

**BIBLIOTECA DI DIRITTO PRIVATO ORDINATA DA
PIETRO RESCIGNO**

57

MARCO IEVA

I FENOMENI A RILEVANZA SUCCESSORIA

**Un'analisi dell'evoluzione
del sistema successorio alla luce
dei recenti interventi del legislatore**



**JOVENE EDITORE NAPOLI
2008**

4. *Retroattività reale dell'azione di riduzione: il conflitto tra legittimari e aventi causa dal donatario; il bilanciamento dei contrapposti interessi nella disciplina previgente; le questioni sollevate dalla novellazione degli articoli 561 e 563 cod. civ.* — Nel disciplinare la composizione dei contrapposti interessi del legittimario leso e del terzo avente causa dal donatario, anche se a titolo oneroso, il legislatore dal 1942 aveva privilegiato la tutela del legittimario e si ritiene che tale scelta di fondo non risulti sostanzialmente modificata per effetto delle integrazioni apportate dalle recenti novellazioni.

Per un corretto inquadramento dei problemi si ritiene opportuno effettuare una analisi che muova dall'esame delle norme nel testo vigente prima delle modifiche introdotte nel corso dell'anno 2005⁴².

La prima norma che viene in considerazione è quella contenuta nell'articolo 563 cod. civ. che già nel testo previgente consentiva al legittimario di chiedere la restituzione dei beni che avessero formato oggetto di donazione ai terzi aventi causa dal donatario contro il quale fosse stata pronunciata la riduzione e il cui patrimonio fosse stato preventivamente escusso, salva la possibilità dei terzi acquirenti di liberarsi dall'obbligo di restituire in natura i beni donati pagando l'equivalente in denaro⁴³.

In tale norma mentre si afferma il principio che la posizione dei terzi acquirenti può essere incisa per tutelare la posizione del legittimario leso, d'altro canto all'azione di restituzione nei confronti dei terzi si fissano dei limiti, due dei quali costituiscono «altrettante deroghe al principio della legittima in natura»⁴⁴.

L'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente è subordinata alla preventiva infruttuosa escussione del patrimonio del donatario, nonché al diritto del terzo acquirente di liberarsi dall'obbligo di restituire in natura i beni donati pagando l'equivalente in denaro⁴⁵.

I due limiti suddetti non sono i soli ai quali soggiace l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti «che non è ammissibile se non dopo il passaggio in giudicato dell'azione di riduzione contro il donatario»⁴⁶, tuttavia sono quelli che maggiormente interessano nella particolare prospettiva di questa indagine, poiché riguardano proprio il profilo di comparazione degli interessi delle due categorie di soggetti che la norma considera.

⁴² Gli articoli 561 e 563 del codice civile sono stati modificati dapprima con il Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005, n. 80, poi con la legge 28 dicembre 2005, n. 263.

⁴³ Fra i terzi aventi causa dal donatario nei confronti dei quali è esperibile la tutela del legittimario leso prevista dall'art. 563 cod. civ. sono compresi anche i terzi aggiudicatari o assegnatari del bene in base a un provvedimento di vendita o assegnazione forzata promosso dai creditori del donatario; così Cass. 5 dicembre 1968, n. 3896, in *Foro it.*, 1969, I, p. 896.

⁴⁴ Così L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 306.

⁴⁵ Anche L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., p. 241 analizza con particolare attenzione i due limiti enunciati nel testo.

⁴⁶ Così Trib. Monza, 27 giugno 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 459 con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sull'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*.

Nello stesso senso L. MENGONI, *op. cit.*, p. 310.

Dal tenore letterale del primo comma dell'articolo 563 cod. civ. («Se i donatari, contro i quali è stata pronunciata la riduzione, hanno alienato ... il legittimario ... può chiedere ai successivi acquirenti ... la restituzione degli immobili») si trae argomento per affermare l'autonomia delle due azioni, quella di riduzione contro il beneficiario della disposizione lesiva di legittima e quella di restituzione contro l'avente causa dal donatario soggetto a riduzione. Diversi sono i soggetti ai quali spetta la legittimazione passiva nei due casi e diverse sono le condizioni delle due azioni, la lesione quantitativa, da determinarsi con i criteri di cui all'articolo 556 cod. civ., e le altre condizioni previste dall'articolo 564 cod. civ. per quella di riduzione, alla quale si riconosce natura di azione personale di accertamento costitutivo⁴⁷, il passaggio in giudicato della sentenza di riduzione e l'infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario della disposizione lesiva per quella di restituzione nei confronti degli aventi causa.

La dottrina prevalente pone una ulteriore distinzione fra azione di restituzione contro gli aventi causa e azione di restituzione contro i beneficiari della disposizione lesiva⁴⁸ e, sottolineando la diversità di *causa petendi* e di *petitum*, perviene a diverse qualificazioni circa la natura delle due azioni di restituzione. In relazione alla *causa petendi* si evidenzia il fatto che nell'azione contro i beneficiari essa è effetto immediato della riduzione, mentre nell'azione contro i terzi aventi causa, oltre al passaggio in giudicato della riduzione, occorre che l'escussione del patrimonio del beneficiario della disposizione lesiva sia, almeno parzialmente, infruttuosa. Per quanto riguarda poi il *petitum* esso diverge nelle due azioni di restituzione sia sotto il profilo qualitativo sia sotto il profilo quantitativo. Nella azione contro il donatario ciò che si chiede sono i beni in natura, se sono ancora nel patrimonio di quest'ultimo, o l'equivalente in denaro, se i beni sono stati alienati, mentre nell'azione contro i terzi aventi causa ciò che si chiede sono soltanto i beni e al convenuto è accordato il diritto di trattenerli pagando l'equivalente.

Inoltre al beneficiario della disposizione ridotta si chiede l'intero valore necessario ad integrare la legittima, mentre al terzo avente causa si chiede soltanto la differenza fra il suddetto valore e quanto si sia ricavato dall'escussione del patrimonio del beneficiario della disposizione lesiva.

Le suddette differenze, tratteggiate dalla dottrina citata, sembrano giustificare pienamente la conclusione di attribuire natura personale

⁴⁷ L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 230-231.

⁴⁸ L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 314-315.

all'azione contro i beneficiari della disposizione ridotta e natura reale all'azione contro i terzi aventi causa.

Tutela ancor più penetrante era ed è accordata al legittimario leso dall'articolo 561 cod. civ. in forza del quale i beni immobili e i beni mobili registrati restituiti in conseguenza della riduzione "sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o il donatario può averli gravati", salvo il limite derivante dalle norme degli articoli 2652 n. 8 e 2690 n. 5 cod. civ. relativi alla trascrizione delle domande giudiziali.

Il fondamento dell'articolo 561 cod. civ. viene individuato dalla dottrina prevalente⁴⁹ nella regola *resoluto iure dantis, resolvitur et jus accipientis* e, per quanto strana possa apparire la disparità di trattamento che il legislatore ha riservato agli aventi causa dal donatario quando acquistino diritti reali di godimento o di garanzia rispetto al caso in cui acquistino la proprietà⁵⁰, ciò che è significativo, è la riaffermazione in tale norma del principio di soccombenza dell'interesse del terzo avente causa rispetto all'interesse del legittimario leso.

La disciplina posta dagli articoli 561 e 563 cod. civ. doveva poi, come tuttora avviene, integrarsi con le norme contenute negli articoli 2652 n. 8 e 2690 n. 5 cod. civ. rimaste inalterate⁵¹.

La prima dispone, per il caso che la donazione abbia ad oggetto beni immobili, che la domanda di riduzione della donazione per lesione di legittima debba essere trascritta e che, se la trascrizione della domanda è eseguita dopo dieci anni, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda. La seconda pone una analoga disciplina per il caso di donazione avente ad oggetto beni mobili registrati e si differenzia dalla precedente soltanto perché il termine in essa contemplato è di soli tre anni.

⁴⁹ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 304; F.S. AZZARITI - G. MARTINEZ - G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 283. *Contra* L. FERRI, *op. cit.*, p. 230.

⁵⁰ L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 304-305 individua la differenza di trattamento in una ragione di ordine storico, ossia nell'essersi la norma dell'art. 561 formata parallelamente alla norma dell'art. 549.

⁵¹ Nonostante la disciplina degli articoli 2652 n. 8 e 2690 n. 5 cod. civ. fosse richiamata espressamente soltanto dall'articolo 561 cod. civ. che regolava la restituzione di beni donati sui quali fossero stati successivamente costituiti a titolo oneroso diritti reali di godimento o di garanzia essa doveva ritenersi applicabile anche all'ipotesi regolata dall'articolo 563 cod. civ., ossia all'azione di restituzione contro terzi acquirenti a titolo oneroso del diritto di proprietà sull'immobile donato. In tal senso L. MENGONI, *op. cit.*, p. 318-319.

Pertanto, purché la domanda di riduzione sia trascritta entro dieci anni (se ha ad oggetto beni immobili, o entro tre se ha ad oggetto beni mobili registrati) dall'apertura della successione, la sentenza che accoglie la domanda pregiudica qualunque terzo, anche colui che abbia acquistato diritti in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda (esula invece dal campo di applicazione della normativa in esame l'ipotesi in cui la trascrizione della domanda abbia preceduto quella dell'atto di acquisto, in tal caso infatti la sentenza pronunciata contro il donatario-alienante ha effetto anche contro l'avente causa in applicazione del generale principio fissato dall'articolo 111 cod. proc. civ.).

Unici casi in cui si ritiene che si ripristini il generalissimo principio del *prior in tempore, potior in iure* fissato in materia di trascrizione dall'articolo 2644 cod. civ. sono quello della sentenza che accoglie la domanda di riduzione che sia stata trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione e quello della sentenza che accoglie la domanda di riduzione entro il decennio, ma sulla base di una domanda non trascritta.

In relazione a tale seconda ipotesi autorevole dottrina ritiene infatti che la trascrizione della domanda debba sussistere nel momento della pronuncia sulla domanda contro il subacquirente, anche se questo momento cada dentro i dieci anni⁵².

Viene infine in considerazione, per completare il quadro delle norme poste dall'ordinamento a tutela dei legittimari, l'articolo 557 2° comma cod. civ. che vieta ai legittimari e ai loro eredi di rinunciare al diritto di chiedere la riduzione delle donazioni, finché vive il donante, sia con dichiarazione espressa, sia prestando il loro assenso alla donazione. Tale norma, che ha riguardo esclusivamente alla riduzione delle donazioni, si ritiene che costituisca una specificazione del divieto generale di patti successori sancito dall'art. 458 cod. civ. nel cui ambito applicativo ricade invece la rinuncia all'azione di riduzione della disposizione testamentaria effettuata prima dell'apertura della successione⁵³.

⁵² L. MENGONI, *op. cit.*, p. 319 afferma che «Se il legittimario ha trascritto la domanda entro il decennio, il conflitto è risolto in suo favore pur se il subacquirente fosse primo trascrivente. Se ha ommesso la trascrizione, prevale il terzo che ha trascritto il suo acquisto, ancorché la causa di riduzione fosse stata promossa prima della scadenza dei dieci anni».

⁵³ In tal senso L. MENGONI, *op. cit.*, p. 54 nota 30; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, V, Torino, 1982, p. 412; L. FERRI, *op. cit.*, pp. 213-214.

Dalle norme esaminate sembra potersi desumere una chiara scelta del legislatore del 1942 nel senso di privilegiare l'interesse del legittimario il che, per un verso induce ad un notevole scetticismo sulla liceità di taluni congegni negoziali elaborati dalle prassi in funzione di tutela dell'avente causa dal donatario⁵⁴, per altro verso costituisce la necessaria premessa per inquadrare correttamente all'interno del microsistema considerato le novità introdotte dal legislatore nel 2005⁵⁵.

⁵⁴ Le ipotesi a cui si allude sono: la fideiussione dei legittimari non donatari; la fideiussione del donante; la solidarietà convenzionale nella responsabilità per evizione; la risoluzione consensuale.

In relazione ad esse e ad altre ancora si è in altra occasione effettuata una analisi di ciascuna fattispecie per lo più conclusasi con una valutazione di sostanziale illiceità (M. 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*, II, 1, Milano, 1998, p. 399 e ss.).

Per la confutazione della diversa tesi (A. PALAZZO, *Provenienze donative, successioni, trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2003, I, p. 317 e ss. nota 12 e *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 2004, p. 116 e ss., nota 53) che considera valida la fideiussione del donante in quanto in essa manca "l'estremo oggettivo dell'attribuzione patrimoniale *mortis causa* che è un'attribuzione *de residuo*" si rinvia al contenuto del secondo capitolo nel quale è chiarito che la residualità dell'oggetto è elemento identificativo soltanto dell'atto *mortis causa* a effetti reali.

⁵⁵ Sulle questioni aperte dall'intervento del legislatore si registra già una copiosa elaborazione dottrinale nell'ambito della quale si segnalano:

R. CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. not.*, 2005, p. 1019 e ss.; G. CIAN, *Tutela della legittima e nuove regole introdotte dalla legge n. 80/2005*, in Relazione introduttiva al Convegno organizzato da Paradigma sul tema *Successioni e Donazioni, tutela della legittima e circolazione dei beni anche alla luce della legge sulla competitività* (Legge n. 80/2005), Milano, 5 luglio 2005 negli atti del convegno; S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, p. 305 e ss.; ID., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in *Famiglia*, 2006, p. 671 e ss.; ID., *Successione necessaria e sistema di tutela del legittimario*, Milano, 2008, p. 103 e ss.; G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium Juris*, 2005, p. 1129 e ss.; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)* in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 3 e ss.; R. LENZI, *Beni di provenienza donativa*, Relazione al Convegno di studio «Liberalità e prassi negoziale» organizzato dal Comitato regionale notarile della Calabria (Tropea, 9-10 giugno 2006) in corso di pubblicazione; A. PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la L. 80/2005*, in *Vita not.*, 2005, p. 767 e ss.; P. 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,

L'articolo 563 cod. civ. nel nuovo testo afferma che l'azione di restituzione nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario può essere esercitata, dopo il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione e l'escussione dei beni del donatario, soltanto se non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione. Al quarto comma, dopo aver fatto salvo il disposto del numero 8) dell'articolo 2652, testualmente dispone che «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».

Pertanto l'opposizione rappresenta l'onere cui è assoggettato il legittimario che voglia conservare l'azione di restituzione anche oltre il ventennio e ha come effetto normativamente determinato la sospensione del termine e, specularmente, la rinuncia all'opposizione non può che rappresentare rinuncia al prolungamento del termine ventennale all'interno del quale è comunque esercitabile, in presenza degli altri presupposti, l'azione di restituzione nei confronti dei terzi.

La persistenza del divieto di rinunciare all'azione di riduzione, finché vive il donante, sancito dall'art. 557 2° co. cod. civ. deve portare a non indulgere rispetto alle tesi che dalla rinuncia al diritto di fare opposizione, ora prevista dall'art. 563 cod. civ., fanno discendere la implicita rinuncia all'azione di riduzione ovvero la rinuncia con effetto im-

p. 555 e ss.; E. de FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla L. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Riv. not.*, 2005, p. 1249 e ss.; G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, p. 277 e ss.; A. BUSANI, *L'atto di «opposizione» alla donazione (art. 563, comma g, c.c.)*, in *Studi e materiali - Consiglio Nazionale del Notariato*, 2005, p. 1079 e ss.; ID., *L'atto di «opposizione» alla donazione (art. 563, comma g, c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 13 e ss.; F. TASSINARI, *La «provenienza» donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, in *Studi e materiali - Consiglio Nazionale del Notariato*, 2005, p. 1141 e ss.; G. CARLINI e C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla L. n. 80 del 2005*, in *Riv. not.*, 2005, p. 773 e ss.; S. LANDINI, *Modifiche in tema di riduzione delle donazioni introdotte dalla L. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 149; G. PALAZZOLO, *Le nuove regole della legge 80/2005 in tema di opposizione, riduzione e restituzione delle donazioni*, in *Vita not.*, 2006, p. 542 e ss.; M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente alla luce delle LL. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1269 e ss.

mediato alla efficacia reale dell'azione di riduzione o, per meglio dire, all'azione restitutoria.

La rinuncia all'azione restitutoria potrebbe essere qualificata o come una rinuncia «parziale» all'azione di riduzione⁵⁶, nulla per contrarietà al divieto *ex art. 557 2° co. cod. civ.*, ovvero modificazione volontaria di disciplina inderogabile, come tale ugualmente nulla.

Permane la differenza già esistente tra la regolamentazione che l'art. 563 cod. civ. detta per le alienazioni e quella che l'art. 561 cod. civ. detta per la costituzione di diritti reali limitati di godimento o di garanzia; in quest'ultima ipotesi, «i pesi e le ipoteche restano efficaci se la riduzione è domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione, salvo in questo caso l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni, purché la domanda sia proposta entro dieci anni dall'apertura della successione».

Un primo problema di grande rilievo consiste nei profili di incostituzionalità per contrasto con l'art. 3 della Costituzione che la nuova disciplina sembra presentare.

Il sistema di tutela dei legittimari non è stato stravolto, i diritti dei legittimari si calcolano nel momento in cui si apre la successione e soltanto allora diviene esperibile l'azione di riduzione con la conseguenza che, per effetto delle nuove norme, possono nascere in quel momento diritti uguali forniti di tutele diverse a seconda che il soggetto leso sia divenuto legittimario prima del decorso del ventennio dalla donazione o che abbia acquisito tale qualità (per nascita, per matrimonio o per altri eventi) dopo tale momento⁵⁷.

⁵⁶ Afferma che l'azione di riduzione è un'unica azione finalizzata all'accertamento della lesione della legittima e alla condanna alla restituzione dei beni, argomentando dall'art. 2652 n. 8) L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 202 e ss.

⁵⁷ Il dubbio di legittimità costituzionale delle nuove norme è stato avanzato da chi scrive in occasione dell'intervento al convegno di studio «Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive» svoltosi a Udine (9-11 giugno 2005) organizzato dall'Università degli Studi di Udine Facoltà di Giurisprudenza - Dipartimento di Scienze Giuridiche che si legge ora con il titolo *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. not.*, 2005, I, p. 933 e ss. spec. p. 941 e in *Tradizione e modernità nel diritto successorio degli istituti classici al patto di famiglia* a cura di S. Delle Monache nei *Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2007, p. 297 e ss. spec. p. 305.

La posizione è apertamente condivisa da G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, cit., p. 282, e nel medesimo senso sembra orientato anche G. CIAN, *op. cit.*, p. 7.

Per la effettività della tutela il legittimario dovrebbe anche essere capace di agire prima del decorso ventennio, perché, nei casi in cui un incapace fosse legalmente rappresentato dal donante o dal donatario, difficilmente verrebbe posto in essere l'atto di opposizione per evidente conflitto di interessi, tuttavia questo è un problema esclusivamente di fatto, in quanto l'ordinamento prevede e disciplina i casi di conflitto di interessi fra rappresentante legale e incapace.

Diverso problema, di più immediata rilevanza operativa, riguarda, in assenza di una disciplina transitoria, l'applicazione delle nuove norme alle donazioni fatte sotto il vigore della precedente normativa.

Una interpretazione perviene al risultato di considerare non più esercitabile l'azione di restituzione per le donazioni effettuate da più di venti anni⁵⁸.

Per un verso occorre ricordare che il decorso del tempo non può incidere su un diritto che ancora non è sorto. Per altro verso occorre tenere conto che l'azione di restituzione spettava senza limitazioni prima dell'entrata in vigore della novella e spetta per le donazioni fatte nel vigore della nuova legge, senza onere alcuno per il primo ventennio e senza termine se si adempie l'onere di fare opposizione e di rinnovarla (attraverso l'opposizione si mantiene intatta la posizione che i legittimari avevano nella disciplina previgente); sembra perciò, in linea di principio, difficilmente giustificabile l'assunto secondo il quale sarebbero privati di tale azione soggetti che erano titolari dell'azione e che non avrebbero potuto conservarla facendo opposizione sotto la disciplina previgente, perché un tale atto non era previsto, e non potrebbero farla ora perché il termine sarebbe scaduto.

Di scarso pregio appare uno degli argomenti che vengono portati a sostegno di tale interpretazione, ossia che si tratterebbe di una norma che, in quanto inserita in un provvedimento legislativo dedicato alla «competitività», risentirebbe di tale vocazione e finalità⁵⁹.

Se mai ve ne fosse stato bisogno, essendo a tutti nota ormai la estrema varietà di contenuti dei provvedimenti varati dal nostro legisla-

⁵⁸ In tal senso A. BUSANI, *L'atto di «opposizione» alla donazione (art. 563, comma 4, c.c.)*, in *Studio e materiali*, cit., p. 1136 e ss.; F. TASSINARI, *La «provenienza» donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, in *Studio e materiali*, cit., p. 1154 e ss. il quale, per sostenere la tesi, compie una vera e propria «acrobazia interpretativa» certamente brillante, tuttavia non condivisibile.

Per una argomentata critica v. G. BARALIS, *op. cit.*, pp. 279-283.

⁵⁹ Condivide la critica G. BARALIS, *op. cit.*, p. 282 nota 15.

tore, il Consigliere di Stato de Francisco⁶⁰, che è uno degli estensori della norma, ha provveduto a precisare, in occasione di un convegno, che il testo sulla competitività è semplicemente il mezzo che si è usato per veicolare la norma e che allo stesso modo si sarebbe potuto utilizzare qualunque altro provvedimento legislativo *in itinere*, il che rende avvertiti della impossibilità di usare il «contenitore» per interpretare una novellazione di norme del codice civile.

Sembra perciò ragionevole ritenere che l'azione di restituzione a tutela del legittimario leso da una donazione posta in essere nella vigenza della precedente disciplina non sarà più esercitabile soltanto dopo il decorso di un ventennio dall'entrata in vigore della nuova legge; potrà invece essere utilizzata la sopravvenuta possibilità di fare opposizione o dichiarazione di rinuncia⁶¹.

Utile, anche in questo caso, appare il richiamo all'articolo 3 della Costituzione, seppure sotto un diverso profilo: mentre il primo problema sollevato riguardava una possibile censura di illegittimità costituzionale della norma che, ovviamente, potrà essere dichiarata soltanto da una sentenza della Corte Costituzionale, con riguardo a questo diverso problema si tratta di utilizzare l'art. 3 Cost. come «criterio interpretativo», potendosi certamente dire che una interpretazione è conforme alla citata regola costituzionale e l'altra invece no.

Altro gravissimo problema sollevato dalla novella riguarda l'ambito oggettivo di applicazione della medesima: si applica solo agli atti formalmente donativi o anche agli atti relativamente simulati?

Anche rispetto a tale questione sono state avanzate tesi che pervengono a risultati diametralmente opposti. Certamente più rassicurante per gli operatori appare la soluzione che limita l'applicazione della nuova disciplina agli atti formalmente donativi⁶², ma sembra, in prima approssimazione, prevalere la tesi più rigorosa che ne estende l'applicazione agli atti relativamente simulati, con la devastante conse-

⁶⁰ Relazione al convegno «Successioni e Donazioni - Tutela della legittima e circolazione dei beni anche alla luce della legge sulla competitività (legge n. 80/2005)» svoltosi a Milano (5-6 luglio) organizzato da Paradigma.

⁶¹ In tal senso E. de FRANCISCO, *Le nuove discipline in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, cit., pp. 1268-1269; G. CIAN, *Tutela della legittima e nuove regole introdotte dalla legge n. 80/2005*, cit., p. 12; G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesive: una riforma attesa, ma timida*, cit., pp. 1135-1136; G. BARALIS, *op. cit.*, pp. 279-280.

⁶² In tal senso G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari ...*, cit., pp. 1134-1135.

guenza che potrebbe essere esperita, subito dopo l'atto, l'azione di simulazione con relativa trascrizione della citazione⁶³. Sembra questa tesi più coerente con la presenza nel sistema dell'art. 809 cod. civ., ma, la conseguenza, certamente non prevista e non voluta dal legislatore, è quella di rendere immediatamente esperibile l'azione di simulazione che, nella vigenza della precedente disciplina, era rinviata ad un momento successivo all'apertura della successione considerata la sua funzione strumentale rispetto all'esercizio dell'azione di riduzione.

All'azione di simulazione si riconosce natura di azione di accertamento negativo degli effetti di un negozio, ovvero di azione di nullità, imprescrittibile ai sensi dell'art. 1422 cod. civ., pertanto, prima della novella che si sta esaminando, il suo esercizio veniva rinviato al tempo in cui fosse divenuta esperibile anche l'azione di riduzione. La nuova

⁶³ Secondo G. CIAN, *Tutela della legittima ...*, cit., pp. 8-9 «Una soluzione ragionevole potrebbe, forse, essere quella di ammettere sì l'opposizione con relativa trascrizione anche nei confronti di un atto formalmente a titolo oneroso, ma soltanto se questa fosse corredata dalla promozione e trascrizione di una domanda volta a far accertare la simulazione o la natura di negozio misto con donazione dell'atto opposto.

La legittimazione all'azione e l'interesse ad agire del soggetto opponente per l'accertamento della natura e degli effetti di un atto dal quale egli al momento non deriva diritto alcuno, potrebbero essere visti discendere dalla facoltà concessagli dall'ordinamento di reagire, se opponente entro il ventennio dalla trascrizione della donazione, per il caso che, alla morte del donante, egli risulti legittimario leso dall'atto donativo, e ciò con le azioni di riduzione e di restituzione anche nei confronti dei terzi».

Nel medesimo senso si può collocare l'opinione di G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione ...*, cit., pp. 284-287 che avendo esaminato limiti a problemi connessi a ciascuna delle possibili soluzioni afferma che «la previsione del termine prescrizione a danno del legittimario permette solo di anticipare la tutela dello stesso, entro il ventennio, non solo opponendosi alle donazioni, ma agendo in simulazione ex art. 1415, comma 2, c.c., avverso il cessionario, il tutto con i dubbi sopra manifestati» anche se la soluzione favorevole ai legittimari «rende la posizione del terzo che acquista dal donatario-apparente compratore più grave rispetto a quella del terzo che acquista dal donatario, perché questi, almeno, conosce tutti i pericoli legati al subacquisto».

Ancora più avanzata la posizione espressa da S. DELLE MONACHE, *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, cit., p. 693 il quale ritiene possibile «compiere un passo avanti, per concludere che, in realtà, consentita dovrà ritenersi pure un'opposizione direttamente trascritta in riferimento ad un atto che non presenta la parvenza della donazione. Si consideri a questo proposito che la sentenza di accertamento della simulazione nulla toglie e nulla aggiunge all'atto dissimulato, solo dissolvendo le nebbie - per così dire - al riparo delle quali esso viene ad esistenza. Ma se così è, dell'opposizione che il legittimario *in pectore* vorrebbe compiere non già dovrà predicarsi che sia ammissibile o inammissibile, essa piuttosto essendo solo da giudicare, una volta perfezionata, come efficace o inefficace a seconda che l'atto contro cui si rivolge realmente integri, oppure no, una donazione».

disciplina rischia, invece, di creare intralci alla circolazione dei beni assai maggiori di quelli che si volevano eliminare, perché qualunque atto a titolo oneroso diventa impugnabile in simulazione non appena posto in essere per poter poi fare opposizione prima della scadenza del ventennio e così conservare l'azione restitutoria.

Merita qualche considerazione anche l'inciso che fa salvo il disposto del numero 8) dell'art. 2652 cod. civ.

Come si coordina il termine ventennale dalla trascrizione della donazione che rende non più esercitabile l'azione restitutoria con la espressa salvezza della disposizione secondo la quale se la trascrizione è eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda? Come si è già avuto occasione di osservare, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla più autorevole dottrina, la trascrizione *ex* 2652 n. 8) cod. civ. effettuata entro i dieci anni dalla apertura della successione può pregiudicare anche i terzi che abbiano acquistato a titolo oneroso in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda.

Nulla quaestio se la successione si apre entro il decennio dalla trascrizione della donazione: con l'ulteriore decennio si resta in un lasso di tempo comunque inferiore al ventennio rilevante ai sensi della nuova disciplina.

Quid juris, se invece la successione si apre in prossimità della scadenza del ventennio? Deve ritenersi che la trascrizione della citazione fatta dopo la scadenza del ventennio, ma prima che siano trascorsi dieci anni dalla apertura della successione, pregiudichi i diritti dei terzi che abbiano acquistato a titolo oneroso diritti in base ad atti trascritti o iscritti anteriormente alla trascrizione della domanda?

La risposta deve probabilmente essere affermativa sia per una motivazione di ordine letterale, la espressa salvezza di quanto disposto dal numero 8) dell'art. 2652 cod. civ., sia per una motivazione di ordine logico: chi acquista nel ventennio dalla trascrizione della donazione sa che il bene acquistato può essere oggetto di azione di restituzione ed ha evidentemente accettato il rischio. Se la successione si apre nel ventennio e viene esperita l'azione di riduzione il tempo necessario per il giudizio non può pregiudicare, ovviamente, la posizione della parte attrice e, per il mantenimento dell'azione restitutoria, si sostituisce all'onere di trascrivere l'atto di opposizione il diverso onere di trascrivere

entro il decennio dalla apertura della successione la domanda di riduzione.

Non deve, pertanto, tale meccanismo essere letto come un'ulteriore dilazione del termine per l'esercizio dell'azione di restituzione, quanto piuttosto come la prevalenza della disciplina ordinariamente applicabile alla fase successiva all'apertura della successione rispetto a quella della trascrizione dell'atto di opposizione valevole per la fase precedente all'apertura della successione.

Qualche breve notazione sull'atto di opposizione.

Poiché deve essere trascritto, necessariamente deve essere un atto pubblico o una scrittura privata autenticata, secondo quanto disposto dall'articolo 2657 cod. civ.

Si dubita se la notifica debba avvenire tramite ufficiale giudiziario alla stregua di quanto previsto dall'art. 137 cod. proc. civ. o se possa altrimenti considerarsi soddisfatto tale requisito.

La risposta a tale quesito può trarre argomentazioni dalla considerazione unitaria con il diverso problema del rapporto tra notifica e trascrizione dell'atto di opposizione.

Perché si produca l'effetto della sospensione del termine ventennale l'art. 563 cod. civ. afferma che l'atto debba essere notificato e trascritto: deve considerarsi tassativa la sequenza notifica/trascrizione o può ritenersi sufficiente che l'una e l'altra siano effettuate, determinandosi l'effetto dopo l'esecuzione del secondo adempimento?

Se si ritiene che la notifica serva ad evitare l'onere per il donatario di consultare periodicamente i Registri Immobiliari e la trascrizione serva invece a rendere avvertiti i terzi, potenziali acquirenti del bene, della possibilità che esso divenga oggetto di azione di restituzione, sembra plausibile ritenere che i due adempimenti debbano essere eseguiti secondo l'ordine enunciato dalla norma (in modo tale che non si trascriva un atto inefficace e che sia da tutti conoscibile la decorrenza degli effetti) che, per lo stesso motivo, la notifica debba essere eseguita tramite ufficiale giudiziario e la trascrizione debba essere effettuata in base a documento recante relata di notifica (copia autentica o ulteriore originale a seconda che si tratti di atto messo a raccolta o rilasciato).

Questione più squisitamente teorica è quella della natura giuridica dell'atto di opposizione se sia negoziale o non negoziale e tuttavia anche la soluzione di tale dubbio non è priva di conseguenze in ordine a capacità e vizi del volere.

Può conclusivamente affermarsi che, nella lettura proposta, l'intervento legislativo, pur non privo di difetti, si appalesa non eversivo

del sistema⁶⁴ e con l'indubbio duplice vantaggio di aprire spiragli operativi connessi alla possibilità di effettuare la rinuncia all'opposizione e di aver reso conoscibile al terzo acquirente il «vincolo» gravante sul bene per il potenziale esercizio dell'azione di restituzione attraverso la semplice consultazione dei Registri Immobiliari nel ventennio.

⁶⁴ A confortare il convincimento espresso possono citarsi le valutazioni di S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, cit., 319-320 «non sembra si possano nutrire dubbi circa il fatto che il miglioramento apportato alla condizione di questi ultimi (acquirenti dal donatario - n.d.r. -) si manifesti, nel complesso, piuttosto tenue, perché, seppure è stato fissato un termine scaduto il quale essi possono essere sicuri di non dover subire le conseguenze di un eventuale esperimento vittorioso dell'azione di riduzione, nel contempo i controinteressati (e cioè i soggetti che potrebbero assumere, dopo l'apertura della successione, la veste di legittimari) si sono visti assegnare uno strumento idoneo ad impedire che il decorso di quel termine proceda, almeno finché il donante è in vita.

In altre parole, se è vero che il diritto di opposizione funge da contrappeso rispetto all'introduzione del limite temporale oltre il quale l'esercizio dell'azione di riduzione non è più in grado di condurre ad una sentenza che travolga gli acquisti degli aventi causa dal donatario, ciò testimonia della preoccupazione del legislatore di assicurare comunque una tutela forte, pur in un'ottica tesa al perseguimento del dichiarato obiettivo della novella, ai membri della famiglia più stretta del donante. Ed è in questo quadro che va collocata la rinuncia all'opposizione, quale atto che esaurisce i propri effetti nella fase antecedente all'apertura della successione, facendo gravare sul rinunciante il rischio che, se la vita dell'ereditando si protrae oltre il ventennio, egli sia poi destinato a soccombere di fronte ai terzi aventi causa dal donatario, quando pure la donazione si riveli lesiva della legittima».