiene invece che i frutti siano dovuti dal terzo acquirente soltanto dal momento di proposizione dell'azione di restituzione nei suoi confronti, essendo questi rimasto estraneo al giudizio di riduzione.

⁶⁶⁷ FERRI, *Dei Legittimari* cit., pag. 242.

⁶⁶⁸ MENGONI, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 312 e ss.

⁶⁶⁹ MENGONI, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 312 e ss.

⁶⁷⁰ PINO, *La tutela del legittimario* cit., pag. 149.

CAPITOLO IV

Prospettive di riforma

§1. Il divieto dei patti successori e la crisi del testamento: gli atti *post mortem* e *trans mortem*. §2. Necessità di un intervento legislativo: alcune proposte.

§1. Il divieto dei patti successori e la crisi del testamento: gli atti *post mortem* e *trans mortem*

Sebbene in linea teorica sia possibile che atti *mortis causa* vengano posti in essere attraverso convenzioni tra vivi (contratti ereditari), l'ordinamento giuridico italiano, a tutela della libertà testamentaria, riconosce, quale unico atto *mortis causa*, il testamento, vietando i patti successori all'art. 458 cod. civ.

Come evidenziato nel corso della trattazione, il divieto dei patti successori⁶⁷¹ costituisce una delle principali cause di rigidità del sistema giuridico italiano da cui deriva l'insicurezza della circolazione dei beni di provenienza donativa.

I privati hanno, quindi, il potere giuridico di disporre dei propri beni per il periodo successivo alla morte soltanto attraverso il testamento (art. 458 cod. civ., prima parte: “*E' nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione*”)⁶⁷².

⁶⁷¹ Il divieto dei patti successori rinviene le sue radici nel diritto romano e nella tradizione romanistica, dove erano vietati in quanto in fondamentale contrasto con la libertà di testare (*ambulatoria est voluta defuncti usque ad vitae supremum exitum*), con l'ordine legale delle successioni, derogabile solo attraverso lo strumento del testamento, e perché portatori dell'immoralità insita nel c.d. *votum captandae mortis o votum corvinum*, ossia nel desiderio dell'altrui morte.

Nel diritto medioevale italiano furono riconosciuti validi soltanto i patti c.d. rinunciativi con riferimento al matrimonio, per favorire la discendenza maschile e, inottemperanza alle regole monastiche della povertà, erano ammessi nelle ipotesi in cui il monaco rinunziasse alla successione che a lui sarebbe potuta spettare (GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano* Milano 1964, vol.1, pag. 39 e ss.; AZZARITI-MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova 1973, pag. 10; GROSSO-BURDESE, *Le successioni*, parte generale, in Trattato Vassalli, pag. 92 e ss., Torino 1977; CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, tomo 1, pag. 27, Milano 2002; TROISI, *Diritto Civile Lezioni*, Napoli, 2004, pag. 258; GAZZONI, “*Manuale di Diritto Privato*”, Napoli 2006, pag. 443.

I divieti in questione furono recepiti nel codice civile del 1865 che, all'art. 1118, prevedeva il divieto generale di stipulazione intorno ad una successione non ancora aperta e all'articolo 954 vietava la rinuncia all'eredità di una persona vivente e l'alienazione dei diritti eventuali su detta eredità. Il progetto definitivo del libro delle successioni riportava una sola norma del codice abrogato (l'art. 954 citato, del codice abrogato, riprodotta nell'art. 70 del progetto definitivo) che, regolando soltanto le ipotesi di patti successori di rinuncia, sarebbe stata incompleta; nella stesura definitiva si è dato al principio una portata generale.

⁶⁷² GRAZIANO, *Il divieto dei patti successori*, Lezione 19 ottobre 2007 presso Scuola di Notariato della Campania, Fondazione “Emanuele Casale” in www.conotca.notariato.it.

In dottrina⁶⁷³ si sostiene che “*nel nostro ordinamento, non essendo ammesso il contratto a causa di morte, non v'è negozio mortis causa che non sia anche di ultima volontà*” come confermato nella Relazione al re del libro secondo del codice civile secondo la quale: “*affermato nell'art. 2 il principio fondamentale del nostro diritto successorio, per cui le forme di successione sono due, la legale e la testamentaria, ho considerato di escludere espressamente l'ammissibilità della terza possibile causa di delazione ossia del contratto come titolo di successione, stabilendo il divieto della cosiddetta successione pattizia o patto successorio*”⁶⁷⁴.

Diversamente da altri ordinamenti giuridici quali, ad esempio, quello francese, in quello italiano il divieto dei patti successori è espresso non soltanto in termini generali nell'art. 458 cod. civ. ma anche in altre norme⁶⁷⁵.

Lo si ritrova in varie disposizioni codicistiche tra cui l'art. 557, secondo comma, cod. civ., sul divieto di rinuncia all'azione di riduzione finché il donante è in vita che, come osservato, costituisce una particolare applicazione del patto rinunziativo.

Allo stesso modo, l'art. 589 cod. civ. rappresenta un'ulteriore applicazione del divieto del patto istitutivo, con riferimento al testamento congiuntivo e cioè a più testamenti contenuti nel medesimo atto che può assumere la forma del congiuntivo “*semplice*” quando due o più persone dispongono a favore di un terzo o del congiuntivo “*reciproco*” quando, invece, ciascuno dei testatori dispone reciprocamente a vantaggio dell'altro.

La giurisprudenza ha aderito alla tesi dominante in dottrina⁶⁷⁶ circa la natura formale del vizio previsto dall'art. 589 cod. civ. ed ha affermato che, quando più testamenti sono contenuti in un medesimo atto, sono senz'altro nulli perché la norma pone una presunzione assoluta di mancanza di libera e spontanea espressione della volontà

⁶⁷³ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., pag. 37 e ss.; ID., voce *Atto mortis causa*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959, pag. 232 e ss.

⁶⁷⁴ Passo tratto da VIDARI, *Patti successori e contratti post mortem*, in www.jus.unitn.it, pag. 2.

⁶⁷⁵ FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa* in www.edizionicf.unive.it/index.php/RicGiu/article/download/534/357.

⁶⁷⁶ BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano 1985, pag. 563.

dei testatori⁶⁷⁷.

Tuttavia, ha ritenuto che l'indicata presunzione assoluta non ricorre né nel caso dei testamenti “*simultanei*” i quali, seppur contenuti nel medesimo atto, preservano una loro autonomia⁶⁷⁸, né quando le schede risultano redatte separatamente, a meno di non provare in concreto l'esistenza di un accordo tra i testatori, che è presunto nella fattispecie prevista dall'art. 589 cod. civ.

In applicazione dell'indicato principio, sono stati dichiarati nulli, perché congiuntivi, due schede formalmente distinte di pari data ed identico contenuto con cui i testatori avevano disposto l'uno a favore dell'altro ricavando da tali circostanza l'esistenza di un accordo⁶⁷⁹; allo stesso modo, è stato ravvisato un vero e proprio patto successorio vietato nel caso di due coniugi che, con due figli, avevano disposto ciascuno a favore di un solo figlio con testamenti separati che, per integrarsi l'uno con l'altro, evidenziavano la preesistenza di un accordo⁶⁸⁰.

Ulteriore espressione del divieto dei patti istitutivi è comunemente individuata nell'art. 590 cod. civ. che, per il chiaro disposto normativo, consente la convalida delle disposizioni testamentarie nulle (al pari dell'art. 799 cod. civ. per le donazioni), ma non invece di eventuali patti successori che continuano ad essere insanabili, come se il vizio che li inficia fosse addirittura “maggior” di quello di un atto nullo.

La norma, definita “*tra le meno comprensibili e coerenti dell'intero panorama normativo*”,⁶⁸¹ costituisce nel contempo eccezione al principio generale dell'art. 1423 cod. civ. secondo cui “*il contratto nullo non può essere convalidato...*”⁶⁸² ed espressione della clausola di salvezza contenuta nello stesso art. 1423 cod. civ. (*se la legge non*

⁶⁷⁷ Cass. 5 aprile 2012, n. 5508 in *Giust. civ.*, 2012, 5, pag. 1197 e in *Vita Not.* 2012, 2, pag. 817. In pratica, deve trattarsi di un'unica scheda testamentaria sottoscritta da entrambi (o tutti) i testatori.

⁶⁷⁸ Cass. n. 5508/2012 cit., in *Giust. civ.*, 2012, 5, pag. 1197. In senso contrario, BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*, II Ed., Torino 1993, pag. 111, il quale ritiene che i testamenti simultanei ricadono nella previsione dell'art. 589 cod. civ.

⁶⁷⁹ Tribunale Milano, 2 novembre 1998, in *Giur. merito*, 2000, pag. 596 con nota di SCODELLARI.

⁶⁸⁰ Cass. 27 aprile 1982, n. 2623, in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 4.

⁶⁸¹ BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, pag. 165.

⁶⁸² Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, in *Riv. Not.*, 1968, pag. 1132 e in *Foro it.*, 1968, I, col. 1949; Cass., 28 luglio 1965, n. 1794, in *Foro it.*, 1965, I, co. 1657; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, col. 520 e in *Foro it.*, 1965, I, col. 1719.

dispone diversamente) trovando il suo fondamento nel principio di conservazione, da tutelare in modo maggiore negli atti *mortis causa* non potendo in essi l'autore rinnovare il negozio ed eliminare la causa di nullità⁶⁸³.

Pertanto, in caso di nullità di una o più disposizione o dell'intero testamento, purchè riferibili alla volontà del testatore⁶⁸⁴, gli eredi possono assecondare il volere del *de cuius* espresso in maniera sostanzialmente o formalmente inadeguata e, in sostanza, rinunciare a far valere la nullità.

Pertanto, ad esempio, se Tizio è nominato erede in base ad un testamento non scritto di pugno dal testatore, i beni saranno devoluti all'erede legittimo Caio ma se costui conferma il testamento nullo, perde la qualità di erede e l'eredità spetterà a Tizio⁶⁸⁵.

Nonostante l'ampiezza della formula legislativa, qualora la nullità derivi da mancanza di volontà (es.: violenza fisica, riserva mentale, dichiarazione *joci causa*, revoca del testamento), non sarà possibile confermare le disposizioni⁶⁸⁶.

Secondo parte della dottrina⁶⁸⁷ il testamento orale (o nuncupativo) non

⁶⁸³ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 921 e ss.; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 2009, pag. 1266.

⁶⁸⁴ Cass., 4 luglio 2012, n. 11195, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, fasc. 7-8, ritiene non possa applicarsi l'art. 590 cod. civ. in ipotesi di accertata sottoscrizione apocrifia del testamento, la quale esclude in radice la riconducibilità di esso al testatore.

⁶⁸⁵ La titolarità della facoltà di convalida spetta a chi sia investito del potere di disposizione del diritto (Cass. 15 febbraio 1968, n. 535, in *Foro it.*, 1968, I, col. 1949); se la conferma è posta in essere da alcuni soltanto dei titolari della facoltà, gli altri ben possono far valere la nullità, travolgendo per tutti la disposizione nulla (così Cass. 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, col. 435).

⁶⁸⁶ BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. cit.*, pag. 155; nello stesso senso TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* cit., pag. 1266; DI MARZIO, *Accordo tra coniugi sulla destinazione post mortem dei propri beni*, nota a Tribunale Napoli, 30 giugno 2009 in *Giur. merito* 2010, fasc. 12, pag. 3010 secondo cui la stessa soluzione va adottata con riguardo all'ipotesi di revoca presunta ai sensi dell'art. 684 c.c., secondo il quale si considera revocato il testamento olografo distrutto, lacerato o cancellato. Sulla revoca del testamento, cfr. Cass. 9 ottobre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, I, col. 1885.

⁶⁸⁷ Per LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, pag. 184 "l'aggravio di formalismo" disposto in materia testamentaria risponde ad uno scopo pratico: "non essendoci più il disponente al momento in cui le regole da lui dettate avranno esecuzione, si deve essere certi che esse corrispondono al suo effettivo volere". Lo stesso legislatore, pur in mancanza di un qualche ostacolo all'astratta configurabilità del testamento orale, già ammessa dal diritto romano, abbandonò la norma dell'art. 166 del progetto preliminare del libro delle successioni che lo ammetteva per i "testamenti in caso di infortuni o in luoghi di malattie contagiose nei quali non potessero essere presenti gli ufficiali pubblici espressamente abilitati a riceverli". Ciò per la sfiducia nella possibilità di pervenire ad una esatta ricostruzione della volontà del testatore a mezzo della relazione verbale dei testimoni, anche al di fuori dei casi di malafede.

Ritengono inesistente e non meramente nullo il testamento nuncupativo e perciò insuscettibile di sanatoria: DEGNI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*

è nullo, bensì inesistente con conseguente inapplicabilità dell'art. 590 cod. civ..

Altra dottrina⁶⁸⁸, invece, aderisce al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui “*non ripugna alla realtà delle cose la esistenza di un testamento nuncupativo, ammessa in varie legislazioni*”⁶⁸⁹.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare che l'esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie lesive della legittima non preclude al legittimario l'azione di riduzione perché le disposizioni lesive non sono nulle, bensì riducibili; qualora, però, nella concreta fattispecie sia stata manifestata in modo non equivoco la volontà di rinunciare a far valere la lesione, il comportamento assunto ben potrebbe integrare rinuncia alla domanda di riduzione⁶⁹⁰.

La regola secondo cui nell'ordinamento giuridico italiano l'unico atto

diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, pag. 203; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.* diretto da De Martino, 2^a ed., Roma, 1982, pag. 56; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, pag. 442; CANNIZZO, *Successioni testamentarie*, Roma, 1996, pag. 46; TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, pag. 356.

⁶⁸⁸ PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, pag. 87; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1961, pag. 43; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, pag. 399; VENDITTI, *Un caso controverso di disposizione testamentaria orale eseguita volontariamente ai sensi dell'art. 590 c.c.*, in *Dir. e giur.*, 1989, pag. 408; SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*, in *Riv. Not.*, II, 1997, pag. 1246; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, VI, 2, Torino, 1997, pag. 212; BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1986, pag. 71.

⁶⁸⁹ Cass. 16 maggio 1941, n. 1479, in *Foro it.*, 1941, I, col. 1036; Cass. 25 marzo 1946, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Testamento*, n. 8; Cass. 23 aprile 1965, n. 719, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, col. 520; Cass. 26 giugno 1964, n. 1689, in *Foro it.*, 1964, I, col. 1365; Cass. 19 febbraio 1970, n. 389, in *Giust. civ.*, 1970, I, pag. 1031; Cass. 8 maggio 1984, n. 2800, in *Riv. Not.*, 1985, II, pag. 1345; indirettamente v. pure Cass. 11 luglio 1996, n. 6313, in *Riv. Not.*, 1997, II, pag. 163, in tema di responsabilità del notaio per aver rogato l'atto di conferma del testamento orale; nella giurisprudenza di merito Trib. S. Maria Capua Vetere 28 giugno 1955, in *Dir. e giur.*, 1956, pag. 319; App. Roma 4 maggio 1961, in *Temi rom.*, 1962, pag. 240; Trib. Napoli 29 aprile 1986, in *Dir. e giur.*, 1989, pag. 407; App. Napoli 3 maggio 1989, in *Dir. e giur.*, 1989, pag. 407; *contra*: Trib. Trani 28 luglio 1950, in *Dir. e giur.*, 1950, 418; Tribunale Napoli, 30 giugno 2009 cit., in *Giur. merito* 2010, fasc. 12, pag. 3010.

⁶⁹⁰ Cass. 4 agosto 1995, n. 8611, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Successione ereditaria*, n. 90; più recentemente, Cass. 21 maggio 2012, n. 8001 in *Giust. civ. Mass.* 2012, 5, pag. 645. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto che l'adesione della legittimaria ad un accordo transattivo intercorso fra le parti del procedimento di divisione giudiziale del bene in contesa esprimesse inequivocamente la sua volontà di rinunciare a far valere il diritto alla reintegrazione della quota di eredità riservata per legge. Sulla rinuncia tacita all'azione di riduzione e sulla ammissibilità di una rinuncia tacita all'azione di riduzione cfr. Cass. 20 gennaio 2009 n. 1373 in *Foro it.* 2009, 5, col. 1435 e Cass. 28 marzo 1997 n. 2773 in *Il civilista* 2009, 11, pag. 73 con nota di BARDARO.

mortis causa ammesso è il testamento, con la conseguenza che tutte le attribuzioni patrimoniali che trovano la loro fonte nella morte sono nulle per contrasto con il divieto dei patti successori, ha determinato una vera e propria “crisi” dello strumento di ultime volontà⁶⁹¹.

La causa principale è il mutato contesto sociale che, diversamente da quanto accadeva sino a qualche decennio fa, è ormai caratterizzato da un cospicuo aumento di “seconde nozze”, dal diffondersi di rapporti interpersonali nuovi e non compiutamente disciplinati dall’ordinamento giuridico, quali le unioni di fatto⁶⁹²; più in generale dal nuovo concetto di famiglia⁶⁹³.

Ne è derivato un crescente interesse della dottrina per il ricorso a strumenti alternativi al testamento⁶⁹⁴ e ai negozi *trans mortem* o comunque con effetti *post mortem*.

Nell’autonomia privata sono notoriamente compresi tanto gli atti contrattuali quanto quelli unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale tra cui il testamento.

Il legislatore italiano, con scelta che continua a far discutere⁶⁹⁵, ha definito e regolato in termini generali il contratto ed ha soltanto menzionato gli atti unilaterali, senza definirli e senza dettare per essi una disciplina generale.

L’art. 1324 cod. civ., difatti, dispone: “*salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*”.

Attraverso l’art. 1324 cod. civ. si è, per un verso, creato un generale

⁶⁹¹ In argomento, diffusamente PALAZZO, *Declino dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, pag. 289 e ss.; RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna 1997, pag. 9 e ss.; LIPARI, *Autonomia testamentaria e testamento*, Milano 1970, pag. 12; LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, Torino 1982, pag. 27 e ss.

⁶⁹² La Suprema Corte mantiene ferma e netta la distinzione tra famiglia fondata sul matrimonio a famiglia di fatto ed accorda al convivente *more uxorio* una limitata tutela. Per Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277 (in *Dejure*), *la dazione di beni e denaro al convivente more uxorio si considera effettuata come adempimento di un dovere morale e sociale*, nell’ambito di una nozione allargata di famiglia (che ormai non è più limitata alle relazioni basate sul matrimonio) e pertanto *non è ripetibile*; secondo Cass. 2 gennaio 2014, n. 7 (in *Dejure*) *la convivente non è assimilabile ad un’ospite e, dunque, non può essere buttata fuori casa dai parenti del compagno comodatario dell’immobile in caso di un suo ricovero in ospedale*.

⁶⁹³ A tale concetto si è fatto riferimento nel capitolo I, §5.

⁶⁹⁴ Diffusamente, ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie “in forma indiretta”* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 4, pag. 1077 e ss.

⁶⁹⁵ SACCO, *Il fatto, l’atto, il negozio* in *Trattato Sacco*, Torino 2005, pag. 273 e ss.

schema di atto di autonomia, il *negozio giuridico*, in cui confluisce perciò, oltre al contratto, qualunque altro atto, anche unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale; per un altro verso non si è provveduto a regolare l'atto di autonomia in termini generali poiché agli atti unilaterali *inter vivos* a contenuto patrimoniale non è stata estesa in termini generali la disciplina dei contratti⁶⁹⁶, bensì soltanto in termini di *compatibilità e salvo diverse disposizioni di legge*⁶⁹⁷.

Si è osservato⁶⁹⁸ che proprio la scelta di estendere la disciplina dei contratti agli atti tra vivi a contenuto patrimoniale entro i confini della compatibilità e della salvezza di diversa disposizione di legge costituisce il principale ostacolo alla ricostruzione di un'unica categoria di negozio giuridico, comprensiva anche degli atti unilaterali negoziali.

Difatti, l'art. 1324 cod. civ., assimila parzialmente contratto e atto unilaterale con riguardo alle regole applicabili; non crea, né presuppone una superiore categoria generale che ricomprenda tutti gli atti, siano o non siano contratti.

“In realtà non esiste il negozio giuridico, ma esistono diversi negozi⁶⁹⁹”, alcuni dei quali, come il testamento ed il matrimonio, sono caratterizzati da elementi talmente peculiari da giustificare un'autonoma disciplina.

L'indicata conclusione assume notevole rilevanza in ordine alla configurabilità di atti *trans mortem*.

⁶⁹⁶ Per BETTI, *Atti giuridici* in Nov. Dig. it., I, 2, Torino 1958, pag. 1505 e SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico* in Enc. Dir., Milano 1959, pag. 203, unica eccezione è costituita dagli atti non negoziali (c.d. atti in senso stretto o meri atti) caratterizzati dal fatto che l'autore, ponendoli in essere, non intende creare alcun rapporto o realizzare particolari effetti giuridici.

⁶⁹⁷ BRECCIA, *Commentario al codice civile*, Vol. I, a cura di Navarretta-Orestano, Lavis 2012, pag. 179 e ss.

⁶⁹⁸ IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pag. 565 e ss. Nella stessa linea di pensiero, SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB* in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pag. 535 e ss.

⁶⁹⁹ IRTI, *Il negozio giuridico e il diritto contrattuale* - Lezioni inedite del Prof. Natalino Irti, a cura di Fauceglia in <http://media.wix.com>. A pag. 2, l'autore precisa che il negozio giuridico è *“un concetto astratto elaborato dalla dottrina, che ha raggruppato istituti diversi, ma comparabili, poiché si tratta di atti che corrispondono a manifestazioni di volontà diretta a produrre effetti giuridici. Il Codice non ne parla, dato l'orientamento più pratico che dottrinale e quindi più vicino al modello francese che a quello tedesco. Per questo la vigente codificazione non conosce espressamente la figura del negozio, ma tratta dei diversi tipi di negozi, specie i contratti in generale, così come la tendenza moderna della dottrina. Eppure anche fuori del diritto delle obbligazioni si hanno negozi a cui si applicano le norme desunte dal diritto patrimoniale, come l'art.144, con cui i coniugi stabiliscono le regole della loro convivenza, il riconoscimento dei figli naturali o il testamento.....”*.

Difatti, se esistesse “*il*” negozio giuridico⁷⁰⁰ ed al testamento dovessero applicarsi *tout court* le norme sui contratti, qualunque accordo che avesse come effetto un’attribuzione *post mortem* risulterebbe elusivo del principio del “*monopolio*”⁷⁰¹ del testamento e sarebbe radicalmente nullo perché in frode alla legge, a prescindere dal fatto che costituisca o meno un patto successorio⁷⁰².

Invece, dalla pluralità di negozi giuridici, soggetti a regole diverse, discende l’astratta configurabilità di atti con efficacia *post mortem* diversi dal testamento, a condizione, però, che non ricadano sotto il divieto dei patti successori.

Secondo autorevole dottrina⁷⁰³ non è pertanto escluso che, al di fuori dei limiti del divieto dei patti successori e nel rispetto della libertà testamentaria che esso esprime, si possa ricorrere ad atti dispositivo destinati ad avere effetto per dopo la morte del disponente.

In realtà, la distinzione tra atti a causa di morte e atti tra vivi deve cogliersi nella particolare funzione successoria che qualifica i primi e nella loro naturale destinazione ad avere effetti dopo la morte del disponente.

Nei tipici atti tra vivi, singoli effetti possono essere collegati alla morte ma ciò non esclude la loro immediata operatività nel perseguimento dei vari fini meritevoli di tutela.

In altri termini, gli atti *inter vivos* presentano come requisiti essenziali l’attribuzione al terzo, sin dal momento della stipulazione, di una aspettativa a carattere giuridico all’acquisito del diritto che può avvenire o immediatamente o successivamente ma sempre prima della morte; l’irrevocabilità del negozio e la considerazione del bene oggetto dell’atto come entità da commisurarsi al momento della conclusione del contratto e comunque *ante mortem*.

Gli atti *mortis causa* sono quelli con cui si provvede alla sistemazione dei rapporti per il periodo successivo alla morte e che in vita non

⁷⁰⁰ BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., a pag. 732 osserva che il rilievo della netta differenziazione tra contratto e testamento vale a mettere in guardia contro il metodo sicuramente non corretto di dedurre soluzioni unitarie da una concetto unitario di negozio giuridico. Proprio l’esigenza di soluzioni appropriate alle due figure può indurre a rivedere la stessa teoria del negozio.

⁷⁰¹ Discorre di “monopolio” LANGBEIL, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession* estratto dalla *Harvard Law Rev*, 97 1984, pag. 1129; Nello stesso senso, NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.* 1971, pag. 147 e ss.

⁷⁰² Diffusamente, ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"* cit., pag. 1087.

⁷⁰³ BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., pag. 728.

producono effetti; hanno ad oggetto i beni presenti al momento del decesso del soggetto (*quod superest*) e la loro destinazione a mezzo disposizioni (legislative o testamentarie) a favore di soggetti che sopravvivono al disponente.

Il diritto romano classico, per primo, individuò nella donazione liberamente revocabile uno strumento alternativo ed equivalente al testamento perché in caso di pericolo di morte (partenza per una battaglia, per un rischioso viaggio, in caso di epidemie, eccetera) consentiva al disponente di regolare la sorte dei propri beni per il tempo successivo alla morte (donazione *mortis causa*) senza però perdere la titolarità e la disponibilità dei diritti sui propri beni e con facoltà di poter successivamente modificare o revocare l'originario atto dispositivo⁷⁰⁴.

Nel diritto moderno l'istituto è stato conservato nell'ordinamento tedesco che conosce il contratto ereditario⁷⁰⁵, ma nel sistema ereditario italiano una simile figura non può ammettersi perché si risolverebbe in un patto istitutivo gratuito, vietato dall'art. 458 cod. civ..

Difatti, la donazione per causa di morte, destinata cioè a produrre i propri effetti solo dalla morte del donante, viola il divieto dei patti successori perché attraverso un contratto realizza gli effetti del testamento e, non consentendo la revocabilità dell'atto da parte del donante, viola la libertà testamentaria.

Lo schema romanistico, caratterizzato dalla revocabilità dell'atto dispositivo da parte del donante, non lede la libertà testamentaria ma costituisce figura incompatibile con la donazione che è per sua natura irrevocabile come testimoniato dalle ipotesi eccezionali di revocazione (ingratitude e sopravvenienza di figli) previste dall'art. 800 cod. civ.⁷⁰⁶.

Nell'ordinamento giuridico italiano caratterizzato dal divieto dei patti

⁷⁰⁴ ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, pag. 583 e ss.

⁷⁰⁵ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma* in *Riv. Not.* 2009, 1, pag. 111 e ss.

⁷⁰⁶ CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit. a pag. 53 individua nella revocabilità una condizione meramente potestativa a favore del disponente (art. 1355 cod. civ.) come ulteriore motivo di nullità. PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma* in *Riv. Notariato* 2009, pag. 111 e ss., evidenzia il contrasto, ancor più marcato, sotto la vigenza del codice del 1865 nel quale l'art. 1050 stabiliva che la donazione implicava lo spoglio attuale e irrevocabile del bene donato. Il codice attuale ha abbandonato ogni riferimento al carattere dell'irrevocabilità.

successori, sono nulle donazioni *mortis causa*⁷⁰⁷ e cioè quelle donazioni che trovano la loro causa nella morte del donante (es.: in previsione della morte perché malato incurabile, Tizio dona a Caio il fondo Tuscolano).

Nel citato esempio, la donazione (atto *inter vivos*) per trovare la sua causa nella morte, costituisce patto istitutivo vietato perché la definitività dell'attribuzione che è una caratteristica della donazione lede l'autonomia testamentaria vincolando il donante a mantenere fermo l'atto.

Tuttavia, nulla vieta che nell'ambito dell'autonomia privata, le parti possano stipulare atti *inter vivos* idonei a produrre effetti dopo la morte di uno dei contraenti; atti in cui l'evento morte rappresenta non la causa, bensì soltanto un criterio temporale o condizionante, cui è subordinata la produzione degli effetti dell'atto.

Esempi di simili atti sono costituiti dalla donazione *si premoriar* sottoposta cioè a condizione sospensiva dell'attribuzione (es.: Tizio dona a Caio il fondo Tuscolano a condizione che premuoia al donatario) o *cum moriar*, sottoposta a termine iniziale (Tizio dona a Caio il fondo Tuscolano a far tempo dalla morte del donante).

La dottrina prevalente⁷⁰⁸ ritiene che tali donazioni non violino il divieto previsto dall'art. 458 cod. civ. per la notevole diversità della situazione rispetto alla donazione *mortis causa* che realizza un patto successorio.

Difatti, nei patti successori, qualora fossero validi, l'attribuzione che trova causa nella morte non produrrebbe effetti in vita del disponente; di conseguenza, prima del decesso del donante, il beneficiario verserebbe in situazione di aspettativa di mero fatto non giuridicamente tutelabile.

Nelle donazioni *si* o *cum premoriar*, invece, il donatario acquista immediatamente la titolarità del diritto i cui soli effetti sono sottoposti a condizione sospensiva o a termine iniziale.

L'aspettativa, in altri termini, è a carattere giuridico ed è legalmente tutelata poiché il donatario sotto condizione o a termine iniziale può senz'altro compiere, prima dell'avverarsi della condizione o del

⁷⁰⁷ Dottrina e giurisprudenza sono concordi. Per la dottrina, TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 2011, pag. 1194; in giurisprudenza, Cass., 21 aprile 1979, n. 2228, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 4

⁷⁰⁸ TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* cit., pag. 1194; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* cit., pag. 54; PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

termine, atti conservativi (art. 1356, primo comma cod. civ.) o disporre del bene donato, sia pure con atto sottoposto alla medesima condizione e termine (art. 1357 cod. civ.)⁷⁰⁹.

Anche la giurisprudenza si era espressa nel senso della validità della donazione *cum premoriar* a decorrere dalla morte del donante⁷¹⁰ a condizione che l'attribuzione fosse irrevocabile.

In presenza di una facoltà di revoca *ad nutum* da parte del donante, osservava, l'atto sarebbe radicalmente nullo perché sottoposto a condizione meramente potestativa (es.: ti donerò il fondo Tuscolano se ne avrò piacere); ad una condizione, cioè, che inficia l'intero contratto (art. art. 1355 cod. civ.) perché rimette la produzione degli effetti al capriccio o al dominio assoluto della parte (creditore o debitore) su cui grava l'obbligazione privando, nel contempo, il donatario di una qualunque forma di aspettativa giuridicamente tutelabile.

Più recentemente, però, discostandosi dal precedente orientamento, la Suprema Corte⁷¹¹ ha ritenuto invalida la donazione *si premoriar* del seguente tenore: “*Cara L., se morirò prima di te, l'alloggio di via Lambruschini n. 12 così com'è con i mobili e quanto altro lo arreda, te lo attribuisco sin d'ora in comodato*”.

Ha osservato in motivazione che il negozio con il quale un soggetto disponga in vita di un proprio diritto con effetti decorrenti dalla data della propria morte, attribuendo ad altro soggetto il godimento di un immobile (diritto di abitazione di un appartamento, qualificato nell'atto come comodato), a partire dal giorno in cui esso dichiarante avrà cessato di vivere, anche se strutturato nella forma di atto "*inter vivos*" sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del titolare del diritto, concreta una disposizione successoria, in quanto la sua funzione è quella di permettere al dichiarante di disporre dei propri beni e dei propri diritti (e quindi della propria successione) per quando avrà cessato di vivere.

Si tratta, in definitiva, di un negozio a causa di morte e non di un negozio connesso alla morte, che prevede cioè effetti in qualche modo dipendenti dalla morte di una persona.

⁷⁰⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto con praemoriar*, in *Foro it.*, 1950, I, col. 885.

⁷¹⁰ Cass., 27 settembre 1954, n. 3136, in *Giust. Civ.*, 1955, pag. 244; Cass., 21 gennaio 1959, n. 140, in *Giur. it.*, I, 1, col. 419; Cass. 9 luglio 1976, n. 2619 in *Rep. Giur.it.* 1976, voce *Successioni legittime e testamentarie*, n. 6

⁷¹¹ Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. Not.*, 1987, col. 582, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1649 e in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 91

In realtà, appare evidente che la giurisprudenza valuta la causa concreta del negozio e valorizza la circostanza che i soggetti che scelgono l'evento condizionante (*si premoriar*) o il termine iniziale (*cum moriar*) lo fanno proprio perché non intendono privarsi in vita del bene; intendono cioè realizzare l'attribuzione a favore del beneficiario per quando essi avranno cessato di vivere; ripropongono così, concretamente, la tipica causa di morte⁷¹².

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale descritto, sembra estranea al divieto dei patti successori la donazione con riserva di usufrutto nella quale il donante riserva a sé o ad altri il diritto di usufrutto (art. 796 cod. civ.) e la donazione con patto di reversibilità (art. 791 cod. civ.)⁷¹³.

Difatti, attraverso tale particolare liberalità si realizza l'effetto traslativo immediato della nuda proprietà a favore del donatario che costituisce la causa tipica della donazione in quanto il donante si spoglia immediatamente e definitivamente del bene a favore del donatario e non limita perciò la sua autonomia testamentaria sul bene trasferito di cui si è ormai spogliato.

A seguito della morte del donante il donatario consegue la proprietà

⁷¹² CARIOTA-FERRARA, *Le successioni a causa di morte* cit., pag. 399 e ss.; BIANCA, *Diritto Civile*, 2., *Le successioni*, Milano, 2005, pag. 563; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Vassalli, Milano, 1960, pag. 312.

⁷¹³ Alcuni autori, partendo dalla concezione della proprietà con sintesi di facoltà non frazionabili e non come somma di vari diritti, sostengono che nella donazione con riserva di usufrutto coesistono due negozi: con il primo il donante trasferisce l'intera proprietà al donatario e con il secondo il donatario costituisce, a sua volta, l'usufrutto in favore del donante o del terzo. Si tratterebbe di due negozi autonomi, ancorché collegati e contemporanei (BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino 1961, pag. 375). La prevalente dottrina e la giurisprudenza, evidenziati gli inconvenienti pratici di simile ricostruzione tra cui il pagamento di doppia imposta di trasferimento, l'impossibilità di un donatario minore che, incapace di donare, non potrebbe costituire l'usufrutto a favore del donante e l'esperibilità dell'azione di riduzione da parte dei legittimari del donatario, ritiene invece che nella donazione con riserva di usufrutto le parti vogliono concludere un solo negozio, sia pure con due vicende di diritti reali: la prima, traslativa della nuda proprietà e, l'altra, costitutiva attraverso il fenomeno della riserva, del diritto di usufrutto.

La teoria del doppio negozio costituisce una *fiction iuris* (così Cass. 24 luglio 1975, n. 2899 in *Giust. civ.* 1976, I, pag. 584) ed è contro la realtà: il donante non si aspetta nulla dal donatario che assume la consueta situazione passiva di chi riceve e non certo attiva di chi a sua volta dà (ESU, *Riserva di usufrutto e alienazione di nuda proprietà* in *Riv. dir. civ.* 1974, I, pag. 337; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 1982, pag. 841; CARNEVALI, *Le donazioni* in *Tratt. Rescigno*, Torino 1997, pag. 481; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario* Schlesinger, Milano 1991, a pag. 189 ritiene che della riserva non sia fatta neppure menzione nella nota di trascrizione, *una volta che da essa risulti chiaramente che l'ambito del diritto trasferito è limitato alla nuda proprietà*”.

La donazione con patto di reversibilità (art. 791 cod. civ.) è quella donazione destinata a risolversi qualora il donatario premuova al donante. Anche in questa ipotesi la donazione realizza immediatamente l'effetto traslativo e la condizione risolutiva è soltanto finalizzata a soddisfare l'interesse del donante a recuperare il bene a preferenza dei successori del donatario.

del bene ma ciò non è effetto del contratto, bensì effetto legale dell'estinzione dell'usufrutto che non incide sulla causa donativa.

Poiché atti *inter vivos* a causa di morte diversi dal testamento sono vietati e ricadono sotto il divieto dei patti successori mentre non lo sono quelli *post mortem*, occorre individuare il criterio distintivo tra l'una e l'altra categoria.

L'art. 1412⁷¹⁴ cod. civ. disciplina il contratto a favore di terzi con prestazioni da eseguirsi dopo la morte dello stipulante a cui parte della dottrina⁷¹⁵ attribuisce natura di atto *mortis causa* eccezionalmente ammesso dalla legge.

Ad avviso della citata dottrina, la natura *mortis causa* dello schema dell'art. 1412 cod. civ. si evince chiaramente dal raffronto con l'art. 1411 cod. civ. che disciplina il contratto a favore di terzi con prestazioni da eseguirsi in vita dello stipulante e dalla diversa disciplina del potere di revoca.

Nell'art. 1411, secondo comma, cod. civ. lo stipulante può revocare la stipulazione fino al momento in cui il terzo, dichiarando di volerne profittare, acquista il diritto; nell'art. 1412 cod. civ., invece, lo stipulante può revocare il beneficio (anche con testamento) nonostante il terzo abbia dichiarato di volerne profittare.

Un potere di revoca così ampio, secondo i fautori della natura *mortis causa*, non sarebbe consentito se si trattasse di atto *inter vivos* ed è giustificato dalla scelta del legislatore di tutelare, con riferimento al bene oggetto di stipulazione, la libertà testamentaria.

Ne discende che qualora lo stipulante rinunci alla facoltà di revoca, l'attribuzione al terzo destinata a prodursi *post mortem*, diviene irrevocabile in vita e realizza una ipotesi di patto successorio eccezionalmente permesso dalla legge.

Per la dottrina prevalente⁷¹⁶, invece, soltanto apparentemente la

⁷¹⁴ La norma, rubricata "Prestazione al terzo dopo la morte dello stipulante", così dispone: "Se la prestazione deve essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante, questi può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, salvo che, in quest'ultimo caso, lo stipulante abbia rinunciato per iscritto al potere di revoca. La prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuore allo stipulante, purché il beneficio non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente.

⁷¹⁵ FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni* in Commentario Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1984, pag. 110-111; pag. 119; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., pag. 311, 320 e 411 (nota 3); MIRABELLI, *Dei contratti in generale* in Commentario cod. civ., Torino, 1987, pag. 445-446.

⁷¹⁶ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* cit., pag. 223; CARIOTA-FERRARA, *Le successioni* cit., pag. 404 e ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento* cit., pag. 303; De Giorgi, *I patti sulle successioni future* cit., pag. 124 e ss.;

disposizione in esame costituisce eccezione al divieto del patto istitutivo nella parte in cui sembra permettere di disporre dei propri beni per il periodo successivo alla morte con atto diverso dal testamento.

In realtà, osserva, il diritto oggetto della disposizione proviene dal patrimonio del promittente ed è attribuito al terzo in forza di un suo rapporto con quest'ultimo e non con lo stipulante.

L'estraneità del diritto attribuito rispetto al patrimonio del vero disponente non consente di qualificare come suo successore a causa di morte (erede o legatario) il terzo beneficiario⁷¹⁷ e pertanto anche le fattispecie che seguono lo schema dell'art. 1412 cod. civ., al pari di quelle disciplinate dall'art. 1411 cod. civ., costituiscono atti *inter vivos*.

In definitiva, la caratteristica essenziale da cui desumere la natura *inter vivos* è la cosiddetta “*attualità dello spoglio*” e cioè l'attribuzione al terzo, sin dalla data di stipulazione del contratto, di una aspettativa a carattere giuridico all'acquisto del diritto i cui effetti sono soltanto sospesi sino alla morte dello stipulante.

L'indicata aspettativa risulta senz'altro presente nell'ambito dell'art. 1412 cod. civ. il cui secondo comma, nella parte in cui dispone che la prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuore allo stipulante, conferma che il beneficiario ha già acquistato quel diritto che verrà trasmesso, in caso di premorienza, ai suoi successori.

Tuttavia, per non ricadere nel divieto dei patti successori, è necessario che la designazione avvenga al momento della conclusione del contratto.

Pertanto, se ad esempio Tizio versa a Caio la somma di euro diecimila e stipula, con questi, un contratto attraverso cui Caio si obbliga a trasferire, dopo la morte di Tizio, il fondo Tuscolano di proprietà di Caio alla persona che Tizio designerà soltanto in testamento, non si avrà un contratto a favore di terzi da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 cod. civ.), ma un vero e proprio patto istitutivo

CAPOZZI, Successioni e donazioni cit., pag. 37; BIANCA, *Diritto civile*, 2, pag. 564 e ss.; ANGELONI, artt. 1411-1413 in *Commentario Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna 2004, pag. 345 e ss.; TAMPONI, *Contratto a favore di terzi* in Trattato di diritto privato a cura di Bessone, Vol. XIII, Torino 2000, a pag. 410 evidenzia che se il contratto a favore di terzi con prestazione post mortem rientrasse nell'ambito dei negozi *mortis causa*, la rinuncia alla facoltà di revoca consentita dall'art. 1412 cod. civ. varrebbe a configurare un'ipotesi di deroga legale al divieto dei patti successori.

⁷¹⁷ CICU, *Successione per causa di morte* cit., pag. 223.

indiretto⁷¹⁸, perché il contratto concluso si perfezionerà soltanto dopo la morte del disponente, quando cioè nel testamento sarà indicato il beneficiario.

Le parti realizzeranno, quindi, una donazione indiretta *mortis causa* radicalmente nulla, perché l'irrevocabilità dell'attribuzione viola il principio della libertà testamentaria⁷¹⁹.

Il contratto sarà invece valido se, nell'esempio precedente, la designazione avvenga al momento della conclusione del contratto.

Lo schema dell'art. 1412 cod. civ., destinato a realizzare fattispecie con effetti *post mortem*, è sicuramente un valido strumento alternativo al testamento.

Esempio tipico di contratto di tal natura nella prassi utilizzata per tutelare il convivente di fatto, è l'art. 1920 cod. civ. (assicurazione a favore di un terzo con facoltà per lo stipulante di designare il beneficiario per testamento).

Anche tale disposizione non costituisce eccezione (consentita) al divieto dei patti successori perché non disciplina un negozio *mortis causa* vietato.

La Suprema Corte, difatti, valorizzando il terzo comma dell'art. 1920 cod. civ. secondo cui "*per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione*", ha rimarcato la natura *inter vivos* dell'acquisto da parte del terzo e, con riferimento alla polizza nella quale era previsto che dopo la morte del contraente *sarebbe stato corrisposto l'indennizzo di lire 25.000.000 ai suoi "eredi testamentari o legittimi, nonché al coniuge non legalmente separato, in parti uguali tra di loro"*, ha ritenuto del tutto irrilevante che alcuni degli eredi non avessero accettato l'eredità⁷²⁰.

⁷¹⁸ Indiretto perché l'attribuzione *mortis causa* proviene non dal *de cuius* bensì dal promittente.

⁷¹⁹ GRAZIANO, *Scuola di Notariato della Campania – Fond. Emanuele Casale, Lezione 19 ottobre 2007*. Cfr. Cass. 21 aprile 1979 n. 2228 in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 4 secondo cui "*la nullità dei patti successori è comminata dall'art. 458 c.c., al fine di conservare al testatore la libertà di disporre dei propri beni per tutta la durata della sua vita; ne consegue che una convenzione è qualificabile come patto successorio solo se attui la trasmissione di diritti relativi a una successione non ancora aperta e faccia sorgere un "vinculum iuris", di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento*".

⁷²⁰ Con sentenza 14 maggio 1996, n. 4484, in *Dir. Economia assicur. (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.)* 1997, I, 167, la Corte di Cassazione ha chiarito che "*nel contratto di assicurazione per il caso di morte del beneficiario il designato diviene titolare di un diritto proprio alla prestazione cui è tenuto l'assicuratore e cioè di un diritto che gli deriva dal contratto di assicurazione: consegue che la designazione la quale indichi gli eredi legittimi o testamentari concreta mera indicazione del criterio per la individuazione dei beneficiari, e costoro pertanto divengono titolari di un diritto autonomo, che trova la sua fonte nel*

Altra fattispecie tipica di contratto a favore di terzi è costituita dal deposito nell'interesse del terzo, prevista dall'art. 1773 cod. civ. che può sortire effetti dopo la morte qualora le parti, conformemente all'art. 1412 cod. civ., prevedano che gli effetti si producano dopo la morte del disponente.

La giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi su un'interessante caso: Tizio versa al figlio una somma di danaro e stipula con questi e la moglie un contratto attraverso cui il figlio si obbliga a consegnare alla madre, dopo il decesso di Tizio, la somma che il padre gli ha consegnato, opportunamente rivalutata.

Mentre secondo la dottrina⁷²¹ la causa del trasferimento della somma dal figlio alla madre è soltanto occasionata dalla morte del disponente e, pertanto, trattasi di atto *inter vivos* con effetti *post mortem* riconducibile all'art. 1412 cod. civ., la Suprema Corte⁷²² ha affermato che nel caso esaminato, per aver sottoscritto l'accordo anche la beneficiaria che ha così acquisito la qualità di parte, non si configura un valido contratto a favore di terzo (eventualmente riconducibile all'art. 1773 cod. civ.), bensì patto successorio vietato realizzato attraverso due contratti collegati: di deposito irregolare (intercorso tra Tizio ed il figlio) e di donazione nulla (intercorso tra Tizio e la moglie) perché la morte di Tizio non funge da mero termine, bensì da evento condizionante la donazione.

Ulteriore valida alternativa al testamento è individuata dalla dottrina nel contratto di rendita vitalizia a favore di terzo (art. 1875 cod. civ.) che, per espressa previsione, quantunque importi per il beneficiario una liberalità, non richiede la forma dell'atto pubblico "*ad substantiam*".

Tuttavia, è necessario, per la sua validità, anche quando produce

contratto; essi vanno individuati in coloro che rivestono, al momento della morte del contraente, la qualità di chiamati all'eredità di costui e sono pertanto irrilevanti, al fine, la rinuncia o accettazione dell'eredità da parte degli stessi".

⁷²¹ COSTANZA, *Negozio mortis causa o post mortem?* in *Giust. Civ.* 1991, I, pag. 953.

⁷²² Dell'indicata fattispecie si è occupata Cass., 17 agosto 1990, n. 8335, in *Giust. Civ.*, 1991, I, pag. 953; in *Riv. Not.*, 1991, pag. 517, che nel rigettare la domanda della "beneficiaria" ha così deciso: "*il contratto, con cui una parte deposita presso un'altra una determinata somma ed attribuisce ad un terzo, che prende parte all'atto, il diritto a pretendere la restituzione dopo la propria morte, non configura un contratto a favore di terzi, con esecuzione dopo la morte dello stipulante, a norma dell'art. 1412 c.c., avendo il terzo assunto la qualità di parte dell'atto e lo stipulante obbligandosi in suo diretto confronto a mantenere ferma la disposizione in suo favore, bensì rientra, nell'ambito di applicazione del divieto dei patti successori sancito dall'art. 458 c.c., ed è perciò nulla, giacché dà luogo ad una completa convenzione costituita da un deposito irregolare e da una donazione mortis causa*".

effetti dopo la morte del disponente, che, al pari di tutti i contratti a favore di terzi, la donazione al terzo venga attribuita direttamente dalle parti del contratto.

Ne consegue, secondo la Suprema Corte, che qualora il vitalizio sia attribuito con atto unilaterale del promittente diverso dal contratto, la dichiarazione, trattandosi di donazione, richieda la forma dell'atto pubblico⁷²³.

Attraverso lo schema del contratto a favore di terzo (art. 1411 e ss. cod. civ.) possono poi realizzarsi i contratti atipici del vitalizio alimentare e del mantenimento⁷²⁴ a favore del terzo (es.: un genitore stipula con persona di fiducia un contratto per il mantenimento del figlio malato) anche con effetti *post mortem* (es.: con efficacia successiva alla morte dello stipulante genitore) che, in tal caso, per costituire valida alternativa al testamento, potrebbe facilmente ricadere sotto il divieto dei patti successori.

Seguendo puntualmente lo schema dell'art. 1412 cod. civ., il contratto sarebbe *inter vivos* alle seguenti condizioni: a) che il genitore disponente esegua la prestazione (es.: trasferimento dell'immobile, dei

⁷²³ Cass. 12 agosto 1996, n. 7492, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1170, si è occupata della seguente fattispecie: un fratello acquistava da altro fratello la nuda proprietà di alcuni terreni con atto pubblico e, con dichiarazione unilaterale per scrittura privata di pari data, per aderire al desiderio del germano venditore che si era riservato l'usufrutto sui beni trasferiti, si impegnava a versare alla moglie del fratello, dopo il decesso di questi, la terza parte della rendita della locazione dei terreni acquistati. La Suprema Corte, confermando le pronunce di merito e richiamando in motivazione i propri precedenti n. 8075 del 1994, 7026 del 1986, 4012 del 1983, ha rigettato la richiesta di pagamento avanzata dall'attrice sul rilievo che l'attribuzione del vitalizio al terzo non era avvenuto per contratto, bensì per autonoma dichiarazione unilaterale nulla per vizio di forma trattandosi di donazione indiretta.

⁷²⁴ In dottrina, CARIOTA-FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, in *Giur.comp. Cass.*, 1951, II, vol. XXX, pag. 55; CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, col. 1165; LENER, voce "Vitalizio", in *Nov. dig. It.*, Torino, 1957, pag. 1022.

La Cassazione ha di recente consolidato il proprio orientamento attorno all'opinione che il vitalizio alimentare integri una fattispecie negoziale atipica non assimilabile alla rendita vitalizia per l'infungibilità del vitalizante soltanto nel vitalizio alimentare (in tal senso Cass. 29 maggio 2000 n. 7033 in *CED Cassazione*; Cass. 8 settembre 1998 n. 8854 in *Giur. it.*, 1999, pag. 725).

La dottrina distingue tra vitalizio alimentare, con il quale un soggetto si obbliga a corrispondere ad un altro gli alimenti – vitto alloggio, vestiario, cure mediche eccetera, dal contratto (o rapporto) di mantenimento, in cui la prestazione del vitalizante è determinata attraverso un generico riferimento al mantenimento del vitaliziato nel quale una parte si obbliga, quale corrispettivo del trasferimento di un bene o della cessione di un capitale, a fornire all'altra prestazioni alimentari o assistenziali vita natural durante. Con tale contratto un soggetto, incapace di provvedere autonomamente ai propri bisogni ed esigenze di vita, ottiene in cambio della cessione di un bene o di un capitale non la semplice dazione periodica di denaro o di cose fungibili, bensì il diretto soddisfacimento mediante l'attività personale della controparte -di esigenze di varia natura concernenti vitto, alloggio, pulizia, cure mediche e finanche assistenza morale.

mobili o della somma concordata) in favore del vitalizante promittente sin dalla data della stipulazione del contratto, che sarebbe sospesa negli effetti sino alla sua morte; b) che il genitore, per non violare la propria libertà testamentaria con riferimento al bene oggetto di disposizione, si riservi la facoltà di revocarla sino al momento del decesso; c) che alla stipulazione del contratto non partecipi il figlio, terzo beneficiario, per evitare che possa ipotizzarsi non un contratto a favore di terzi, bensì due contratti collegati di cui uno di donazione tra il disponente ed il beneficiario⁷²⁵.

In caso contrario e qualora il trasferimento di quanto concordato avvenisse, secondo gli accordi tra genitore-disponente e vitalizante-promittente dopo la morte del primo, il negozio ricadrebbe sotto il divieto dei patti successori; in primo luogo perché il genitore vedrebbe limitata la propria libertà testamentaria con riferimento al bene oggetto della prestazione e, in secondo luogo, perché tale contratto non avrebbe prodotto alcun effetto in vita.

La giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi su un contratto di vitalizio (art. 1822 cod. civ.) cui accedeva un contratto atipico di mantenimento con trasferimento della proprietà differito al momento della morte del vitaliziato e con facoltà di quest'ultimo di disporre in vita del bene in caso di bisogno.

La Suprema Corte⁷²⁶ ha escluso trattarsi di un patto successorio in quanto la morte non era causa dell'attribuzione, ma solo termine di efficacia dell'atto di trasferimento del bene in favore del vitalizante.

⁷²⁵ La citata Cass.n. 8335/1990 ha ritenuto che la partecipazione del terzo beneficiario alla stipulazione dell'atto determini l'instaurazione di un rapporto diretto tra stipulante e terzo riconducibile ad una donazione *mortis causa*.

⁷²⁶ Cass., 11 novembre 1988, n. 6083 in *Foro it.* 1989, I, col. 1163 e *Riv.Not.* 1989, pag. 647 si è occupata della seguente fattispecie: Con atto per notar Bizzarri del 5 maggio 1979 il prof. Roger Louis Tillard cedeva ai coniugi Bruno Marchiani e Luisa Giorgetti, a titolo di vitalizio, la nuda proprietà di un appartamento e dei mobili ivi esistenti e i predetti coniugi, in corrispettivo, si obbligavano a corrispondere al Tillard oltre al mantenimento - comprensivo del vitto, alloggio e vestiario - l'alloggio in una casa di campagna in Macerata nonché, tra l'altro, ogni cura ed assistenza, comprensiva del trasporto in macchina in città italiane, della Francia o della Svizzera, a provvedere a qualsiasi cura ed assistenza medica - il tutto a loro cura e spese - e ad ospitare parenti o maici del Tillard in caso di malattia. Veniva, inoltre, stabilito nell'atto che, in caso di mancata o inadeguata esecuzione delle dette prestazioni il contratto sarebbe stato risolto. Con separata scrittura privata, di pari data, le parti anzidette stabilivano, poi, a parziale modifica di quanto convenuto nell'atto pubblico, che la cessione dei detti beni avrebbe avuto valore soltanto dopo la morte del Tillard il quale, in caso di assoluto bisogno o necessità, avrebbe potuto vendere tutti o parte dei beni oggetto del vitalizio; in tale ipotesi i predetti coniugi avrebbero avuto diritto alla parte residua e, comunque, ad un adeguato compenso per le prestazioni effettuate, ferme restando, per quanto non precisato nella scrittura stessa, le pattuizioni stabilite nel citato atto pubblico.

Gli atti che, come alcuni degli esempi indicati, seguono lo schema dell'art. 1412 cod. civ. sono definiti da una dottrina *trans mortem*⁷²⁷; costituiscono valida alternativa al testamento e presentano alcune caratteristiche essenziali: esecuzione della prestazione dello stipulante durante la vita (c.d. attualità dello spoglio); esecuzione delle disposizioni da parte del promittente dopo la morte; permanenza in capo allo stipulante del potere di revoca.

Nel concorso degli indicati requisiti, l'attribuzione non potrebbe mai rivestire il carattere di patto successorio, in quanto nel contempo produce effetti in vita e non limita la facoltà di disporre successivamente per testamento delle proprie sostanze⁷²⁸.

Ulteriore esempio di disposizione a favore di terzo che potrebbe costituire una valida alternativa al testamento è un particolare contratto bancario attraverso cui un soggetto apre un libretto a risparmio intestandolo a persona che intende beneficiare dopo la sua morte.

L'operazione si risolve nel fatto che durante la propria vita, soltanto il disponente potrà effettuare prelievi dal libretto e che analogo diritto sorgerà in capo al terzo intestatario-beneficiario solo dopo la morte del disponente⁷²⁹.

Altro strumento utilizzato particolarmente dalle "coppie di fatto" è la cointestazione di un conto corrente cui accede la "clausola tontiniana"⁷³⁰ attraverso cui realizzare, in caso di decesso dell'uno ed

⁷²⁷ PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Torino 2008, pag. 16 e ss.; DI MAURO, *Patti successori, donazioni mortis causae contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, in *Giust. Civ.*, 1991, I, pag. 1791 e *Patto di intrasmissibilità mortis causa del diritto all'indennità per invalidità permanente e patti successori*, in *Giust. Civ.*, 1993, I, pag. 728

⁷²⁸ FERRI, *Delle successioni, Successione in generale*, in *Commentariocod. civ.*, dir. da Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1980, pag. 96 e ss.

⁷²⁹ Trib. Catania, 5 marzo 1958, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 1961, II, pag. 311, con nota di MAJELLO, ha negato che l'espedito possa costituire violazione del divieto dei patti successori; NICOLÒ, *Disposizioni di beni mortis causa informa indiretta*, in *Riv. notar.*, 1967, I, pag. 641 ss., ritiene che la pattuizione in esame è nulla perché in frode alla legge.

⁷³⁰ Il nome di questa clausola deriva da Lorenzo de Tonti, banchiere vissuto intorno al Seicento, il quale, su richiesta del re di Francia, ideò un nuovo tipo di contratto. Si trattava di un contratto che dei privati potevano procedere a stipulare con lo Stato, conferendo a quest'ultimo la gestione di certi beni in cambio di una rendita che lo Stato avrebbe versato loro a partire da un certo momento (ad esempio al raggiungimento di una prestabilita età). Man mano poi che i soggetti, che avevano stipulato il contratto, decedevano, la rendita non passava agli eredi ma si accresceva agli altri contraenti e, al momento della morte dell'ultimo dei privati, l'insieme dei beni che erano stati conferiti allo Stato con il contratto rimanevano a quest'ultimo. In seguito, operazioni di questo genere vennero realizzate anche da soggetti privati, come per esempio da assicurazioni le quali, in cambio della gestione di capitali, accordavano a ciascuno dei soggetti contraenti una rendita e, al momento delle loro morte, detta rendita andava ad accrescersi a quella degli altri partecipanti all'accordo.

in deroga al principio della solidarietà secondo cui le parti si presumono eguali, l'accrescimento della parte del deceduto in favore del superstite.

Anche i negozi *trans mortem* presentano una serie di inconvenienti.

Oltre ai dubbi sulla configurabilità come autonoma categoria e le difficoltà pratiche di realizzarli perché elementi di dettaglio, apparentemente irrilevanti, potrebbero risultare decisivi ai fini della loro validità, il loro maggior limite è costituito dal fatto che, come il testamento, non permettono un immediato trasferimento del bene.

Inoltre, la facoltà di revoca *ad libitum* del disponente determina nel beneficiario un incerto affidamento sulla sicurezza dell'acquisto inducendolo a posticipare eventuali investimenti sul bene trasferito.

Il maggior elemento di criticità, sia del testamento che dei negozi *trans mortem*, è costituito dall'allungamento della vita media e dalla mancanza di strumenti idonei ad anticipare con atti tra vivi, più flessibili alle concrete esigenze, la regolamentazione della successione, senza dover necessariamente attendere la morte del disponente.

Pertanto, l'unico strumento idoneo a realizzare il trasferimento in vita del donante è la "vecchia" donazione che presenta gli inconvenienti in punto di "sicurezza" a cui si è ripetutamente accennato nel presente lavoro che la riforma del 2005 non è riuscita ad eliminare.

Rilevata così l'inadeguatezza degli strumenti giuridici attuali a garantire, durante la vita, la sicurezza del trasferimento di beni a titolo gratuito che si riflette negativamente sui successivi passaggi in forza del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, la soluzione ai problemi della circolazione dei beni di provenienza donativa non può che essere adottata in via legislativa.

Ancor oggi la giurisprudenza francese ammette questo genere di patti, non ravvisando in essi alcuna violazione del divieto di patti successori, che è vigente anche in Francia. Il Tribunale di Torino, con sentenza 26 febbraio 2009, ha ritenuto la clausola contrastante con il divieto dei patti successori. Il testo integrale della sentenza e la nota di commento di FURGIUELE, *Diritto di famiglia e successioni*; lezioni a cura della Dott.ssa DEL MASTIO sono consultabile all'indirizzo www.unifi.it/.

§2- Necessità di una riforma legislativa: alcune proposte

De iure condendo il legislatore potrà orientarsi verso l'obiettivo di assicurare soltanto una maggiore speditezza della circolazione giuridica dei beni, modificando ad esempio le condizioni per la proposizione dell'azione di restituzione (come avvenuto con poca incisività attraverso la riforma del 2005), oppure potrà incidere sulla diffusa esigenza, emergente nella società, di garantire a ciascun individuo di sistemare già in vita il proprio patrimonio attraverso attribuzioni gratuite definitive che non potranno più essere messe in discussione dai legittimari dopo la sua morte⁷³¹.

I recenti interventi legislativi del 2005 e del 2006 si sono diretti su entrambe le direttrici.

Con la novella del 2005, il legislatore ha inciso sull'azione di restituzione in modo inadeguato e poco coraggioso sia per la lunghezza del termine di consolidamento sia, soprattutto, per la facoltà concessa ai legittimari di impedire, attraverso la proposizione dell'opposizione, l'indicato consolidamento.

Con l'intervento legislativo del 2006 ha invece ampliato l'ambito dell'autonomia privata in ambito successorio ed inciso sul divieto del patto rinunciativo sia pure nella specifica fattispecie del patto di famiglia.

Poco tempo dopo la riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ., l'unanime dottrina aveva evidenziato la scarsa incisività dell'intervento legislativo⁷³² che, oltre a lasciare aperte una serie di importanti questioni, quali quelle dell'efficacia intertemporale, aveva lasciato pressoché immutato il precedente quadro legislativo in dipendenza della riconosciuta facoltà di opposizione concessa ai legittimari.

La riforma aveva, pertanto, soltanto attenuato, ma non risolto, quei gravi inconvenienti derivanti dall'incertezza della circolazione dei beni di provenienza donativa.

Una prima proposta di legge che si colloca nella prima direzione citata e cioè finalizzata ad incidere sull'azione di restituzione, è stata avanzata dai senatori Pastore, Bianconi ed altri con il disegno di legge presentato nella XV Legislatura comunicato alla Presidenza il 28

⁷³¹ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷³² Cfr. *supra*, cap. II, § I, II e III.

aprile 2006⁷³³.

Nella relazione al progetto di legge si afferma che *“in campo immobiliare trova applicazione il principio per cui nei confronti dell’avente causa che abbia trascritto o iscritto un atto sono inefficaci le sentenze che accolgono domande dirette alla risoluzione (nel suo significato più generale) del titolo del suo autore; principio che trova esemplare consacrazione nell’art. 2652, primo comma, n. 1) cod. civ. ed in altre disposizioni analoghe”*.

Si precisa nella relazione, *“in materia successoria e segnatamente in materia di riduzione avverso donazioni di beni immobili – azione tipica riservata al legittimario che si ritenga leso da una donazione o da una disposizione testamentaria fatta dal defunto – tale norma non trova applicazione perché l’art. 561 cod. civ. fissa la regola per cui i beni restituiti a seguito dell’esperimento dell’azione di riduzione si considerano liberi da pesi o ipoteche, mentre l’art. 563 cod. civ. stabilisce l’obbligo di restituzione dell’immobile donato anche da parte dell’avente causa del donatario, sostituibile, la restituzione, con il pagamento, sempre a carico del terzo, dell’equivalente in danaro”* dove è stata tratta la relazione?.

Questo “sottosistema” successorio soffre una sola eccezione per i beni immobili: *“quella contemplata nell’art. 2652, primo comma, n. 8) cod. civ. secondo cui la sentenza che accoglie la domanda di riduzione non è opponibile ai terzi acquirenti a titolo oneroso qualora la trascrizione della relativa domanda venga eseguita dopo dieci anni dall’apertura della successione”*⁷³⁴.

Le disposizioni del progetto di legge citate si coordinano con il sistema normativo in materia di divieto dei patti successori e pongono il nostro sistema giuridico in un sostanziale isolamento rispetto agli altri ordinamenti europei.

Nella relazione al disegno di legge si aggiunge che *“il privilegiare le ragioni dei legittimari rispetto a quelle degli aventi causa dei donatari, compromette in modo grave la commerciabilità dei beni che hanno formato oggetto di donazione, escludendoli di fatto dal mercato immobiliare”*.

Una simile disciplina che mette fuori mercato tutti gli immobili di provenienza donativa e che incide sulla volontà di sistemazione

⁷³³ La proposta, divenuta disegno di legge n. 8, è leggibile assieme alla relazione, nel sito del Senato della Repubblica www.senato.it.

⁷³⁴ Di tale norma e della sua *ratio*, si è trattato nel cap. II del presente scritto.

successoria familiare, in attesa di un'auspicabile riforma generale della materia che ponga il sistema giuridico italiano allo stesso livello di quelli europei, va corretta nella sua più marcata incongruenza in tema di donazioni mantenendo invariata la normativa in ordine alla riduzione riferita alle sole disposizioni testamentarie.

Il progetto di legge proposto consiste nell'aggiungere il numero 8 *bis* all'art. 2652 cod. civ. del seguente tenore letterale: *“le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto a titolo oneroso trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda”* da richiamare negli artt. 561 e 563 cod. civ. e di porre analoga disciplina per i beni mobili registrati in cui il termine per l'inopponibilità dell'azione di riduzione è limitato a tre anni (art. 2690 cod. civ.)⁷³⁵.

L'indicato progetto, nella sua apparente semplicità di soluzione, appare censurabile perché produce in via di fatto l'abrogazione dell'azione di restituzione.

In altri termini, tralascia di considerare che prima dell'apertura della successione i legittimari non possono proporre (e trascrivere) la domanda di riduzione e che il terzo invece trascriverà il proprio acquisto immediatamente, anche perché l'art. 2671 cod. civ. pone a carico del notaio rogante l'obbligo di eseguire la formalità.

Poiché il legittimario è costretto ad attendere il decesso del donante per poter proporre la domanda di riduzione, risulterà ineluttabilmente soccombente sul piano pubblicitario tutte le volte in cui durante la vita del donante il donatario abbia trasferito a terzi quanto ricevuto e così il progetto, se diventasse legge, si risolverebbe in una sostanziale e malcelata abrogazione dell'azione di restituzione⁷³⁶.

Un'ulteriore proposta era stata avanzata da alcuni studiosi⁷³⁷ che avevano inteso valorizzare il ruolo della buona fede del terzo.

Secondo tale orientamento, sarebbe necessario introdurre una norma del seguente tenore: *“sono salvi i diritti sugli immobili e sui beni mobili registrati acquistati, per effetto di convenzione a titolo oneroso*

⁷³⁵ Art. 2690 cod. civ., primo comma cod. civ.: devono essere trascritte: n. 5) le domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima.

Se la trascrizione è eseguita dopo tre anni dall'apertura della successione, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda;

⁷³⁶ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷³⁷ CACCAVALE - TASSINARI, *Contributo per una riforma del divieto dei c.d. patti successori rinunciativi*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, pag. 541 ss.

con il donatario o suoi aventi causa, dai terzi i quali provino di aver confidato senza colpa sull'inesistenza, al momento della convenzione, di legittimari ... ed abbiano trascritto il proprio acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione della donazione per lesione di legittima”.

Anche tale proposta non appare convincente.

Difatti, la buona fede riferita all'ignoranza dell'esistenza di legittimari è di difficile configurabilità essendo abbastanza agevole accertare la presenza di legittimari mediante la semplice consultazione dei registri dello stato civile.

Se l'acquirente è così trascurato da non provvedere a tale semplice verifica, pone in essere un comportamento gravemente colposo che necessariamente esclude la sua buona fede, come rilevato da autorevole dottrina, secondo cui *“la buona fede dipendente da colpa grave ... non solo è moralmente non apprezzabile, ma è anche una buona fede improbabile, inverosimile...”*⁷³⁸.

Se la buona fede viene riferita all'ignoranza della riducibilità della donazione, che può essere conosciuta soltanto al momento dell'apertura della successione, per mezzo della riunione fittizia, allora porterebbe ad un risultato di segno opposto, ma egualmente inaccettabile: il terzo sarebbe sempre in buona fede e si ricadrebbe nell'abrogazione di fatto dell'azione di restituzione⁷³⁹.

In realtà, le ragioni che svalutano il ruolo della buona fede, quale elemento su cui fondare la tutela del terzo acquirente dal donatario, consistono nel fatto che l'ignoranza di una determinata situazione (nella specie, dell'esistenza di altri legittimari) non va intesa in senso meramente soggettivo, bensì oggettivo, come una *“falsa segnalazione di realtà che si inserisce in un determinato ambiente sociale come causa di un possibile errore collettivo, cioè valutabile come fonte di (astratto) affidamento della generalità dei consociati”*⁷⁴⁰ che non può utilizzarsi nell'ambito della fattispecie in esame.

Accanto agli indicati progetti di riforma, altra dottrina⁷⁴¹ aveva già proposto di ridurre (a 3 o a 5 anni) il termine di prescrizione

⁷³⁸ Così MENGONI, *Gli acquisti “a non domino”*, Milano, 1994, pag. 340.

⁷³⁹ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷⁴⁰ MENGONI, *Gli acquisti “a non domino”* cit., pag. 343; nel medesimo senso, FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pag. 682 e ss.

⁷⁴¹ NICOLÒ, *Sulla riforma del diritto successorio*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1993, pag. 134 e ss.

dell'azione di riduzione.

Una simile proposta ha l'indubbio vantaggio di non generare "scosse" nel sistema di diritto successorio, ma determina effetti modesti sotto il profilo della sicurezza del traffico giuridico perché il *dies a quo* della prescrizione (e della implicita decadenza ex art. 2652 n. 8 cod. civ.) coincide con il momento di apertura della successione che potrebbe essere posteriore anche di diversi decenni rispetto al momento di conclusione della donazione durante il quale gli acquisti fatti dal donatario e dagli aventi causa risulterebbero comunque insicuri⁷⁴².

In realtà, la causa principale dell'insicurezza della circolazione attiene proprio all'esigenza, conseguente al divieto dei patti successori, di differire le azioni di riduzione e di restituzione all'apertura della successione del donante con riferimento ad atti da questi posti in vita.

Ogni intervento legislativo che si limiti ad incidere soltanto sull'azione di restituzione, rendendone più difficoltoso l'esercizio e che prescindendo dalle cause che ne determinano il differimento, sembra risultare inidoneo a risolvere il problema.

Una soluzione legislativa al problema della circolazione dei beni di provenienza donativa potrà allora essere ricercata soltanto regolamentando nel contempo l'azione di riduzione e quella esigenza, ormai diffusa, di permettere a ciascuno di sistemare in modo definitivo il proprio patrimonio durante la vita, senza che i legittimari possano poi contestare le scelte fatte.

Sembra necessario, in altri termini, adottare scelte che comportino deroghe vistose agli attuali principi del diritto successorio, con particolare riferimento all'intangibilità quantitativa della legittima e al divieto dei patti successori.

In quest'ultima direzione si colloca un disegno di legge estremamente radicale presentato nel corso della XV Legislatura dai senatori Saro, Antonione, Mauro, Massidda e Sanciu (n. 1043 comunicato alla Presidenza il 27 settembre 2006), con cui è stata proposta l'abrogazione della successione necessaria.

Nella relazione illustrativa si sostiene che la successione necessaria era giustificata in epoche in cui "*la ricchezza essenzialmente fondiaria si trasferiva per lo più di padre in figlio, onde si riteneva che chi gratuitamente aveva ricevuto dagli avi dovesse trasmettere ai figli*" ed in cui si considerava giusto che il patrimonio familiare dovesse andare

⁷⁴² PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

“anche a tutti i componenti della famiglia che alla sua costituzione e conservazione hanno contribuito”⁷⁴³.

Nel contesto attuale, invece, in cui “la famiglia di oggi più che una comunità di produzione è una comunità di consumo, educazione e tempo libero” è apparso ingiusto riconoscere “un diritto di successione necessaria anche a quei congiunti che non si sono mai preoccupati del de cuius, o che hanno, al contrario, tenuto nei suoi confronti un comportamento ostile, o che non hanno mai contribuito a conservare e ad incrementare il patrimonio del de cuius”.

Queste affermazioni, contenute nella Relazione di accompagnamento del Disegno di legge, hanno suscitato in dottrina⁷⁴⁴ forti perplessità e dubbi di compatibilità costituzionale alla luce del principio di solidarietà familiare che caratterizza la nostra legislazione.

La famiglia è stata presente al legislatore, in sede di successioni a causa di morte, non solo come criterio o strumento per assicurare la designazione di un successore, ma anche come oggetto di tutela, essendo apparso ingiusto e contrario ad ogni dovere di solidarietà familiare, l'atteggiamento di chi disponga dei propri beni a favore di estranei, pretermettendo coniuge e figli⁷⁴⁵.

A seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, il fondamento del diritto alla quota di legittima, non è più l'interesse superiore della famiglia⁷⁴⁶, ma l'interesse individuale di ciascun componente, socialmente rilevante, sussistendo l'esigenza di una inderogabile solidarietà tra i congiunti più stretti⁷⁴⁷.

Occorre ancora considerare che, se è vero che la legittima è priva di “copertura” costituzionale *ex art. 42 Cost.*⁷⁴⁸, altrettanto vero è che i diritti dei legittimari trovano fondamento in un rapporto giuridico tra coniugi (art. 29 Cost.) e tra genitori e figli (art. 30 Cost.), ispirato al principio di solidarietà (art. 2 Cost.), che impone di adeguare ogni

⁷⁴³ Il testo del disegno di legge e la relazione illustrativa sono leggibili nel sito www.parlamento.it

⁷⁴⁴ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷⁴⁵ In tal senso FERRI, *Dei legittimari*, cit., pag. 536 e ss.; BIANCA, *Diritto civile, II. Le successioni*, cit., pag. 669 e ss.; TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pag. 1352.

⁷⁴⁶ SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, pag. 10; NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, pag. 149; CICU, *Successioni*, Milano, 1947, pag. 144 e ss.

⁷⁴⁷ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di dir. civ. comm.* diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, XLIII, t. 1, Milano, 1999, pag. 18 e ss.

⁷⁴⁸ L'argomento è stato trattato nel capitolo I.

intento riformatore al rispetto delle esigenze di solidarietà familiare⁷⁴⁹. Si riscontra una linea di tendenza negli ordinamenti di *common law* i quali, seppur fondati sull'assoluta libertà testamentaria e pur non conoscendo l'istituto della legittima in senso tecnico, hanno recentemente introdotto misure di sostegno degli stretti congiunti⁷⁵⁰.

Se, quindi, non appare percorribile la strada dell'abrogazione della successione necessaria, è invece ipotizzabile un ridimensionamento dell'istituto, attraverso una soluzione che contemperi le ragioni dei legittimari con le esigenze emergenti dal mutato contesto socio-economico.

Secondo un orientamento dottrinale⁷⁵¹ non è praticabile l'invito della Commissione europea del 7 dicembre 1994⁷⁵² di adottare, nella sostanza, la soluzione dell'ordinamento tedesco, trasformando “*la riserva in natura esistente in taluni Paesi...in riserva di valore*”.

Sarebbe metodologicamente scorretto trapiantare nell'ordinamento italiano un istituto che è intimamente legato ad un sistema successorio retto da valori, principi e logiche che, per ragioni storiche e culturali, divergono notevolmente da quelli che ci appartengono, a meno che non si intenda procedere ad una integrale riscrittura del libro secondo del codice civile.

Le differenze tra il sistema tedesco e quello italiano risultano

⁷⁴⁹ PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio* cit., pag. 317 e ss.; SESTA, *Codice delle successioni e donazioni* cit., pag. 2489; PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷⁵⁰ Il diritto inglese non conosce una quota di riserva in senso tecnico e, tuttavia, l'*Inheritance (Family Provision) Act* del 1938 e l'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* del 1975 riconoscono al giudice, a certe condizioni, il potere di disporre delle attribuzioni patrimoniali (di denaro o beni) a favore di determinati soggetti (es. coniuge, figli, conviventi ecc.). Negli USA alcuni Stati conoscono la *forced share*, cioè il diritto del coniuge del defunto di conseguire, anche contro il testamento, una parte dell'asse ereditario (Per approfondimenti, ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* a cura di Sacco, Torino, 2002, pag. 74 e ss.; GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, Torino, 1998, pag. 487 ss.). Per l'inopportunità di stravolgere il nostro ordinamento successorio per conformarsi a quello di Common Law, vale l'ammonimento di ZOPPINI, *op.ult. cit.*, pag. 90 e ss. secondo cui, se da un lato la possibilità di rimettere alla discrezionalità del giudice la successione contro il testamento costituisce una risposta all'evoluzione dei modelli familiari, coerente agli interessi e ai valori che essi attualmente esprimono, dall'altro lato tale sistema sconta significative pecche in punto di incertezza e di incentivazione della litigiosità.

⁷⁵¹ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷⁵² Nella raccomandazione del 7 dicembre 1994 (pubblicata nella G.U. CE n. 385 del 31 dicembre 1994, pag. 14-17) sulla successione nelle piccole e medie imprese, la Commissione ha tra l'altro affermato che: “*gli Stati membri dovrebbero 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 essere attenuato e la riserva in natura esistenti in taluni paesi dovrebbe essere trasformata in riserva in valore*”.

abbastanza marcate.

In Germania la tutela della circolazione giuridica dei beni oggetto di donazione è particolarmente garantita perché il diritto tedesco, riprendendo l'orientamento prussiano, da un lato esalta la libertà di testare al punto da consentire la diseredazione dei più stretti congiunti (§1938 BGB) e, dall'altro, amplia le tradizionali forme di delazione disciplinando il contratto ereditario (*Erbvertrag*), per mezzo del quale è possibile nominare eredi e legatari (§§ 2274 ss. BGB)⁷⁵³.

Qualora però alcuni congiunti (coniuge, discendenti, genitori) siano stati esclusi dalla successione oppure siano stati istituiti eredi in una quota inferiore (di oltre la metà) alla quota di legittima, gli stessi potranno agire (nel termine di prescrizione triennale) nei confronti degli eredi per ottenere una somma di denaro (*Pflichtteil*), rapportata alla quota che sarebbe loro spettata se si fosse aperta la successione legittima (§§ 2303 ss. BGB).

Se il *de cuius* nei dieci anni anteriori all'apertura della successione ha fatto donazioni a terzi, l'avente diritto può pretendere un supplemento di *Pflichtteil* dagli eredi e in via sussidiaria dal donatario (§ 2329 BGB).

Questa specie di legittima è dunque ben diversa dalla quota di legittima dei sistemi giuridici di tipo romanistico, in quanto non è una quota di beni ereditari ma un credito pecuniario (verso i coeredi ed eventualmente verso il donatario), né l'avente diritto acquista per ciò stesso la qualità di erede.

Più utile, è invece valutare la regolamentazione dell'azione di riduzione e restituzione in ordinamenti che presentano maggiore somiglianza con quello italiano.

Il riferimento è alla Francia, in cui il *Code civil*, nel caso di lesione della legittima, accertata mediante riunione fittizia, accorda ai legittimari (discendenti e ascendenti) che, come nel nostro ordinamento sono riservatari di una quota mobile, l'azione di riduzione (artt. 920, 921), la quale colpisce le disposizioni testamentarie e, qualora ciò non bastasse per reintegrare la quota di legittima, successivamente anche le donazioni (art. 923).

Anche in Francia l'azione di riduzione o di rivendicazione che abbia per oggetto un immobile può essere esercitata contro i terzi detentori o

⁷⁵³ Diffusamente, ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato* cit., pag. 74 e ss.; MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policause* cit., pag. 150 e ss.; PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

i subacquirenti del donatario (art. 930).

Dall'insieme delle riforme italiane del 2005 e del 2006 si ricava una notevole convergenza verso il sistema francese⁷⁵⁴ che, anteriormente al 1971, era anch'esso caratterizzato dall'assoluta intangibilità dei patti successori che tuttora permane unitamente alla riserva a favore dei legittimari⁷⁵⁵.

In Francia, con l'art. 10 della L. 3 luglio 1971, n. 523, fu apportata una prima notevole innovazione alla disciplina delle azioni di riduzione e di restituzione.

Pur mantenendo fermo il divieto di rinuncia all'azione di riduzione anteriormente all'apertura della successione, fu previsto che l'alienazione perfezionata con il consenso di tutti i successori necessari avrebbe precluso a costoro l'azione di restituzione e reso, conseguentemente, sicuro l'acquisto del terzo acquirente.

Con la L. 23 giugno 2006, n. 728 che ha modificato gli artt. 929 ss. del *Code civil*, è venuta meno anche tale preclusione e pertanto è stata introdotta la possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione da formalizzare innanzi a due notai che assume l'evidente funzione di incoraggiare gli accordi tra eredi.

La riforma non ha impedito all'ordinamento francese di mantenere fermo, in linea generale, il divieto dei patti successori, che soffre di rilevanti eccezioni previste dalla legge⁷⁵⁶.

Con il patto di famiglia l'Italia si è avviata sulla medesima strada, ampliando l'ambito dell'autonomia privata e individuando, nel contempo, una eccezione consentita al divieto dei patti successori.

E' stato osservato⁷⁵⁷ che il sistema francese, nella parte in cui stabilisce che l'azione di riduzione non può essere esercitata contro i terzi detentori se tutti i legittimari attualmente esistenti hanno consentito alla sub-alienazione⁷⁵⁸, ha scelto di tutelare la posizione dei terzi acquirenti e di sacrificare il diritto dei legittimari sopravvenuti di

⁷⁵⁴ FUSARO *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa* in <http://edizionicf.unive.it/riv/exp/25/10/RicercheGiuridiche/4/104>

⁷⁵⁵ Art. 722 *Code Civil*: «*Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendent ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la Loi*».

⁷⁵⁶ Sul punto, FUSARO, *Uno sguardo comparistico* cit. pag. 366.

⁷⁵⁷ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷⁵⁸ Art. 930 *code civil*: *Lorsque le donateur aura consenti à l'alienation avec l'accord de tous les réservataires nés et vivants au moment de celle-ci, l'action ne pourra plus être exercée contre les tiers detenteurs.*

recuperare il bene donato per effetto di una scelta compiuta dai legittimari esistenti al momento della donazione.

Tale situazione non potrebbe essere esportata in Italia perché produrrebbe nel nostro ordinamento una discriminazione irragionevole (come tale censurabile *ex art. 3 Cost.*) basata solo sul criterio temporale del momento della nascita, in ordine alla tutela giuridica spettante ai figli nati dagli stessi genitori.

Pertanto, secondo un orientamento dottrinale⁷⁵⁹, la soluzione potrebbe consistere nella disattivazione degli strumenti di tutela del legittimario esclusivamente su base volontaria, cioè consentendo al legittimario stesso, come accade in Francia, di disporre sin prima della morte del *de cuius* del diritto di agire in riduzione senza però escludere, per i sopravvenuti, la possibilità di proporre l'azione di riduzione e di restituzione nei confronti del potenziale terzo acquirente.

Il riconoscimento di un tale potere, osserva la citata dottrina, si sostanzierebbe in una rinuncia anticipata all'azione di riduzione ed esige l'abrogazione o almeno l'introduzione di un'ampia deroga al divieto dei patti successori (artt. 458 cod. civ. e art. 577, secondo comma, cod. civ.).

La dottrina⁷⁶⁰ non ha mancato di evidenziare come nei patti rinunciativi, diversamente da quanto avviene in quelli dispositivi, i diritti a cui si rinuncia “*non solo non appartengono al rinunciante, ma non esistono neppure nel mondo giuridico*” perché è ben possibile che al momento in cui si rinuncia, il diritto non esista ancora nel patrimonio di alcuno.

Altra dottrina ha chiarito che con riferimento alla rinuncia all'azione di riduzione (art. 577, secondo comma, cod. civ.) “*il negozio abdicativo costituisce una manifestazione di volontà contraria all'acquisto di una situazione giuridica spettante al legittimario, se e nella misura in cui, al tempo della morte del de cuius, verrà accertata una lesione della legittima. Prima di tale momento il diritto cui si rinuncia si ritiene essere non solo soggettivamente futuro, ma anche oggettivamente futuro*”⁷⁶¹.

Sulla base di tale considerazione, un autore⁷⁶², ritenendo poco

⁷⁵⁹ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷⁶⁰ CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte* cit., pag. 46.

⁷⁶¹ PIGNALOSA, *Sul divieto per i legittimari di rinunciare all'azione di riduzione* cit., pag. 3.

⁷⁶² DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli 1976, pag. 85. Si tratterebbe, in sostanza, di un'applicazione della salvezza contenuta nell'art. 1348 cod. civ.

persuasive le ragioni tradizionalmente poste a fondamento del divieto dei patti successori⁷⁶³, individua la ragione di nullità dei patti dispositivo e, soprattutto, rinunziativi, in un vizio dell'oggetto, prospettandosi in queste ipotesi uno di quei particolari divieti imposti dalla legge alla deducibilità, come oggetto del negozio, di beni futuri (art. 1348 cod. civ. civ.).

Altra dottrina,⁷⁶⁴ muovendo dal presupposto che ogni atto di rinuncia è quasi certamente anche un atto a titolo gratuito, ritiene che la ragione del divieto di questi patti vada ricercata nel divieto di donazione di cose future (art. 771 cod. civ.).

Sembrerebbe allora da condividere la tesi che individua nel divieto dei patti successori indici testuali che rivelano “*un disegno normativo chiaramente improntato ad un’eccezionale limitazione dell’autonomia privata*”, sia nei confronti del futuro *de cuius*, per il divieto dei patti istitutivi (finalizzati a garantire la sua libertà testamentaria), sia nei confronti dei futuri successibili, per i patti dispositivo e rinunziativi, volti a tutelare il futuro erede da affrettate cessioni o rinunzie a diritti futuri di cui non conosce né l'*an*, né il *quantum*⁷⁶⁵.

Ne consegue il mantenimento del divieto del patto rinunziativo in termini generali nonostante le mutate condizioni sociali ed il maggior grado di avvedutezza dell'uomo medio rispetto al passato⁷⁶⁶.

L'ammissibilità di rinunce preventive potrà essere circoscritta soltanto a donazioni specificamente determinate (attuali o future) rispetto alle quali il legittimario è posto in condizione di valutare l'entità della rinuncia⁷⁶⁷.

Ulteriore proposta di riforma dei patti successori, basata sul rilievo, condiviso dalla prevalente dottrina⁷⁶⁸, circa la piena ammissibilità di

⁷⁶³ Per la dottrina tradizionale il divieto dei patti successori mira ad impedire il desiderio della morte del *de cuius* (*c.d. votum corvinum*) e a salvaguardare soggetti inesperti e prodighi dalle conseguenze di atti di cui non comprendono l'effettiva portata.

⁷⁶⁴ CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori in Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, pag. 49.

⁷⁶⁵ PIGNALOSA, *Sul divieto per i legittimari di rinunciare all'azione di riduzione* cit., pag. 4.

⁷⁶⁶ CACCAVALE-TASSINARI, *Contributo per una riforma del divieto dei patti successori rinunziativi* in *Riv. Dir. Priv.* 1998, pag. 542 e ss. afferma che la *ratio* del patto rinunziativo non sia più attuale nella società contemporanea nella quale il grado di avvedutezza e sensibilità dell'uomo medio è notevolmente maggiore che in passato; cfr. altresì, CACCAVALE-TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma* in *Riv. Dir. Priv.* 1997, pag. 25 e ss.

⁷⁶⁷ PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento* cit., pag. 111 e ss.

⁷⁶⁸ Tra gli altri, MOSCARINI, voce *Rinunzia* - diritto civile, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 3e ss.; SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Digesto disc. priv. Sez. civ.*, XVII, Torino,

una rinuncia ad un'azione futura purchè abbia ad oggetto diritti determinati o almeno determinabili, è stata avanzata dai deputati Pepe e Cilluffo nel corso della XVI legislatura, in data 30 novembre 2011 (Progetto di legge n. 4809) ispirata alla proposta formulata in alcuni studi del Consiglio Nazionale del Notariato⁷⁶⁹ da cui si differenzia per due aspetti: l'abbreviazione del termine previsto dal primo comma degli artt. 563 e 561 cod. civ. che passerebbe dagli attuali venti a dieci anni; l'adozione della disciplina intertemporale delle innovazioni apportate dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con L. 14 maggio 2005, n. 80 agli artt. 563 e 561 cod. civ. che sancisca, attraverso interpretazione autentica, che le modifiche alle citate disposizione del codice si applicano anche alle donazioni anteriori al 15 maggio 2005. Nella relazione al citato disegno di legge, dopo aver affermato che *“non può certamente porsi in discussione il principio della legittima la quale affonda le sue radici in una tradizione antica di oltre duemila anni, e ubbidisce sicuramente a un'esigenza che non può essere eliminata senza porre a rischio gli interessi che essa intende proteggere”*, i deputati proponenti sostengono che *“il timore dell'azione di riduzione e di quella eventuale di restituzione rallenta e, spesso, impedisce il trasferimento di beni con provenienza donativa”*.

Aggiungono che *“il termine ventennale previsto nel primo comma dell'art. 561 e 563 cod. civ. non appare idoneo a superare le problematiche evidenziate, anche in quanto vi è incertezza sulla sua decorrenza. In particolare, si dibatte se tale termine valga anche per le donazioni anteriori all'entrata in vigore della legge di conversione del predetto decreto-legge n. 35 del 2005 (legge n. 80 del 2005)”*.

Con il disegno di legge propongono di sancire, attraverso interpretazione autentica, che *“il termine di venti anni è riferito anche alle donazioni trascritte anteriormente alla data di entrata in vigore della medesima legge di conversione. In tale contesto appare pertanto opportuno un intervento legislativo sulla materia, al fine di tutelare l'interesse alla speditezza dei traffici giuridici, considerato anche lo sviluppo sociale, economico e culturale raggiunto.*

Per affievolire i rigori della tutela reale del legittimario leso, e così

1998, pag. 659; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, pag. 322; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, pag. 288.

⁷⁶⁹ NUOVE REGOLE TRA AFFETTI ED ECONOMIA: *Le proposte del notariato. Accordi pre-matrimoniali. Convivenze. Successioni*, Roma, ottobre 2011; LA RIFORMA DEI PATTI SUCCESSORI in www.notariato.it.

garantire le esigenze di certezza dei traffici giuridici” propongono “*la riduzione a dieci anni del termine ventennale oggi previsto*” che, con norma transitoria *ad hoc*, sarà applicabile anche alle donazioni trascritte successivamente alla data del 14 maggio 2005, di entrata in vigore della già citata legge di conversione n. 80 del 2005.

Estremamente interessante appare la proposta di modifica del termine ventennale.

Nel corso del presente lavoro si è spesso fatto riferimento ad una perdurante “incertezza” sulla sicurezza dell’acquisto da parte del terzo acquirente che si ritiene debba intendersi in modo univoco e cioè come dubbio sulla futura assoggettabilità dell’atto ad azione di restituzione.

Sembra, cioè, evidente che qualora il terzo acquirente sia stato posto in grado di sapere che il legittimario proporrà (o meno) azione di riduzione e di restituzione, non può più esservi insicurezza in capo al terzo acquirente il quale da tale momento avrà certezza di aver concluso un pessimo affare o viceversa.

Ovviamente questa consapevolezza soggettiva del terzo acquirente, attraverso la pubblicità degli atti del legittimario, è estesa alla generalità dei soggetti ed in particolare ai diversi operatori del mercato immobiliare, assumendo, così, valenza oggettiva.

Nel capitolo II del presente scritto si è a più riprese sottolineato che il un termine ventennale ha valenza a carattere processuale; trattasi, cioè, di una ulteriore condizioni dell’azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti che deve essere proposta – salva la prevista “*sospensione*” – entro venti anni dalla data di trascrizione della donazione.

Nella normalità dei casi e durante la vita del donante, il periodo di effettiva “incertezza”, è equivalente, nella sua durata massima, esattamente a venti anni qualora uno o più legittimari trascrivano l’opposizione l’ultimo giorno del termine fissato computato dalla data di trascrizione della donazione.

Il ventennio non può qualificarsi come termine di usucapione⁷⁷⁰ (peraltro “inutile” in presenza di donazione perfettamente valida)⁷⁷¹ ed è privo di qualunque rilevanza sostanziale.

E’ allora certamente possibile la proposta abbreviazione del ventennio che, per conseguire effetti concreti, ben potrebbe ridursi più che a

⁷⁷⁰ Cfr. *supra*, Cap. II, §4.

⁷⁷¹ Cfr., *supra*, Cap. II, §4

dieci, a cinque o, addirittura, a tre anni entro cui, in mancanza di opposizione da parte del legittimario, l'atto di donazione si consolida. In tal modo lo stato di effettiva incertezza durante la vita del donante durerebbe per un periodo di tempo accettabile, se non addirittura trascurabile in considerazione del fatto che normalmente gli acquisti di beni di provenienza donativa si verificano dopo qualche anno dalla trascrizione della donazione.

Una abbreviazione, anche notevole, del termine ventennale, non appare ledere la posizione del legittimario più di quanto abbia già fatto la riforma del 2005 risultando funzionale a provocare una "reazione" immediata (o quasi) dal carattere consapevole.

Anzi, a semplificazione delle future attività del legittimario, alla riduzione del termine potrebbe accompagnarsi l'abrogazione della rinnovazione dell'opposizione che, una volta proposta, manterrebbe la propria validità per tutta la durata della vita del donante senza necessità di essere reiterata con salvezza, in ogni caso, della facoltà di revoca.

Una riduzione consistente del termine ex art. 563, quarto comma, cod. civ., realizza indubbi vantaggi: in primo luogo, ridurrebbe drasticamente il periodo di incertezza circa la sicurezza dell'acquisto e permetterebbe di poter separare, a distanza di pochissimi anni dalla trascrizione, le "buone" dalle "cattive" offerte di acquisto di beni di provenienza donativa; in secondo luogo, risulterebbe di impatto estremamente modesto sull'attuale disciplina non esigendo alcuna modifica dei patti successori.

Ulteriore parte qualificante del disegno di legge in esame è l'art. 2, primo comma, lett. b) che stabilisce "*i singoli legittimari possono in qualsiasi momento, anche contestualmente all'atto di donazione, rinunciare all'azione di restituzione verso gli aventi causa del donatario*".

In ciò la proposta coincide quasi integralmente con quella formulata dal Consiglio Nazionale del Notariato.

Gli atti approvati dall'Ufficio Legislativo notarile⁷⁷² evidenziano come l'eterogeneità del contenuto riassunto nella locuzione "patti successori" imponga di differenziare le iniziative tendenti alla riforma del regime dei patti istitutivi rispetto a quelle dei patti dispositivi o

⁷⁷² NUOVE REGOLE TRA AFFETTI ED ECONOMIA: *Le proposte del notariato. Accordi pre-matrimoniali. Convivenze. Successioni*, Roma, ottobre 2011; LA RIFORMA DEI PATTI SUCCESSORI in www.notariato.it

rinunziativi⁷⁷³ proponendo di ammettere anche nel nostro ordinamento, al pari di quanto avviene negli altri Stati europei⁷⁷⁴, soltanto il patto rinunciativo, introducendo la possibilità di rinunciare anticipatamente ai diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta (o sui beni che ne faranno parte).

Nello studio si osserva che la *ratio* del divieto del patto successorio rinunciativo è ravvisata dalla prevalente dottrina e giurisprudenza nell'esigenza di tutelare i futuri ed eventuali successibili dal rischio della prodigalità⁷⁷⁵ ovvero da quello di compiere atti con i quali troppo avventatamente ci si privi del patrimonio successorio; *ratio* sottesa all'analogo divieto di donazione di beni futuri sancito dall'art. 771 c.c., che commina la nullità delle donazioni aventi ad oggetto sia beni non ancora esistenti *in rerum natura* che beni attualmente non

⁷⁷³ E' precisato nel documento che con la locuzione "patti successorii" il legislatore non ha inteso fare riferimento ad una categoria normativa o concettuale unitaria: essa comprende sia "ogni convenzione con la quale taluno dispone della propria successione" (cosiddetto patto istitutivo) sia "l'atto con cui taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta" (cosiddetto patto dispositivo) o "rinuncia ai medesimi" (cosiddetto atto rinunciativo). Il patto successorio istitutivo è dunque un atto strutturalmente *inter vivos* (trattandosi di un contratto), ma funzionalmente *mortiscausa* perché il disponente dispone contrattualmente della propria successione. Il patto successorio dispositivo e quellorinunziativo hanno una funzione diversa e, sia strutturalmente che funzionalmente, sono atti *inter vivos* perché hanno per oggetto un'eredità altrui ovvero i diritti futuri che dovrebbero pervenire al disponente *mortis causa*. Tali patti, a differenza dei patti istitutivi, non costituiscono negozi *mortis causa*, in quanto non danno luogo, direttamente, ad una successione *mortis causa*, e possono definirsi successori solo in quanto hanno per oggetto diritti futuri relativi a successione per causa di morte. La presente proposta, alla luce di tali considerazioni, è specificamente riferita ai patti successori rinunciativi. "Da una rapida analisi delle sentenze e delle trattazioni teoriche che si sono succedute negli ultimi anni in materia di patti successori si desume ... come sempre più avvertita sia l'esigenza di superare o almeno ridimensionare la portata del divieto del patto successorio ... Un'esortazione in tal senso viene anche dall'Unione Europea; nella raccomandazione del 7 dicembre 1994 (in G.U.C.E., C 400 del 31 dicembre 1994) la Commissione ha tra l'altro affermato che "gli Stati membri dovrebbero 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".

⁷⁷⁴ Si veda, *supra*, cap. I, §6.

⁷⁷⁵ La più recente dottrina ritiene non più attuale il fondamento dell'indicato divieto in una società come l'attuale nella quale il grado di avvedutezza e di sensibilità dell'uomo medio è sensibilmente più elevato rispetto al passato (CACCAVALE - TASSINARI, *Contributo per una riforma del divieto dei c.d. patti successori rinunciativi*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, pag. 542). L'affermazione è ritenuta soltanto parzialmente condivisibile da PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento*, cit., pag. 111 e ss. secondo cui ancora oggi la coscienza sociale valuta in termini di eccessiva rischiosità una rinuncia generica alla riduzione, compiuta senza poter affatto stimare l'entità economica di ciò di cui ci si priva. L'Autore, aderendo all'opinione di IEVA, *Retroattività*, cit., pag. 1142 e ss., così prosegue: potrebbe inoltre considerarsi che, specie laddove si tratti di giovani figli, il legittimario che si trovi in una situazione di condizionamento per effetto della convivenza con il donante e/o dipendenza economica da quest'ultimo (in una parola di debolezza economica) non sempre è in grado di compiere scelte pienamente volute e consapevoli.

esistenti nel patrimonio del donante (donazione di beni altrui).

Si chiarisce che ben diversa è la valutazione del legislatore con riferimento ad atti futuri o altrui a carattere oneroso, pienamente legittimi ex artt. 1472 e 1478 cod. civ.

Per non snaturare la *ratio* posta storicamente a fondamento del divieto, la proposta notarile è rivolta a non abrogare il patto rinunciativo *tout court*, bensì a regolamentarlo positivamente sotto il profilo dell'oggetto e dei soggetti titolari del potere di rinuncia, traendo spunti dalla disciplina positiva prevista in materia dal diritto francese, tedesco e svizzero.

L'intervento di riforma non prevede perciò l'abrogazione del secondo comma dell'art. 557 cod. civ. che attualmente prevede il divieto di rinuncia al diritto di chiedere, finché vive il donante o il disponente, la riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della legittima, ma una modifica che ammetta la rinuncia, preventiva rispetto all'apertura della successione, al diritto di chiedere la riduzione di una o più donazioni già concluse o future specificatamente individuate.

Resta cioè esclusa la rinuncia "*omnibus*" e cioè la rinuncia all'intera posizione successoria o avente per oggetto la generalità delle donazioni, fatte o che saranno fatte in futuro, da un determinato soggetto, che continuerà ad essere considerata nulla.

Si ammette, cioè, la possibilità, conformemente alla *ratio* storica del divieto del patto rinunciativo, di rinunciare esclusivamente a singoli diritti specificatamente determinati che potranno derivare da una successione non ancora aperta per evitare il rischio di effettuare una rinuncia in maniera poco ponderata senza poter conoscere e senza poter minimamente valutare l'entità economica e la reale portata di ciò di cui ci si priva.

I soggetti rinuncianti, seguendo l'esempio francese (che prevede la rinuncia anticipata a promuovere l'azione di riduzione) e svizzero ("*Il disponente può stipulare con un proprio erede un contratto di rinuncia o di fine ereditaria*", ai sensi dell'art. 495, primo cpv., cod. civ. svizzero) possono essere soltanto gli eredi, anche necessari, ottenendo in cambio un eventuale corrispettivo dal disponente che deve necessariamente essere maggiorenne (cfr. art. 468 cod.civ. svizzero).

Oltre al patto rinunciativo, a titolo oneroso o gratuito, da stipularsi con la partecipazione necessaria del disponente e del rinunciante, la proposta notarile prevede, in senso conforme al diritto francese, anche

la rinuncia unilaterale, che produrrà effetti nel momento in cui perviene a conoscenza della persona della cui successione futura si tratti (art. 1334 cod. civ.).

Quanto alla forma che deve rivestire il patto rinunciativo, nella proposta è stato considerato necessario l'atto pubblico con l'assistenza obbligatoria dei testimoni, in considerazione dell'opportunità che per tale rinuncia sia garantita la massima certezza della volontà negoziale e la massima informazione del rinunciante.

La scelta è ispirata al contratto successorio tedesco che al par. 2276BGB testualmente recita: *“Un contratto successorio può essere concluso solo mediante stesura di un notaio alla contemporanea presenza di entrambe le parti”* e al contratto rinunciativo regolato dal diritto svizzero che prevede la forma del testamento pubblico (art. 512, primo cpv., cod. civ. svizzero).

Nella proposta notarile la rinuncia, sia se adottata con contratto che con atto unilaterale, è soggetta a pubblicità⁷⁷⁶ e, come previsto negli ordinamenti svizzero e tedesco⁷⁷⁷, può essere risolta per mutuo dissenso, per recesso unilaterale dell'erede qualora il disponente non gli versi il corrispettivo o non offra idonee garanzie, ovvero per recesso del rinunciante che si sia reso colpevole nei suoi confronti di un atto costituente causa di indegnità.

E' ammessa anche la revoca dell'atto unilaterale di rinuncia.

Per assicurare certezza nei rapporti con i terzi, la risoluzione consensuale, il recesso o la revoca devono intervenire entro un anno dalla stipulazione dell'accordo o dalla notifica dell'atto unilaterale.

L'impugnazione del contratto o dell'atto rinunciativo può avvenire solo per violenza o per dolo, come già previsto in tema di rinuncia all'eredità.

La rinuncia estende i propri effetti e quindi vincola i discendenti del rinunciante legittimario, ad eccezione del coniuge, come previsto nel contratto successorio tedesco (par. 2349) e quello svizzero (art. 495 terzo cpv. cod. civ. svizzero).

Il legittimario potrà esprimere il proprio consenso anche

⁷⁷⁶ La rinuncia è soggetta a trascrizione presso l'Agenzia del Territorio – Ufficio Provinciale Servizio di Pubblicità Immobiliare competente ed è inserita in apposita sezione del Registro Generale dei Testamenti tenuto dall'amministrazione autonoma degli archivi notarili.

⁷⁷⁷ Scioglimento per: dichiarazione concorde (art. 513 cod. civ. svizzero e par. 2290 codice tedesco); dichiarazione di recesso del disponente (art. 514 cod. civ. svizzero); dichiarazione di recesso della persona della cui successione si tratta (art. 513 secondo e terzo cpv. cod. civ. svizzero e par. 2294 e 2295 codice tedesco).

contestualmente alla donazione, oltre che rinunciare successivamente alla stessa.

Inoltre, per evitare che la rinuncia all'azione di riduzione alteri indebitamente l'ordine di riduzione delle donazioni fissato dall'art. 559 cod. civ. e finisca con il danneggiare il donatario precedente che, in assenza di rinuncia, avrebbe in tutto o in parte evitato la riduzione della donazione allo stesso fatta, nella proposta, si è fissato il principio secondo il quale il legittimario che abbia rinunciato al diritto di agire in riduzione nei confronti di una o più donazioni, non può chiedere la riduzione delle donazioni anteriori che, in assenza di rinuncia, non vi sarebbero state soggette.

La proposta notarile, perché non abroga, ma regola il patto rinunciativo in funzione delle mutate esigenze sociali, non determina notevoli sconvolgimenti della materia successoria ed appare un buon punto di partenza che potrebbe impegnare il Parlamento in una futura riforma che miri a rendere più sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa.

INDICE DEGLI AUTORI

- AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2009.
- AA.VV., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile* a cura di Santise, Torino 2014
- ACHILLE, nota a Cass. 23 maggio 2013, n. 12830 in *Dir. Giust.* 2013
- ACHILLE, nota a Cass. S.U. n. 4847/2013 in *Dir. Giust.*, 22 aprile 2013
- ACHILLE, nota a Cass. 19 febbraio 2013, n. 4005 in *Dir. Giust.* 20 febbraio 2013
- ACHILLE nota a Cass. 7 giugno 2013, n. 14449 in *Diritto & Giustizia on line* del 10 giugno 2013
- ACHILLE, nota a Cass. 3 settembre 2013, n. 20143 in *Diritto & Giustizia* 2013
- ALESSANDRINI CALISTI, nota a Cass. 7 ottobre 2005, n. 19527 in *Riv. notariato* 2008.
- AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale* in *Riv. Notariato* 2006
- AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa* in www.notaioricciardi.it
- AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative* in *Riv. Dir. Civ.* 2009
- AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009
- ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942
- ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale* in *Vita not.* 2006
- ANDRINI, voce *Legittimari* in *Enc. Giuridica*, Roma 1990
- ANGELONI, *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?* in *Dir. Giust.* 4 ottobre 2013
- ANGELONI, artt. 1411-1413 in *Commentario Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna 2004
- ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio* in *Contratto e impresa* 2007
- ANTONIO, *La successione necessaria*, Torino 2012
- APICELLA, nota a Cass. 1 marzo 2011, n. 5042 in *Il Civilista* 2011.
- APICELLA-CARBONE, *Successioni e donazioni* a cura di Carbone, Milano 2011
- ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978
- APELLI, *Prime note sul patto di famiglia* in *Obbl. e contratti* 2006
- AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. Notariato* 2007
- AZZARITI, *Sul legato in sostituzione di legittima* in *Giust. Civ.* 1983
- AZZARITI, *Le successioni e donazioni*, Napoli, 1990
- AZZARITI-MARTINEZ G.-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979
- BALESTRA, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione* in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.* 2007
- BALESTRA, Art. 456-712, *Successioni legittime e testamentarie* in *Commentario al codice civile* diretto da Cendon, Milano 2009
- BARALIS, *Attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato* 2006
- BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.* in *Riv. Notariato* 2006
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1946
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1965
- BARDARO, nota a Cass. 28 marzo 1997 n. 2773 in *Il civilista* 2009
- BARTOLUCCI, nota a Cass. 21 gennaio 2007, n. 1408 in *Giur. It.* 2007.
- BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen 1884
- BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Aalen 1979, rist. ed. Weimar 1886

BERGAMO, nota a Cass. 19 maggio 2005 n. 10564, in *Giur. It.* 2005

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* in Tratt. Dir. Civ. diretto da Vassalli, Milano, 1960

BETTI, *Atti giuridici* in Nov. Dig. it., I, 2, Torino 1958

BEVIVINO, *Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 del codice civile*, in Notariato, 2007

BIANCA, *Diritto civile*, 4, Milano 1990

BIANCA, *Diritto civile* 2, Milano 1985

BIANCA, *Diritto civile*, 3, Il contratto, Milano 1984

BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, III ed. riv. e aggiornata, Milano 2001

BIANCA, *Le autorità private*, Napoli 1977

BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, VI, 2, Torino, 1997

BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993

BIGLIAZZI-GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 1, Torino 2000

BILOTTI, nota a Cass. 8 ottobre 2008, n. 24813 in Riv. Notariato 2009

BIONDI, *Le Donazioni*, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, Vol. XII Torino 1961

BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino 2011

BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol. III, Milano 2009

BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria* in Fam., Pers. e Succ., 2007

BONILINI, *La revocabilità della dispensa da collazione* in *Studium iuris* 2005

BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in Fam., pers. e succ., 2007

BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1986

BRECCIA, *Commentario al codice civile*, Vol. I, a cura di Navarretta-Orestano, Lavis 2012

BUCELLI, nota a Cass., Sezioni Unite n. 20644 del 25 ottobre 2004 in *Giur. it.* 2005

BUCELLI, *I legittimari*, in *Il diritto privato oggi* a cura di Cendon, Milano 2002, pag. 137

BULGARELLI, nota a Cass. Sezioni Unite 12 giugno 2006, n. 13524 in *Giust. Civ.* 2007

BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova 1986

BUSANI, *L'atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4, codice civile) – Studio n. 5809/C approvato dalla Commissione studi civilistici il 21 luglio 2005 del Consiglio Nazionale del Notariato*

CACCAVALE, *Il patto di famiglia* in Trattato del contratto, Milano, 2006

CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori* in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, I, Padova, 1994

CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie* in Notariato 2006

CACCAVALE, *Riducibilità del titolo di provenienza e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 2001

CACCAVALE-TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma* in Riv. dir. priv. 1997

CACCAVALE-TASSINARI, *Contributo per una riforma del divieto dei c.d. patti successori rinunciativi*, in Riv.dir.priv., 1998

CALDERONE, *Commento agli artt. 536-586. Della successione legittima e dei legittimari* in *Comm. teorico-pratico cod. civ.* a cura di De Martino, Roma 1976

CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989

CALVETTI, nota a Cass. 29 novembre 2013, n. 26858 in *Diritto & Giustizia on line*

CALVO, *L'opposizione alla donazione* in Riv. trim. dir. e proc. civ. 2011

CAMPANILE, *Modifica degli articoli 561 e 563 c.c. – Miniriforma (D.L. n. 14.03.2005 n.ro 35 - Legge conversione n.80/2005) (Legge n. 263 del 23 dicembre 2005 - G.U. n.301 28.12.2005)* in www.conotna.notariato.it/

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

CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, Vol. 9, 1984

CANNIZZO, *Successioni testamentarie*, Roma, 1996

CANTELMO, *I legittimari*, Padova, 1991

CAPOZZI, *Mutuo dissenso – Donazione di bene immobile – atto di risoluzione – Ammissibilità – Effetti* in Vita not. 1973

CAPOZZI, *Successioni e donazioni* a cura di Ferrucci-Ferrentino Milano 2009

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 1982

CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobiliari donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione* in *Contratto e impresa* e in allegati.unina.it

CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.* diretto da De Martino, 2^a ed., Roma, 1982

CARBONE, *Il sistema della c.d. quota mobile: una sopravvivenza da ribadire*, in *Studium iuris*, 2011

CARNEVALI, *Le donazioni* in Tratt. Rescigno, Torino 1997

CARPI, *La provvisoria esecutività della sentenza*, Milano 1979

CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977

CARRABA, *Le donazioni mortis causa* in Riv. notariato, 2006

CARRESI, *Accertamento ed interpretazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1989

CARRESI, *Il contratto* in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu-Messineo, XXI, 2, Milano 1987

CARINGELLA- DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Volume 3, Milano 2008

CARINGELLA-GIOVAGNOLI-MENNA, *Studi di diritto civile*, Milano 2007

CARIOTA-FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, IN GIUR. COMP. CASS., 1951, II, VOL. XXX

CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1950

CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1981

CARIOTA-FERRARA, *Un caso di legato a carico dei legittimari lesi* in Riv. Dir. Civ. 1959

CARLINI-UNGARI-TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: prime riflessioni sulla legge n. 80/2005*, in Riv. notariato n. 4/2005

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

CASULLI, *Successioni (dir. civ.): Successione necessaria* in *Noviss. Dig. It.* XVIII Torino, 1971

CASULLI, *Novissimo Digesto It.*, voce *Divisione ereditaria*, Torino 1960

CATALLOZZI, *In tema di atti di provenienza donativa* in CNN Notizie del 25 maggio 2005

CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima* in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, Vol. 5, Torino 1997

CATTANEO, voce *Imputazione del legittimario* in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ. IX, Torino 1999

CENDON, *Commentario al codice civile, art. 1140-1172*, Milano, 2009

CEOLIN, nota a Cass. Sezioni Unite 12 giugno 2006, n. 13524 in *Riv. notariato* 2008

CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist. Milano 1993

CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano 1947

CICU, *Successione per causa di morte*, Milano, 1961

CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano 1962

COLASANTI, nota a Cass. Sezioni Unite 12 giugno 2006, n. 13524, in *Dir. e Giust.* 2006

COMOGLIO, *Confessione (dir. proc. civ.)* in *Enc. Giur.* VIII, Roma 1988

CORBO, *La tutela dei diritti*, Torino 2014

COVIELLO, *Il legittimario e la sua qualità di erede* in *Giur. It.* 1935

COVIELLO JR. *Successione legittima e necessaria*, Milano 1938

CRECCHIO *I diritti dei legittimari*, in ww.sarannomagistra.ti.it/concorsinatto/52_4/capitolo3.pdf

CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione negozio modificativo* in *Giust. civ.* 1957

CRISCUOLO, *Famiglia legittima – matrimonio – filiazione – famiglia di fatto – unioni omosessuali* in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/relazione_criscuolo.pdf

D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa* in *Rivista Notariato* 2011

D'AMICO, *I limiti di indisponibilità della tutela del legittimario*, pag. 14 e ss.; Relazione al Convegno “*Esiste ancora la donazione?*” tenutosi a Torino il 26 ottobre 2012 in www.consiglionotariletorino.it/system/files/D'AMICO.pdf

D'AURIA, nota a Cass. 26 agosto 2002, n. 12474 in *Giur. it.* 2003

DE BONIS, *Patto di famiglia e patti successori*, in *Il patto di famiglia*, a cura di Palermo, Torino

DE FRANCISCO, *Nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80* in www.giustizia-amministrativa.it

DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976

DE LORENZO, nota a Cass., Sezioni Unite, 5 agosto 1992, n. 9282 in *Foro it.* 1993

DE MARTINO, *Giudizio di lesione e sospensione dell'esecuzione* in *Giur. Com. dir. Civ.* 1942

DE MICHEL, nota a Cass. 27 gennaio 1995, n. 989 in *Giur. it.* 1996

DE RITIS, nota a Cass. 19 febbraio 2009 n. 4066 in *Banca borsa tit. cred.* 2011

DE RUBERTIS, nota a Trib. Catania 26 gennaio 1983 in *Vita notarile*, 1984

DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. Dir. Priv.* 1939

DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. Notariato* 2006

DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano 2007

DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* in *Riv. Notariato* 2007

DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia* in *Riv. Notariato* 2006

DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008

DELLE MONACHE, *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, 2007,

DELLE MONACHE, *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari* in judicium.it 2006,

DEGNI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941

DEGNI, *Lezioni di diritto civile – La successione a causa di morte. La successione testamentaria*, Padova, 1936

DI DOMENICO, in www.notaiodi domenico.it/DOTTRINA/Successioni

DI LELLA, voce *Successione necessaria* (diritto romano), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990

DI MARZIO, nota a Tribunale Napoli, 30 giugno 2009 in *Giur. merito* 2010

- DI MAURO, *Collazione volontaria e condizione di non impugnare il testamento* in Giust. civ. 1997
- DI MAURO, *Patti successori, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, in Giust. Civ., 1991
- DI MAURO, *Effetti della rinuncia alla legittima da parte di uno degli eredi necessari: rideterminazione delle quote di riserva o accrescimento?* Nota a Cass. 11 febbraio 1995, n. 1529 in Giust. Civ. 1995, pag. 2119
- DI MAURO-MINERVINI-VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Commentario alla Legge 14 febbraio 2005, n. 55*, Milano 2006
- DOLMETTA, *La sorte delle ipoteche concesse sul bene soggetto a restituzione e relativi riflessi sull'erogazione del credito bancario* in Atti del Convegno sul tema "Successioni e donazioni – tutela della legittima e circolazione dei beni anche alla luce della legge sulla competitività", Milano, 5-6 luglio 2005
- DOLMETTA-LUPACCHINO, *La garanzia ipotecaria nella nuova versione degli artt. 561 e 563 cod. civ.: riflessi sull'accesso al credito bancario*, in Vita Not., 2005
- DONISI, *Atti unilaterali. I) Diritto civile*, in Enc. giur. Treccani, Roma 1988
- EBNER, *Azione di riduzione e opponibilità dell'usucapione: la teoria del "doppio effetto"* in Riv. Notariato 2003
- ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* a cura di Baratta, Milano 1970
- ESU, *Riserva di usufrutto e alienazione di nuda proprietà* in Riv. dir. civ. 1974
- FABIANI, nota a Cass. 29 maggio 2007 n. 12496 in *Il civilista* 2008.
- FALZEA, voce *Apparenza*, in Enc. dir., Milano, 1958
- FABBRI, nota a Cass. S.U. 27 luglio 2005, n. 15661 in Riv. giur. lav. 2006
- FAVA, *Il Contratto*, Milano 2012
- FEDERICO, *Tecniche di tutela degli interessi nella circolazione delle provenienze donative: la fideiussione del donante e del legittimario*
- FERRANDO, *La successione del genitore naturale: problemi di legittimità costituzionale* in Giur. It. 1985
- FERRARA, *La figura del legittimario* in Giur. It. 1923
- FERRARI, *L'accrescimento* in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, 6, Successioni, tomo II, Milano 1997
- FERRETTI, nota a Cass. 26 agosto 1985, n. 4544 in Giur. Agr. It. 1986
- FERRI, *Successioni in generale*, in Comm. Cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, art. 456-511 Bologna-Roma 1964
- FERRI, *Dei Legittimari, artt. 536-564*, in Comm. Cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1981
- FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni* in Commentario Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1984
- FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionata da eventi successivi alla sua pronuncia* in Riv. Dir. Proc., 2007
- FINOCCHIARO-FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia, II*, Milano 1984
- FRANCO, *Artt. 561 e 563 del codice civile: la novella e qualche considerazione sparsa sul diritto transitorio* in Riv. Notariato 2008
- FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione* in Riv. notariato, 2013
- FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958
- FORCHIELLI, voce *Collazione* in Enc. Giur. Treccani, 1988
- FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione* in Comm. Scialoja e Branca cura di Galgano, art. 713-

768, 2000, Bologna-Roma

FURGIUELE, Diritto di famiglia e successioni; lezioni a cura della Dott.ssa Del Mastio in www.unifi.it/

FUSARO *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa* in www.edizionief.unive.it/

GABRIELLI, *Trattato di diritto civile*, Vol. IV, 2012

GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in Vita not. 2005

GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*; in Studium Juris 2005

GABRIELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare* in Familia 2001

GALGANO, *Il contratto*, Trento, 2011

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Padova 2004

GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, Torino, 1998

GATT, nota a Trib. Napoli, 9 maggio 2005, in Dir. e giur., 2007

GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in Giust. civ., 2006

GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)* in Giust. civ., 2006

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1996

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in Commentario Schlesinger, Milano 1991

GAZZONI, nota a Corte di Appello Roma 25 gennaio 1993 in Giust. Civ. 1993

GAZZONI, nota a Cass. 9 maggio 2000, n. 5870 in Riv. notariato 2001

GERBO, *Prelegato e funzione del contenuto testamentario*, Padova 1996

GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*; voce "Atto mortis causa", in Enc. Dir., IV, Milano, 1959

GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959

GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in Comm. cod. civ., Torino, 1961

GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in Tratt. dir. priv., diretto da Rescigno, I, Torino, 1999

GRAZIANO sui "Principi generali sui legittimari" tenuta presso la Scuola di Notariato della Campania – Fondazione "Emanuele Casale"

GROSSO-BURDESE, *Le successioni*, parte generale, 1977,

IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa* in Notariato e diritto di famiglia, 1, pag. 266; Milanofiori Assago 2011

IANNACCONE, *Legittimari ed eredi legittimi nel diritto comparato*, in Notariato, 1997

IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro* in Studi in onore di Pietro Rescigno in Riv. Notariato, 1998

IEVA, *Circolazione e successione mortis causa* in Riv. Notariato, 2012

IEVA, *La disciplina del patto di famiglia e l'evoluzione degli strumenti di trasmissione dei beni produttivi* in Riv. Notar. 2009

IEVA, *La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi* in Riv. Notariato 2005

IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 cod. civ.*, in Riv. dir. civ., 1994, I, pag. 565

IRTI, *Il negozio giuridico e il diritto contrattuale* - Lezioni inedite del Prof. Natalino Irti, a cura di Fauceglia in <http://media.wix.com>

JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984

KIPP E COING, *Erbrecht 14*, Tübingen, 1990

LANDINI, *Modifiche in tema di riduzione delle donazioni introdotte dalla L. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005

LANGBEIL, *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, estratto dalla *Harvard Law Rev*, 97 1984

LENER, voce "Vitalizio", in *Nov. dig. It.*, Torino, 1957

LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970

LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile* coordinato da Zoppini, Vol. II, I, *Le successioni e donazioni*, Milano 2009

LISERRE, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, in *Tratt. Dir. Priv.* Diretto da Rescigno, Torino 1982

LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966

LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano 1980

MAGLIULO, *L'acquisto del donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002

MAGLIULO, *Il problema delle "provenienze donative" tra vecchie questioni e nuove norme in Novità e problemi in materia di circolazione immobiliare in Atti del III Convegno Nazionale Associazione Giovani Notai, Roma 19 e 20 settembre 2008*, in *Quaderni Notariato 2009*

MAGLIULO: "La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria" in *Riv. notariato*, 2010

MAJELLO, nota a Trib. Catania, 5 marzo 1958, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile I*, XX Ed., Torino 2009

MANGIALARDI, nota a Cass. 25 novembre 2003, n. 17913 in *Contratti 2004*

MARIANI, nota a Cass. 11 luglio 1989, n. 3266 in *Riv. It. Dir. Lav.* 1990

MARICONDA, *L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c.* in *Corriere Giur.* 2005

MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. e impr.*, 2006

MARI-RIDELLA, *Profili patrimoniali della potestà genitoriale*, Milano, 2013

MARINARO, *La successione necessaria*, Napoli 2009

MARUFFI, *La composizione qualitativa della quota di riserva*, in *Riv. dir. civ.*, 1995

MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato Rescigno*, vol. VIII, Torino, 1982

MASUCCI, nota a Cass. 19 ottobre 1993 n. 10333 in *Giur. it.* 1995

MATARESE, nota a Cass. 12 maggio 2010, n. 11496 in *Giust. Civ.* 2011

MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1980

MENGONI, *Delle successioni legittime* in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, 1985

MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria* in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2000,

MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1994

MENGONI, *Recensione a Forchielli, La collazione* in *Riv. dir. civ.*, 1959

MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960

MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima* in *Riv. Dir. Civ.* 1943

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1962

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, volume VI, Milano 1957.

MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano 2009

- MICELI, nota a Cass., 11 gennaio 2010, n. 240, in *Notariato*, 2011.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in Commentario del codice civile, Torino, 1980
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale* in Commentario cod. civ., Torino, 1987
- MONATERI-COSTANTINI, *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco; *La parte generale del diritto civile*, Vol. 5; Torino 2009
- MONCALVO, art. 458, in *Codice ipertestuale delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini e Confortini, Torino 2007
- MONCALVO, *Sulla natura giuridica dell'azione di riduzione* in *Famiglia*, 2004
- MORELLO, *Accettazione o preferenza del legato a sostituzione di legittima?* In *Foro It.* 1964
- MORELLO, nota a Cass. 22 giugno 1965, n. 1309, in *Foro It.* 1966
- MOSCARINI, voce *Rinunzia* - diritto civile, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1991
- MUSOLINO, nota a Cass., 30 giugno 2011, n. 14473 in *Riv. notariato* 2012
- NAPPA, *La successione necessaria*, Padova, 1993
- NAPPA, *La successione necessaria*, Padova 1999
- NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934
- NICOLÒ, *Sulla riforma del diritto successorio*, nella Raccolta di scritti, III, Milano, 1993
- NICOLÒ, *Disposizioni di beni mortis causa in forma indiretta*, in *Riv. notar.*, 1967
- NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.* 1971
- NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano 1973
- NOVELLA, *Effetti della mancata qualità di erede le legittimario preterito*
- OBERTO, *Il patto di famiglia* in www.giacomooberto.com
- OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia* in *Fam. e Dir.* 2006
- PALAZZO, *Declino dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997
- PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Torino 2008
- PALAZZO, *La circolazione dei beni oggetto di donazione ad opera del donatario e dei suoi aventi causa durante la vita del donante: i rimedi tradizionali e la loro attualità dopo le novità introdotte dalla legge n. 80/2005* in Atti del Convegno Paradigma sul tema "Successioni e donazioni. Tutela della legittima e circolazione dei beni anche alla luce della legge sulla competitività, Milano 5-6 luglio 2005
- PALAZZO, *I contratti di donazione* a cura di Palazzo, Milano 2009
- PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la L. n. 80 del 2005*, in *Vita not.*, 2005
- PALAZZO, *Le successioni* in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica-Zatti, Milano 1996
- PARDI, nota a Cass. 13 gennaio 2010, n. 368 in *Giust. civ.* 2011
- PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953
- PATTI, *Acquisti in comunione legale e circolazione dei beni di provenienza donativa* in Quaderni del Notariato 2011
- PENUTI, nota a Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4059 in *Il civilista* 2011.
- PERLINGIERI, *Profili istituzionali di diritto civile*, Napoli 1979
- PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli 1997
- PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*. Art. 1230-1259 in Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975
- PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio* in *Riv. Dir. Civ.* 2007

- PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi* in *Rassegna Dir. Civ.* 2008
- PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma* in *Riv. Notariato* 2009
- PERRELLA, *L'atto di opposizione alla donazione* in *Contratti*, 2006
- PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006
- PETRELLI, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari* in *Notariato* 2005
- PETRELLI, *Novazione causale, pubblicità immobiliare, presunta tassatività delle ipotesi di trascrizione* in *Riv. Notariato* 2012
- PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009
- PETRELLI, *Opposizione alla donazione*, in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile – Primo semestre 2005*, in www.notartel.it
- PIGNALOSA, *Sul divieto per i legittimari di rinunciare all'azione di riduzione durante la vita del donante*; nota a Cass. 19 novembre 2009, n. 24450 in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, fasc. 7, pag. 511
- PINO, *La tutela del legittimario*, Padova 1954
- PIRAS, *La successione per causa di morte. Parte generale. La successione necessaria* in *Trattato Grosso-Santoro-Passarelli*, II, 3, Milano 1965.
- PISCHETOLA, *Il patto di famiglia* in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Il Sole 24 ore, Torino, 2006
- PORCARI, nota a Cass. 1 dicembre 1993, n. 11873, in *Corr. giur.*, 1994
- PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968
- PUCA, nota a Cass. 22 marzo 2001, n. 4130 in *Giur. It.* 2001
- PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1978
- PUGLIESE, nota a Cass. Sezioni Unite 12 giugno 2006, n. 13524 in *Giur. It.* 2007
- RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna 1997
- ROPPA, *Il contratto*, Milano 2001
- ROSSANO, *Rinuncia all'opposizione e i suoi effetti* in *Notariato* 2006
- ROSSELLI, nota a Cass. 20 luglio 1987, n. 6464 in *Giur. It.* 1988
- RUPERTO, *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino 2006
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939
- SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio* in *Trattato Sacco*, Torino 2005
- SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993
- SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico* in *Enc. Dir.*, Milano 1959
- SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930
- SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla successione necessaria*, Padova 1936
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962
- SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari* in *Comm. Cod. civ.* diretto da D'Amelio-Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941,
- SANTORO-PASSARELLI, *Validità della donazione di usufrutto con praemortuar* in *Foro it.*, 1950
- SANTORO-PASSARELLI, *Libro delle successioni e donazioni* in *Comm. Cod. civ.* diretto da D'Amelio, Firenze 1941
- SALA, *Il diritto del coniuge ad una quota di eredità* in *Il diritto delle successioni. Successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio* in *Il diritto di famiglia* diretto da

Bonilini-Cattaneo, Torino, 2004

SARTORE, nota a Cass. 12 maggio 1999, n. 4698 in *Notariato* 2000.

SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*, in *Riv. not.*, II, 1997

SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB* in *Riv. dir. civ.*, 1998

SCHIAVONE, nota a Tribunale di Mantova con sentenza n. 228 del 24 febbraio 2011 in *Obbl. e contr.*, 2011

SCODELLARI, nota a Tribunale Milano, 2 novembre 1998 in *Giur. merito* 2000

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961

SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, vol. I, Milano 2011

SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Digesto disc. priv. Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998

STEFANELLI, *Riduzione della donazione*, in *I contratti di donazione*, a cura di Palazzo, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Gabrielli, Torino, 2009

STEFANELLI, *I contratti di donazione* a cura di Palazzo in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino 2009

STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, Zürich 1984

TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione* in *Notariato* 2006

TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (diritto privato)* in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990

TAMPONI, *Contratto a favore di terzi* in *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, Torino 2000

TASSINARI, *Problemi d'attualità. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari* in *Giur. comm.*, 2006

TASSINARI, *La «provenienza» donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, studio n. 5859/C approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 9 settembre 2005, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, 2/2005

TATARANO, *La successione necessaria*, in *Diritto delle successioni*, a cura di Calvo e G. Perlingieri, I, Napoli, 2008

TEDESCO, nota a Cass. Sez. Un. 24 febbraio 2013, n. 4847 in *Riv. Not.* 2013, pag. 425.

TERRACCIANO *Il termine finale del ventennio previsto dai novellati art. 561 e 563 cod. civ.* in www.conotna.notariato.it

THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Aalen 1964, rist. ed. Weimar 1878

TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956

TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 2009

TORRONI, *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa o per usucapione non accertata giudizialmente. Tutela dell'acquirente* in www.notaiotorroni.it/

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino 2009

TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998

TRIOLA, *La tutela del legittimario*, Milano 2011

TRIOLA, nota a Cass. 27 ottobre 1995 n. 11203, in *Giust. Civ.* 1996

TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se* in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, Vol. III, Milano 2009

VENDITTI, *Un caso controverso di disposizione testamentaria orale eseguita volontariamente ai sensi dell'art. 590 c.c.*, in *Dir. e giur.*, 1989

- VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012
- VIDARI, *Patti successori e contratti post mortem* in www.jus.unitn.it/
- VIDARI-MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima* in Riv. Notariato 2006,
- VIDARI, *La successione legittima e necessaria*, Le successioni, vol. IV in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino 2009
- VIDIRI, nota a Cass. 11 agosto 1997, n. 7470 in Foro it. 1997
- VIDIRI: nota a Cass. 19 novembre 2009, n. 24450 in Giust. civ. 2010
- VITUCCI, *La prescrizione* in Comm. Cod. civ. diretto da Schlesinger, art. 2934-2940, Milano 1990
- VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito. Per una lettura sistematica dei novellati artt. 561 e 563 c.c.* in Riv. Dir. Civ. 2005
- VOLPE, *Patto di famiglia*, Milano 2012
- VOLPINO, nota a Cass., Sezioni Unite 25 maggio 2001, n. 226 in *Nuova giur. civ. commentata* 2002
- ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig 1898
- ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)* in AA.VV., Studi in onore di Giorgio Cian, Padova, 2010
- ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)* in Riv. dir. Civ. 2007
- ZOPPINI, *Il patto di famiglia non risolve le liti* in il Sole24Ore, 3 febbraio 2006
- ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"* in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

Giurisprudenza costituzionale
Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 111
Corte Cost. 15 marzo 2002, n. 57
Corte. Cost. 21 ottobre 2005, n. 394
Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 318
Giurisprudenza di legittimità
Anno 1941
Cass. 16 maggio 1941, n. 1479
Anno 1946
Cass. 9 agosto 1946, n. 1140
Anno 1953
Cass. 17 marzo 1953, n. 633
Anno 1954
Cass. 23 febbraio 1954, n. 508
Cass., 27 settembre 1954, n. 3136
Anno 1955
Cass. 24 febbraio 1955, n. 563
Anno 1957
Cass. 9 marzo 1957, n. 808
Cass. 27 novembre 1957, n. 4499
Anno 1960
Cass. 23 aprile 1960, n. 918
Anno 1961
Cass. 22 giugno 1961, n. 1495
Anno 1962
(Cass. 24 maggio 1962, n. 1206
Cass. 7 dicembre 1962, n. 3299
Anno 1964

Cass. 18 febbraio 1964, n. 356
Cass. 26 giugno 1964, n. 1689
Anno 1965
Cass. 17 febbraio 1965, n. 261
Cass. 23 aprile 1965, n. 719
Cass. 22 giugno 1965, n. 1309
Cass. 28 luglio 1965, n. 1794
Anno 1966
Cass. 16 febbraio 1966, n. 486
Cass. 15 luglio 1966, n. 1910
Anno 1967
Cass. 13 febbraio 1967, n. 359
Cass. 20 giugno 1967, n. 1458
Cass. 28 luglio 1967, n. 2006
Anno 1968
Cass. 15 febbraio 1968, n. 535
Cass. 6 giugno 1968, n. 1701
Cass. 28 giugno 1968, n. 2202
Anno 1970
Cass. 19 febbraio 1970, n. 389
Cass. 12 settembre 1970, n. 1392
Anno 1971
Cass. 5 giugno 1971, n. 1683
Cass. 9 luglio 1971, n. 2200
Cass. 8 ottobre 1971 n. 2771
Anno 1974
Cass. 2 ottobre 1974, n. 2560
Cass. 5 ottobre 1974 n. 2621
Anno 1975

Cass. 5 aprile 1975, n. 1217
Cass. 24 luglio 1975, n. 2899
Cass. 22 ottobre 1975, n. 3500
Anno 1976
Cass. 28 giugno 1976, n. 2453
Cass. 9 luglio 1976, n. 2619
Anno 1977
Cass. 6 luglio 1977, n. 2893
Anno 1978
Cass. 28 novembre 1978, n. 5611
Cass. 23 febbraio 1978, n. 9054
Anno 1979
Cass. 2 febbraio 1979, n. 726
Cass. 21 aprile 1979 n. 2228
Cass. 13 novembre 1979, n. 5893
Cass. 17 novembre 1979, n. 5982
Anno 1980
Cass., 6 marzo 1980, n. 1521
Cass. 17 maggio 1980, n. 3243
Cass. 11 agosto 1980, n. 4923
Anno 1981
Cass. 14 gennaio 1981, n. 439
Cass., 16 maggio 1981, n. 3249
Anno 1982
Cass. 18 gennaio 1982, n. 326
Cass. 23 febbraio 1982, n. 1122
Cass. 27 aprile 1982, n. 2623
Cass. 21 maggio 1982, n. 3129
Anno 1983

Cass. 26 febbraio 1983, n. 1482
Cass. 2 marzo 1983, n. 1557
Cass. 21 marzo 1983, n. 1979
Cass., 8 novembre 1983, n. 6591
Anno 1984
Cass. 13 gennaio 1984, n. 278
Cass. 7 maggio 1984, n. 2752
Cass. 8 maggio 1984, n. 2800
Anno 1985
Cass. 7 aprile 1985, n. 2454
Cass. 4 maggio 1985, n. 2792
Cass. 26 luglio 1985, n. 4358
Cass. 26 agosto 1985, n. 4544
Cass. 17 dicembre 1985, n. 6412
Anno 1986
Cass. 20 gennaio 1986, n. 360
Cass. 10 febbraio 1986, n. 837
Anno 1987
Cass. 9 marzo 1987, n. 2434
Cass. 24 aprile 1987, n. 4053
Cass. 7 maggio 1987, n. 4230
Cass. 20 luglio 1987, n. 6364
Cass, 8 settembre 1987, n. 7227
Anno 1988
Cass. 27 giugno 1988, n. 4361
Cass. 22 ottobre 1988, n. 5731
Cass., 11 novembre 1988, n. 6083
Anno 1989
Cass. 9 luglio 1989 n. 3241

Cass. 11 luglio 1989, n. 3266
Anno 1990
Cass. 5 aprile 1990, n. 2809
Cass. 7 aprile 1990, n. 2923
Cass. 6 agosto 1990, n. 7899
Cass. 17 agosto 1990, n. 8335
Anno 1991
Cass. 18 ottobre 1991, n. 11024
Cass. 4 dicembre 1991, n. 13030
Anno 1992
Cass. 25 gennaio 1992, n. 817
Cass. 6 marzo 1992, n. 2708
Cass. 23 marzo 1992, n. 3599
Cass. 4 aprile 1992, n. 4140
Cass., Sezioni Unite, 5 agosto 1992, n. 9282
Cass. 30 ottobre 1992, n. 11831
Anno 1993
Cass. 26 febbraio 1993, n. 2453
Cass. 27 aprile 1993, n. 4923
Cass. 19 ottobre 1993 n. 10333
Cass. 1 dicembre 1993, n. 11873
Cass. 13 dicembre 2005, n. 27414
Anno 1994
Cass. 18 giugno 1994, n. 5895
Cass. 29 luglio 1994, n. 7142
Cass. 22 ottobre 1994, n. 8718
Cass. 29 ottobre 1994, n. 8942
Anno 1995
Cass. 27 gennaio 1995, n. 989

Cass. 11 febbraio 1995, n. 1529
Cass. 4 agosto 1995, n. 8611
Cass. 27 ottobre 1995, n. 11203
Cass. 9 dicembre 1995, n. 12632
Anno 1996
Cass. 13 aprile 1996, n. 3495
Cass. 14 maggio 1996, n. 4484
Cass. 27 maggio 1996, n. 4883
Cass. 11 luglio 1996, n. 6313
Cass. 7 agosto 1996, n. 7259
Cass. 12 agosto 1996, n. 7492
Cass. 3 dicembre 1996, n. 10775
Anno 1997
Cass. 28 marzo 1997 n. 2773
Cass. 1 aprile 1997, n. 2836
Cass. 7 luglio 1997, n. 6145
Cass. 11 agosto 1997, n. 7470
Cass. 25 novembre 1997, n. 11809
Anno 1998
Cass. 21 aprile 1998, n. 4024
Cass. 8 settembre 1998 n. 8854
Anno 1999
Cass. 12 maggio 1999, n. 4698
Anno 2000
Cass., 18 marzo 2000, n. 3235
Cass. 29 marzo 2000, n. 3821
Cass. 9 maggio 2000, n. 5870
; Cass. 12 maggio 2000 n. 6085
Cass. 29 maggio 2000 n. 7033

Cass. 5 giugno 2000, n. 7478
Cass. 16 novembre 2000, n. 14864
Cass. 7 dicembre 2000, n. 15530
Anno 2001
Cass. 22 marzo 2001, n. 4130
Cass. 23 ottobre 2001, n. 13003
Anno 2002
Cass. 30 luglio 2002, n. 11286
Cass. 26 agosto 2002, n. 12474
Cass. 12 settembre 2002, n. 13310
Anno 2003
Cass. 25 novembre 2003, n. 17913
Anno 2004
Cass., sez. lav., 7 maggio 2004, n. 8720
Cass. 30 luglio 2004, n. 14553
Cass. 30 luglio 2004, n. 14562
Cass. Sezioni Unite, 25 ottobre 2004, n. 20644
Cass. 28 ottobre 2004, n. 20868
Anno 2005
Cass., 18 febbraio 2005, n. 3352
Cass. 23 marzo 2005, n. 6232
Cass. 22 aprile 1992, n. 4800
Cass. 19 maggio 2005 n. 10564
Cass., 23 maggio 2005, n. 10874
Cass. 18 luglio 2005, n. 15131
Cass. Sezioni Unite, 27 luglio 2005, n. 15661
Cass. 30 agosto 2005, n. 17503
Cass. 6 ottobre 2005, n. 19468
Cass. 7 ottobre 2005, n. 19527

Cass. 7 novembre 2005 n. 21495
Cass. 18 novembre 2005, n. 24444
Cass., 13 dicembre 2005, n. 27414
Anno 2006
Cass. 9 febbraio 2006, n. 2858
Cass. 10 febbraio 2006, n. 3013
Cass. 11 aprile 2006, n. 8428
Cass. Sezioni Unite 12 giugno 2006, n. 13523
Cass. Sezioni Unite 12 giugno 2006, n. 13524
Cass. 15 giugno 2006, n. 13804
Cass. Sezioni Unite 20 giugno 2006, n. 14109
Cass. 14 novembre 2006, n. 24207
Anno 2007
Cass. 21 gennaio 2007, n. 1408
Cass. 21 febbraio 2007, n. 4021
Cass. 7 marzo 2007, n. 5273
Cass. 29 maggio 2007 n. 12496
Cass. 4 giugno 2007, n. 12953
Anno 2008
Cass. 15 aprile 2008, n. 9888
Cass. 8 ottobre 2008, n. 24813
Cass. 23 ottobre 2008, n. 25646
Anno 2009
Cass. 20 gennaio .2009, n. 1373
Cass. 19 febbraio 2009 n. 4066
Cass.13 novembre 2009, n. 24134
Cass. 19 novembre 2009, n. 24450
Anno 2010
Cass. 11 gennaio 2010, n. 240

Cass. 13 gennaio 2010, n. 368
Cass. Sezioni Unite 22 febbraio 2010, n. 4059
Cass. 12 maggio 2010, n. 11496
Cass. 10 novembre 2010, n. 22885
Anno 2011
Cass. 2 febbraio 2011, n. 2424
Cass. 1 marzo 2011, n. 5042
Cass. 17 giugno 2011 n. 13385
Cass. 27 giugno 2011, n. 14163
Cass. 30 giugno 2011, n. 14473
Cass. 29 luglio 2011, n. 16737
Cass. 28 dicembre 2011, n. 29372
Anno 2012
Cass. Ord. 7 marzo 2012, n. 3584
Cass. 5 aprile 2012, n. 5508
Cass. 27 aprile 2012, n. 6576
Cass.21 maggio 2012, n. 8001
Cass. 25 maggio 2012, n. 8352
Cass. 4 luglio 2012, n. 11195
Cass. 24 luglio 2012, n. 12919
Cass. 5 settembre 2012, n. 14917
Cass. 19 ottobre 2012, n. 18068
Anno 2013
Cass. 19 febbraio 2013, n. 4005
Cass. Sezioni Unite, 24 febbraio 2013, n. 4847
Cass. 7 marzo 2013, n. 5768
Cass. 9 maggio 2013, n. 11012
Cass. 15 maggio 2013, n. 11737
Cass. 23 maggio 2013, n. 12830

Cass. 7 giugno 2013, n. 14449
Cass. 3 luglio 2013, n. 16635
Cass. 3 settembre 2013, n. 20143
Cass. 29 novembre 2013, n. 26858
Cass. 2 dicembre 2013, n. 26991
Anno 2014
Cass. 2 gennaio 2014, n. 7
Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277
DECISIONI DI MERITO
App. Napoli 27 agosto 1946, in <i>Rep. G. it.</i> , 1944-47
Trib. Trani 28 luglio 1950, in <i>Dir. e giur.</i> , 1950
Trib. S. Maria Capua Vetere 28 giugno 1955, in <i>Dir. e giur.</i> , 1956
Trib. Catania, 5 marzo 1958, in <i>Banca, borsa, tit. cred.</i> , 1961
App. Roma 4 maggio 1961, in <i>Temi rom.</i> , 1962
Trib. Parma 27 aprile 1974 in <i>Giur. It.</i> 1976, I, 350;
Trib. S. Maria C. Vetere, 21 agosto 1957 in <i>Temi nap.</i> , 1958
Appello Lecce, 31 dicembre 1978, in <i>Giur. Merito</i> 1980
Trib. Catania 26 gennaio 1983, in <i>Vita notarile</i> , 1984
Trib. Napoli 29 aprile 1986, in <i>Dir. e giur.</i> , 1989
Tribunale Roma, 15/01/1987, in <i>Riv. notariato</i> 1987
App. Napoli 3 maggio 1989, in <i>Dir. e giur.</i> , 1989
App. Roma 25 gennaio 1993 in <i>Giust. Civ.</i> 1993
Tribunale Milano, 2 novembre 1998 in <i>Giur. merito</i> 2000
Trib. Cagliari 14 febbraio 2002, in <i>Riv. Giur. Sarda</i> 2003, pag. 321
Trib. Roma 2003, in <i>Giur. Merito</i> 2003
App. Milano, 17 dicembre 2004, in <i>Nuova giur. civ. comm.</i> , 2005
Trib. Napoli, 9 maggio 2005, in <i>Dir. e giur.</i> , 2007
Tribunale Collegiale Parma, decreto 15 giugno 2006 in <i>Nuova Giur. Comm.</i> 2007
Tribunale Napoli, 30 giugno 2009 in <i>Giur. merito</i> 2010

Tribunale Bari, sez. I, 27/01/2009, n. 228 in <i>Juris data</i> 2013
Trib. Mantova, 24 febbraio 2011, n. 228 in <i>Obbl. e contr.</i> , 2011
Tribunale Roma, sez. VIII, 14/06/2011, n. 12980 in <i>Juris data</i> 2013