

PARTE III
**CASI E PROBLEMI DI INTERESSE NOTARILE -
DOCUMENTI - ATTUALITÀ**

ALESSANDRO TORRONI

ACQUISTI IMMOBILIARI POTENZIALMENTE PERICOLOSI:
CON PROVENIENZA DONATIVA, *MORTIS CAUSA* O
PER USUCAPIONE NON ACCERTATA GIUDIZIALMENTE.
TUTELA DELL'ACQUIRENTE (*)

I. Immobili con provenienza donativa.

1. *Premessa.*

L'esame dei problemi concernenti la circolazione degli immobili con provenienza donativa deve necessariamente partire dalle modalità particolari con cui si attua la tutela del legittimario e, più precisamente, dalla natura e dalle caratteristiche dell'azione di riduzione, riconosciuta al legittimario per ottenere la quota legittima, qualora sia stato leso da donazioni effettuate in vita dal *de cuius* o da disposizioni testamentarie.

La materia è particolarmente insidiosa in quanto istituti propri della disciplina del contratto, quali la legittimazione a disporre e la garanzia per evizione, si scontrano con i principi generali della materia successoria ispirati alla tutela dei diritti dei legittimari. Basti considerare, al riguardo, che in giurisprudenza, la perdita del bene da parte dell'avente causa dal donatario, per effetto dell'esercizio dell'azione di restituzione, non è considerata un fatto evizionale, essendo la garanzia per evizione subordinata alla preesistenza della causa da cui questa dipende rispetto al perfezionamento del contratto ad effetti reali.

Si consideri, ancora, che i problemi principali nella circolazione degli immobili di provenienza donativa risiedono nella perdurante difficoltà per il notaio a dare certezze alle parti sulla «tenuta» di accordi, pur consapevoli e spontanei, relativi alla ripartizione del patrimonio nell'ambito familiare, stante il confine tuttora incerto dei patti successori rinunciativi.

(*) Lo scritto riproduce la relazione svolta al Convegno organizzato dall'Associazione Sindacale dei Notai dell'Emilia-Romagna «Aldo Dalla Rovere» in occasione della «Festa dei Lustri» a Parma il 20 settembre 2008.

2. *La tutela dei legittimari ante riforma del 2005: natura e caratteri dell'azione di riduzione e di restituzione.*

A favore del coniuge, dei figli legittimi, a cui sono equiparati i figli legittimati e adottivi, e degli ascendenti legittimi, ove manchino figli legittimi e naturali, la legge riserva una quota di eredità, la cd. legittima (cfr. art. 536 e seguenti c.c.).

L'istituto della legittima rappresenta un limite alla piena facoltà di disporre dettato da motivi di solidarietà familiare e di dovere naturale (1).

Il legittimario ha diritto non ad una quota in natura su singoli beni determinati facenti parte dell'asse ereditario (cd. intangibilità qualitativa della legittima) bensì ad un *valore pari alla quota riservatagli per legge* (cd. intangibilità quantitativa della legittima). Ne deriva che il testatore è libero, nell'attribuzione dell'asse ereditario, di stabilire i beni che intende lasciare ai legittimari con il solo limite che deve soddisfare le ragioni dei legittimari con beni che devono essere compresi nell'asse ereditario. Secondo l'opinione prevalente in dottrina e soprattutto in giurisprudenza, il testatore non potrebbe soddisfare la legittima assegnando ad un legittimario un diritto di credito verso un coerede.

Vedremo in seguito che questo rigore del legislatore è attenuato nel caso in cui il legittimario agisca in restituzione nei confronti degli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione (art. 563 c.c.), fattispecie in cui appare con tutta evidenza il contenuto del *diritto del legittimario ad un valore rappresentativo della sua quota di legittima quale risulta accertata al momento dell'apertura della successione.*

La tutela del legittimario, volta ad ottenere la soddisfazione della quota di riserva riconosciutagli dalla legge, si realizza con l'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni che, in concreto, abbiano leso la legittima, cioè siano eccedenti la quota di cui il defunto poteva disporre (cfr. artt. 554 e 555 c.c.).

Come ha da tempo messo in evidenza la migliore dottrina (2), *l'azione di riduzione si compone, in realtà, di tre azioni autonome, ancorché strettamente connesse: l'azione di riduzione in senso stretto, l'azione di restituzione contro i beneficiari delle disposizioni ridotte e l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti.*

La prima azione ha lo scopo di *far dichiarare l'inefficacia (totale o parziale) delle disposizioni testamentarie e delle donazioni le quali hanno ecceduto la quota di cui il defunto poteva disporre* (3). La seconda e la terza azione, successive alla prima, hanno lo scopo di *recuperare al patrimonio del legittimario i beni oggetto delle disposizioni lesive, rese inefficaci dall'azione di riduzione* (4).

Più precisamente, l'azione di riduzione rappresenta un fenomeno di inefficacia successiva, totale o parziale, dell'atto di disposizione colpito dalla riduzione. La sentenza

(1) G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002, 262.

(2) F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei Legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941, Libro delle successioni e delle donazioni, 310; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000, 232.

(3) Sulla base della valutazione compiuta, con riferimento al tempo dell'apertura della successione, con le modalità stabilite dall'art. 556 c.c. e dagli artt. da 747 a 750 c.c. richiamati, e cioè con la valutazione del *relictum* detratti i debiti e la riunione fittizia delle donazioni, anche indirette, poste in essere in vita dal *de cuius*, al fine di determinare la porzione disponibile.

(4) G. CAPOZZI, *op. cit.*, 301.

di riduzione non attua un nuovo trasferimento dei beni al patrimonio del defunto ma opera in modo che il trasferimento posto in essere dal defunto con le disposizioni lesive si consideri non avvenuto nei confronti del legittimario, il quale acquista i beni in forza della vocazione legale che, per effetto della sentenza, si produce in suo favore (5).

È stato chiarito in dottrina che l'azione di riduzione i) è un'azione di accertamento costitutivo, in quanto accerta l'esistenza della lesione della legittima e delle altre condizioni dell'azione di riduzione e dall'accertamento consegue, per legge, l'inefficacia delle disposizioni lesive nei confronti del legittimario leso; ii) è un'azione personale, in quanto è diretta verso i destinatari delle disposizioni riducibili (erede, legatario, donatario); iii) è un'azione con effetti retroattivi reali, in quanto i suoi effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione non solo tra le parti ma anche nei confronti dei terzi (6).

Una volta ottenuta la pronuncia di inefficacia della disposizione lesiva, il legittimario agirà in restituzione per recuperare il possesso del bene nei confronti dell'erede, del legatario o del donatario, qualora gli stessi siano ancora proprietari del bene. La netta differenza tra azione di riduzione ed azione di restituzione ha indotto certa dottrina ad accostare l'azione di restituzione all'azione di rivendica (7).

Si noti che gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o il donatario può averli gravati (art. 561, comma 1 c.c.).

Secondo la dottrina assolutamente prevalente, con il termine «pesi» il legislatore ha inteso comprendere non solo «i pesi in senso tecnico, quali le servitù e gli oneri reali» ma anche «i diritti, reali o personali, di godimento o di garanzia, anche se costituiti senza la volontà del legatario o del donatario (sequestro, pignoramento, ecc. ...)» (8).

L'azione di restituzione non sarà necessaria nel caso in cui il legittimario sia già nel possesso del bene oppure nel caso in cui si tratti della riduzione parziale di una disposizione a titolo universale, per effetto della quale il legittimario acquista una quota astratta dell'eredità, che si tramuterà nella proprietà esclusiva su singoli beni solamente con la divisione ereditaria.

Qualora il beneficiario della disposizione lesiva della legittima abbia alienato a terzi il bene, il legittimario esperirà, nei confronti dello stesso beneficiario della disposizione lesiva, l'azione di restituzione per equivalente, ossia chiederà al beneficiario il *tantundem*, cioè una somma di denaro che rappresenti il valore del bene determinato con riferimento alla data dell'apertura della successione (9). E per realizzare tale valore, in caso di inadempimento dell'obbligato, avrà l'onere della preventiva escussione dei beni del donatario (10).

(5) Cfr. in giurisprudenza Cass. 5 maggio 1969, n. 1497.

(6) Cfr. PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 78, F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 331, L. MENGONI, *op. cit.*, 232, G. Capozzi, *op. cit.*, 305 ss.

(7) In un passo della Relazione al Re sul codice civile del 1942 si precisa che «Si è corretta all'art. 563 l'imprecisa qualificazione di azione di *riduzione* e *rivendicazione* data all'azione promossa dai legittimari contro i terzi ai quali siano stati trasferiti gli immobili donati: invero 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».

(8) L. MENGONI, *op. cit.*, 304.

(9) Cfr. Cass. 5 giugno 2000, n. 7478.

(10) Cfr. Trib. Monza 27 giugno 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 569, con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sull'azione di riduzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*.

È stato, però, precisato in giurisprudenza che la preventiva escussione del donatario postula indispensabilmente l'effettiva esistenza di beni nel patrimonio di quest'ultimo; infatti non si tratta di una formalità meramente procedurale ma di un adempimento che, per la finalità ad esso connessa, in tanto è richiesto, in quanto via sia l'ambito entro cui si possa esplicitare, per cui va esclusa quando manchi del tutto la possidenza di beni da parte del donatario (11).

Qualora il legittimario leso non possa ottenere soddisfazione della sua quota di legittima, nemmeno per equivalente tramite l'escussione dei beni del beneficiario della disposizione lesiva, potrà agire in restituzione nei confronti dei successivi acquirenti degli immobili.

Infatti, pur avendo natura personale, *l'azione di riduzione possiede anche un'efficacia reale*: in applicazione del principio *risoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, per effetto della risoluzione della donazione, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che ne ha accertato la lesione di legittima, *divengono inefficaci anche i successivi trasferimenti effettuati dal donatario e dai suoi aventi causa ed i diritti reali e personali (pesi e ipoteche) costituiti sull'immobile*.

Legittimati passivi dell'azione di restituzione sono coloro che, nell'eventuale serie dei trasferimenti dell'immobile, sono proprietari al momento dell'esercizio dell'azione di restituzione (12).

Il terzo acquirente che subisce l'azione di restituzione ha la facoltà di liberarsi dall'obbligo di restituzione in natura del bene pagando l'equivalente in denaro (art. 563, comma 3 c.c.). Si tratta, secondo la ricostruzione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza (13), di una sorta di corrispettivo del riscatto del bene in virtù di un potere di riscatto riconosciuto *ex lege* al terzo che subisce l'azione di restituzione, che vale ad estinguere l'azione stessa.

Si noti il diverso trattamento riservato ai titolari di diritti reali di godimento o di garanzia costituiti sul bene oggetto dell'azione di riduzione rispetto all'avente causa dal donatario: i primi vengono privati automaticamente del loro diritto per effetto dell'azione di riduzione mentre per il secondo la privazione del bene è solo eventuale, quale *extrema ratio*, nell'ipotesi in cui il legittimario non sia in grado di soddisfare il suo diritto alla quota di legittima nel patrimonio del donatario tramite l'azione di restituzione definita per equivalente.

Secondo l'interpretazione che ritengo preferibile, *la riduzione mira a far conseguire al legittimario leso un utile consistente nella differenza fra quanto trova nell'asse ereditario (relictum) e quanto a norma di legge gli compete*; da questa premessa discende che il bene alienato ad un terzo dal beneficiario della disposizione lesiva si trova esclusivamente in *funzione di garanzia del diritto del legittimario, diritto che è di natura creditoria* (14).

(11) Cass. 18 marzo 1961, n. 613; Cass. 19 ottobre 1960, n. 2824, in C. CARNEVALE (a cura di), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Libro II delle Successioni, Tomo I* (artt. 456-586), 629.

(12) Cass. 19 ottobre 1960, n. 2824, in C. CARNEVALE (a cura di), *op. e loc. cit.*.

(13) L. MENGONI, *op. cit.*, 307 ss.

(14) A. SCOTTI GALLETTA, *Sulla natura giuridica dell'azione di reintegrazione della quota di legittima e sul giudice territorialmente competente a decidere della questione*, in nota a Trib. S. Maria Capua Vetere 14 ottobre 1958, *Dir. e giur.*, 1959, II, 70; A. GRECO, *Brevi riferimenti sulla natura giuridica dell'azione di riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della posizione legittima*, nota a sent. Trib. Rossano 20 dicembre 1955, *Temi*, 1956, 158.

3. *La circolazione degli immobili di provenienza donativa prima della riforma del 2005.*

Appare con evidenza come la disciplina di tutela del legittimario e, in particolare, la retroattività reale dell'azione di restituzione nei confronti del terzo avente causa dal donatario, costituivano prima della riforma del 2005 un grosso freno alla circolazione degli immobili di provenienza donativa.

Le maggiori difficoltà di circolazione sussistevano nel periodo intercorrente tra la data della donazione e la morte del donante, in considerazione del *divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., confermato per la rinuncia all'azione di riduzione dall'art. 557, comma 2 c.c.*, in base al quale i legittimari non possono rinunciare al diritto di chiedere la riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive finché vive il donante, né con dichiarazione espressa né prestando il loro assenso alla donazione. Morto il *de cuius*, il legittimario leso può rinunciare all'azione di riduzione delle disposizioni lesive, trattandosi di un diritto pienamente disponibile. La rinuncia non esige atti o formule sacramentali ma può essere desunta da un comportamento inequivoco e concludente (15).

Trascorsi dieci anni dall'apertura della successione, secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, l'azione di riduzione si prescrive. Va precisato, però, che il *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione, in alcuni casi, può iniziare da un momento successivo all'apertura della successione.

Secondo Cass., Sezioni unite, 25 ottobre 2004, n. 20644 (16) il termine decennale di prescrizione dell'azione di riduzione decorre *dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima*. Inoltre, nel caso in cui lo status di *filiazione legittima o naturale, che attribuisce la qualità di legittimario, risulti da apposita sentenza successiva alla morte del de cuius* è dal passaggio in giudicato della sentenza che decorre il termine di prescrizione (17).

In ogni caso, il sistema della trascrizione e, in particolare, l'art. 2652, n. 8 c.c. prevede un meccanismo definitivo di tutela dell'avente causa a titolo oneroso dal beneficiario della disposizione lesiva. Infatti, trascorsi dieci anni dall'apertura della successione, senza che sia stata trascritta la domanda di riduzione, i terzi aventi causa a titolo oneroso che abbiano trascritto o iscritto il proprio diritto prima della trascrizione della domanda di riduzione, ai sensi dell'art. 2652, n. 8 c.c., fanno salvo il proprio acquisto. Quindi, *l'acquirente a titolo oneroso che trascriva il suo acquisto, dopo dieci anni dall'apertura della successione e prima che sia stata trascritta la domanda di riduzione, è certo che l'eventuale sentenza che accogla la domanda di riduzione non pregiudica il suo acquisto*.

Si può, dunque, affermare che, prima della riforma del 2005, potevano distinguersi tre fasi con una diversa gradazione di rischio per l'acquirente di diritti sull'immobile:

— una prima fase che durava *per la residua vita del donante* in cui il rischio era massimo, in quanto non era possibile stabilire con assoluta certezza se la donazione fosse lesiva dei diritti di un legittimario e, quindi, se potesse esserne domandata la riduzione dopo la morte del donante;

(15) Cass. 18 maggio 1957, n. 1793, in *Giust. civ.*, 1958, I, 153.

(16) In *Foro it.*, 2005, I, col. 1782 e segg. ed in *Vita not.*, 2005, 285.

(17) Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, 333.

— una seconda fase che iniziava *dopo l'apertura della successione* in cui il rischio si attenuava, sia per la possibilità di determinare in maniera certa se la donazione avesse o meno leso i diritti di un legittimario, sia per la piena disponibilità da parte del legittimario del diritto di rinunciare all'azione di riduzione;

— una terza fase, *successiva alla rinuncia all'azione di riduzione da parte dei legittimari oppure al decorso dei dieci anni dall'apertura della successione senza che sia stata trascritta la domanda di riduzione*, in cui l'acquisto del terzo poteva considerarsi definitivamente sicuro e inattaccabile dai legittimari.

4. *La riforma attuata con la legge n. 80/2005.*

La materia, com'è noto, è stata innovata dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. decreto legge sulla competitività), entrata in vigore il 15 maggio 2005. Si tratta, però, di un intervento parziale: si legge, infatti, nella relazione di accompagnamento che «in attesa che — anche sulla base delle iniziative adottate dalle istituzioni comunitarie — si proceda, per un verso, ad un'organica revisione della disciplina dei patti successori e della tutela dei legittimari e, per l'altro verso, a mitigare il divario tra la disciplina dettata dal nostro legislatore e quella vigente nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea, nella prospettiva di una doverosa armonizzazione tra i vari ordinamenti giuridici, si ritiene urgente fornire una risposta al problema della tutela dell'acquirente dei beni immobili di provenienza donativa, il quale problema appare di maggiore evidenza dopo la riforma attuata con l'abrogazione dell'imposta sulle successioni e donazioni». Prosegue la stessa relazione affermando che la soluzione adottata è «attenta a non scardinare surrettiziamente i principi del libro secondo del codice civile ed al contempo a soddisfare efficacemente l'ineludibile esigenza della sicurezza degli acquisti delle situazioni giuridiche, cui si correla il fondamentale principio della sicurezza della circolazione dei beni».

L'intervento del legislatore del 2005 ha modificato gli articoli 561 c.c. e 563 c.c. di cui si trascrive di seguito il testo nella versione novellata evidenziando in grassetto le parole introdotte o modificate con la riforma.

«Art. 561. *Restituzione degli immobili.* — Gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o il donatario può averli gravati, salvo il disposto del n. 8 dell'art. 2652. **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 stata proposta entro dieci anni dall'apertura della successione. Le stesse disposizioni si applicano per i beni mobili iscritti in pubblici registri.**

I frutti sono dovuti a decorrere dal giorno della domanda giudiziale».

«Art. 563. *Azione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione* — Se i donatari contro i quali è stata pronunciata la riduzione hanno alienato a terzi gli immobili donati e **non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione** (18), il legittimario, premessa l'escussione dei beni del donatario, può chiedere ai successivi

(18) Le parole «trascrizione della» sono state inserite dall'art. 3, comma 1, lett. a), della legge 28 dicembre 2005, n. 263; precedentemente il testo era «e non sono trascorsi venti anni dalla donazione».

acquirenti, nel modo e nell'ordine in cui si potrebbe chiederla ai donatari medesimi, la restituzione degli immobili.

L'azione per ottenere la restituzione deve proporsi secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima. Contro i terzi acquirenti può anche essere richiesta, **entro il termine di cui al primo comma**, la restituzione dei beni mobili, oggetto della donazione, salvi gli effetti del possesso di buona fede.

Il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in danaro.

Salvo il disposto del numero 8) dell'art. 2652, il decorso del termine di cui al primo comma e di quello di cui all'art. 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 (19), 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».

4.1. *Il termine ventennale dalla trascrizione della donazione.*

Il legislatore della riforma ha previsto un termine di vent'anni, decorrente dalla trascrizione della donazione, trascorso il quale la tutela del legittimario che abbia esercitato l'azione di riduzione perde i suoi connotati di realtà, fatto salvo il diritto di opposizione riconosciuto a coniuge e parenti in linea retta del donante di cui si dirà tra breve.

Dopo la riforma del 2005, *trascorso il termine di vent'anni dalla trascrizione della donazione: i) restano efficaci i pesi e le ipoteche costituiti sugli immobili dal donatario e il legittimario vanterà un diritto di credito nei confronti del donatario che andrà a compensare il minor valore dei beni, ii) è preclusa al legittimario l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti degli immobili.*

Secondo quanto risulta dalla relazione di accompagnamento, «la soluzione adottata dal legislatore consiste nel porre al riparo da ogni rischio il detto acquirente trascorsi venti anni dalla [trascrizione della] (20) donazione, in modo che quest'ultimo, 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».

L'idea che il donatario potesse opporre l'avvenuto acquisto del bene per usucapione al legittimario che agiva con l'azione di restituzione, dopo vent'anni dalla donazione, era già stata avanzata in dottrina (21) e sottoposta al vaglio della giurisprudenza che aveva escluso l'opponibilità dell'usucapione in quanto, nella fattispecie in esame, l'usucapione non opererebbe contro il *de cuius* ma contro il legittimario, il quale non può interromperla se non dopo l'apertura della successione, cioè quando è possibile accertare e far valere la lesione della legittima. Pertanto, si è concluso in giurisprudenza

(19) Le parole «*e dei suoi aventi causa*» sono state inserite dall'art. 3, comma 1, lett. b), della legge 28 dicembre 2005, n. 263.

(20) Le parole «*trascrizione della*» sono state inserite dall'art. 3, comma 1, lett. a), della legge 28 dicembre 2005, n. 263; precedentemente il testo era «*e non sono trascorsi venti anni dalla donazione*».

(21) EBNER, *Azione di riduzione e opponibilità dell'usucapione: la teoria del «doppio effetto»*, in questa *Rivista*, 2003, 1474.

che l'azione di riduzione configura una delle ipotesi, previste dalla legge, nelle quali l'usucapione non decorre se non dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.). A sostegno della citata conclusione si è anche affermato che l'azione di riduzione è di natura personale, in quanto non mira a rivendicare quel determinato bene posseduto dal beneficiario della liberalità [o da un suo avente causa], ma è diretta a far valere le ragioni successorie del legittimario e, inoltre, che con l'azione di riduzione non si contesta il diritto di proprietà dell'attuale titolare, né la legittimità del titolo d'acquisto, che anzi sono il presupposto dell'azione (22).

A ben vedere, anche la riforma del 2005, pur prendendo come riferimento il termine ventennale utile per l'usucapione, non ha accolto la tesi per il cui donatario può opporre al legittimario leso l'avvenuto acquisto per usucapione: si consideri, infatti, che il donatario è obbligato a compensare in denaro i legittimari in ragione del minor valore dei beni dovuto all'esistenza dei pesi e delle ipoteche che, trascorso il ventennio, rimangono efficaci ed opponibili al legittimario che agisce in riduzione. Il che dimostra che la legge nega la possibilità che il bene oggetto di donazione possa essere usucapito, almeno durante il ventennio fissato per il consolidamento degli eventuali diritti dei terzi (23).

È stato ipotizzato che, al contrario, l'avente causa dal donatario possa opporre l'usucapione al legittimario ed evitare, quindi, la restituzione dell'immobile. La tesi si basa, principalmente, sulla asserita possibilità di «doppiare» ogni acquisto a titolo derivativo con una coesistente causa di acquisto dello stesso bene a titolo originario (24).

La tesi del «nuovo» acquisto a titolo originario prova troppo, in quanto dà per scontato che all'acquisto per usucapione consegua l'*usucapio libertatis*, cioè l'automatica liberazione dell'immobile dai pesi che lo gravavano (servitù, vincoli, ipoteche).

Secondo la tesi prevalente in dottrina, ed accolta dalla giurisprudenza, *l'estinzione dei diritti reali gravanti sull'immobile consegue alla prescrizione estintiva per non uso ventennale da parte dei rispettivi titolari e non, automaticamente, al possesso ad usucapionem* (25).

Ne consegue che acquisto per usucapione, da una parte, e prescrizione dei diritti reali limitati, dall'altra, seguono due vicende separate ed autonome e possono anche non coincidere, con la conseguenza che, ad esempio, l'usucapiente che, nel ventennio di possesso, abbia subito l'esercizio di una servitù gravante sul fondo è tenuto a rispettare il diritto di servitù, diritto che non si è estinto per effetto dell'usucapione.

Si può, dunque, affermare che rimangono pienamente valide le argomentazioni, sopra accennate, con cui la giurisprudenza ha escluso l'opponibilità dell'usucapione al legittimario che agisca in riduzione, per cui il termine ventennale di cui agli artt. 561 e

(22) Cass. 27 ottobre 1995, n. 11203, in *Giust. civ.*, 1996, I, 378; Cass., 19 ottobre 1993, n. 10333, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1282 e in *Vita not.*, 1994, 783.

(23) G. CARLINI-C. UNGARI TRANSATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dai donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in questa *Rivista*, 2005, 777 s.

(24) 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 questa *Rivista*, 2005, 1252 ss.

(25) Cfr. in dottrina BIANCA, *Diritto Civile, La proprietà*, 6, Milano, 1999, 817; in giurisprudenza Cass. 28 maggio 1981, n. 3505.

563 c.c. non va in alcun modo collegato con l'usucapione (26) ma si tratta di un termine che il legislatore ha fissato, a sua discrezione, per soddisfare le esigenze di tutela del legittimario con quelle di garantire più sicurezza nella circolazione degli immobili con provenienza donativa.

4.2. *L'opposizione alla donazione.*

Il coniuge ed i parenti in linea retta del donante hanno la possibilità di sospendere il termine dei vent'anni e, quindi, di conservare integre le caratteristiche di realtà proprie dell'azione di restituzione ante riforma, mediante la notifica nei confronti del donatario e dei suoi eventuali aventi causa di un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione che, ove necessario, andrà rinnovato prima che siano trascorsi i vent'anni, qualora il donante sia ancora in vita.

Il coniuge ed i parenti in linea retta possono rinunciare al diritto di proporre opposizione. La rinuncia può intervenire prima dell'opposizione ed avrà, in tal caso, natura abdicativa, consumando la facoltà di esercitarla successivamente oppure potrà intervenire dopo che è stata proposta l'opposizione ed avrà, in tal caso, natura estintiva, facendo venir meno gli effetti dell'opposizione, con la conseguenza che riprenderà a decorrere il termine ventennale che andrà a sommarsi a quello maturato prima dell'opposizione.

La rinuncia a proporre opposizione dovrebbe considerarsi irrevocabile fin dal momento in cui giunge a conoscenza del donatario a cui favore ingenera un affidamento relativamente alla successiva circolazione del bene, in ossequio ai principi generali in tema di irrevocabilità del consenso (cfr. artt. 1334 e 1335 c.c.). Inoltre non sembra possa trovare applicazione nella fattispecie l'art. 525 che disciplina la revoca della rinuncia all'eredità in quanto norma eccezionale e, come tale, insuscettibile di interpretazione analogica (27).

Il diritto di proporre opposizione alla donazione e la sua rinuncia hanno un particolare valore sistematico. Per la prima volta, il legislatore anticipa la rilevanza della tutela del legittimario ad un momento antecedente l'apertura della successione: il legittimario dovrà valutare, fin dal momento della donazione, se accettare la nuova disciplina di legge o se riservarsi le prerogative riconosciutegli ante riforma (28).

In altri termini, mentre prima della riforma era necessario attendere l'apertura della successione per qualunque azione diretta alla tutela della legittima, con la modifica dell'art. 563 c.c., il legittimario potrà — prima dell'apertura della successione — i) proporre opposizione contro una donazione che ritiene potenzialmente lesiva della sua legittima, oppure ii) valutare di accettare la nuova disciplina con conseguente perdita delle caratteristiche di realtà della sua azione di restituzione. Più precisamente, trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione, correrà il doppio rischio, da una parte, dell'opponibilità nei suoi confronti dei pesi e delle ipoteche costituiti dal donatario sull'immobile restituito a seguito dell'azione di riduzione e, dall'altra parte, della perdita dell'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti dell'immobile.

(26) Cfr. 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 questa *Rivista*, 2006, 1290 s.

(27) In senso conforme, F. PENE VIDARI-G. MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in questa *Rivista*, 2006, 711, nota 20.

(28) Cfr. R. CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 c.c. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in questa *Rivista*, 2005, 1028 ss.

Il nuovo quarto comma dell'art. 563, nell'inciso iniziale, fa salvo il disposto del numero 8) dell'art. 2652.

Si è detto in precedenza che si tratta di una norma di chiusura del sistema di tutela del legittimario: trascorsi dieci anni dall'apertura della successione, senza che sia stata trascritta la domanda di riduzione, i terzi aventi causa a titolo oneroso che abbiano trascritto o iscritto il proprio diritto prima della trascrizione della domanda di riduzione, ai sensi dell'art. 2652, n. 8 c.c., fanno salvo il proprio acquisto. Il rinvio al disposto del numero 8 dell'art. 2652 serve, probabilmente, a rendere avvertito il legittimario che, se l'opposizione gli consente di conservare integre le sue ragioni verso il donatario ed i suoi aventi causa *per i successivi vent'anni di vita del donante*, non esclude l'onere da parte sua di esercitare l'azione di riduzione e trascriverla entro *i dieci anni successivi all'apertura della successione che, in ipotesi, potrebbero cadere in data anteriore alla scadenza del ventennio dalla donazione* (29).

È stato prospettato il caso in cui il decesso del donante sopraggiunta poco prima del ventennio dalla donazione e la trascrizione della domanda di riduzione venga eseguita dopo la scadenza del ventennio e prima di quella del decennio dall'apertura della successione. In tal caso, per il legittimario, all'onere di notificare e trascrivere l'opposizione si sostituisce il diverso onere di trascrivere entro il decennio dall'apertura della successione la domanda di riduzione, soddisfatto il quale conserverà l'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario (30).

Con la nuova disciplina abbiamo due termini che consentono al creditore ipotecario ed al terzo acquirente avente causa dal donatario di consolidare definitivamente il proprio diritto:

— trascorsi *vent'anni dalla trascrizione della donazione* senza che sia intervenuta l'opposizione da parte del coniuge o dei parenti in linea retta del donante;

— trascorsi *dieci anni dall'apertura della successione* senza che sia stata trascritta dal legittimario domanda di riduzione della donazione prima della trascrizione o iscrizione eseguita dal terzo acquirente in buona fede a titolo oneroso.

La legge non prevede l'ipotesi della sopravvenienza, successivamente allo spirare del termine ventennale, di figli o di un (nuovo) coniuge del donante. La posizione di questi soggetti che non avrebbero la possibilità di proporre opposizione alla donazione solleva dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 563, comma 4, c.c., in relazione all'art. 3 Cost (31).

È stato giustamente osservato in dottrina (32) che, da una parte, il nuovo termine di vent'anni dalla trascrizione della donazione per il consolidamento dei diritti degli aventi causa dal donatario e, dall'altra parte, la possibilità per il coniuge ed i discendenti del donante di rinunciare all'opposizione alla donazione, consentono un maggiore utilizzo, a costi assolutamente più favorevoli, della fideiussione bancaria o polizza assicurativa con cui il donatario garantisca il suo avente causa contro il rischio di esercizio dell'azione di riduzione, consentendogli in tal modo di paralizzare l'azione di

(29) In senso conforme, G. CARLINI-C. UNGARI TRANSATTI, *op. cit.*, 787.

(30) M. IEVA, *La novella degli articoli 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi*, in questa *Rivista*, 2005, 947 s.

(31) G. CARLINI-C. UNGARI TRANSATTI, *op. cit.*, 788.

(32) F. 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, 1150 ss.

restituzione pagando l'equivalente in danaro (art. 563, comma 3 c.c.). Com'è noto, prima della riforma del 2005, la polizza fideiussoria o assicurativa, consegnata dal donatario ai suoi aventi causa, era considerata la migliore forma di tutela dell'avente causa dal donatario ma, nella prassi, è risultata spesso di difficile attuazione a causa del costo particolarmente elevato connesso ai rischi che avrebbe comportato per il garante, stante la lunghezza del termine di esposizione, vale a dire finché non fossero trascorsi dieci anni dall'apertura della successione del donante, e la difficoltà nel dare una valutazione preventiva delle possibilità di esercizio dell'azione di riduzione. Con le modifiche introdotte dalla riforma, a fronte di una accorta sistemazione patrimoniale da parte del donante, di un'aspettativa di vita ultraventennale del donante stesso e della preventiva rinuncia di tutti i potenziali legittimari a proporre opposizione alla donazione, sembra di poter affermare che la polizza fideiussoria o assicurativa sarà utilizzabile nella prassi con costi decisamente più contenuti.

Resta l'incognita della possibile sopravvenienza di altri legittimari (figli nati o riconosciuti e coniuge sposato dopo la donazione), i quali potrebbero nel ventennio dalla trascrizione della donazione proporre opposizione alla stessa, ma si tratta di un rischio che potrà essere attentamente valutato in base alla situazione concreta.

4.3. *La [mancanza di] disciplina transitoria.*

Com'è noto il legislatore della riforma non ha previsto una disciplina transitoria. Si pone, quindi, il problema di valutare l'impatto della nuova disciplina rispetto alle donazioni concluse prima della sua entrata in vigore avvenuta il 15 maggio 2005.

Come si è specificato in precedenza l'effetto principale della riforma consiste nell'aver previsto un termine ventennale, decorrente dalla trascrizione della donazione, trascorso il quale l'azione di riduzione perde le sue caratteristiche di realtà, non essendo opponibile agli aventi causa dal donatario (creditori ipotecari, usufruttuari, acquirenti della proprietà, ecc.). Tale termine è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano proposto opposizione alla donazione. Il problema principale di diritto transitorio riguarda la possibilità di proporre opposizione nei confronti delle donazioni pregresse, rispetto all'entrata in vigore della riforma, e specialmente per quelle concluse da oltre un ventennio, senza che sia intervenuto il decesso del donante.

Per le donazioni compiute prima del 15 maggio 2005 e da meno di un ventennio (senza che sia intervenuto il decesso del donante) il coniuge ed i parenti in linea retta saranno ammessi a proporre opposizione alla donazione entro il termine massimo del ventennio dalla trascrizione della donazione.

Più problematica è la posizione dei potenziali legittimari rispetto a donazioni concluse da oltre un ventennio i quali, se la riforma si applicasse alle donazioni pregresse, «subirebbero» gli effetti della riforma, senza avere avuto la possibilità di proporre opposizione.

Non sembra, infatti, condivisibile l'opinione secondo la quale tali potenziali legittimari sarebbero «rimessi in termini», avendo a disposizione un nuovo termine ventennale, decorrente dal 15 maggio 2005, per proporre opposizione alla donazione perfezionata e trascritta da oltre vent'anni (33). Ciò per la semplice ragione che sarebbe

(33) E. DE FRANCISCO, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili*

spettato ad una apposita norma transitoria accordare tale «rimessione in termini» che, di contro, non può essere introdotta surrettiziamente in via interpretativa.

Secondo una tesi «il legislatore non ha di certo inteso... che la nuova disciplina si applichi alle sole donazioni stipulate d'ora innanzi e che, quindi, essa, in sostanza, inizi a dispiegare i propri effetti di «sdoganamento» dei beni donati, al fine della «tranquillità» di una «pacifica» loro circolazione, solo tra un ventennio» (34).

Secondo questa impostazione, il fatto che la riforma si applichi anche alle donazioni pregresse non comporta affatto violazione del principio di irretroattività della legge, in base al quale «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo» (art. 11, comma 1, disp. prel., c.c.). Si sostiene, infatti, che «gli atti normativi, pur nell'esprimere la loro volontà *quoad futurum*, ben possono riferirsi a fatti già verificatisi nel passato, in quanto tali fatti continuano a produrre conseguenze giuridiche nel presente: il legislatore, per ragioni di opportunità, può invero disporre che fatti e vicende iniziati nel passato (e disciplinati nel passato da una legge anteriore) producano nel futuro conseguenze diverse da quelle già prodottesi o che si sarebbero potute produrre se fossero state disciplinate dalla legislazione superata dalla nuova normativa» (35).

A ben vedere la riforma del 2005 non apporta modifiche alla disciplina della donazione come atto ma all'azione di riduzione esercitabile solamente dopo l'apertura della successione del donante (36). Sarebbe certamente censurabile di violazione del principio di irretroattività della legge un'interpretazione che pretendesse di applicare la nuova disciplina a successioni aperte prima del 15 maggio 2005, rispetto alle quali il legittimario vanterebbe già un diritto quesito all'azione di restituzione con piena retroattività reale contro gli aventi causa dal donatario.

Resta certamente una possibile censura di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. a causa della disparità di trattamento in danno dei potenziali legittimari rispetto a donazioni perfezionate oltre un ventennio prima del 15 maggio 2005, i quali non avrebbero avuto la possibilità di proporre opposizione alla donazione.

Si consideri, al riguardo, che uguale trattamento è riservato, a regime, a coloro che acquisiscano la qualità di potenziale legittimario dopo vent'anni dalla trascrizione della donazione: coniuge sposato, figli nati o riconosciuti dopo la scadenza del termine ventennale. Anche i predetti potenziali legittimari sono privati dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dal donatario senza avere avuto la possibilità di proporre opposizione alla donazione. Del resto, che il legittimario sopravvenuto abbia una tutela della legittima non identica a quella del legittimario presente al momento della conclusione della donazione, è un dato già acquisito nel nostro ordinamento. L'art. 768-*sexies* c.c. riconosce al legittimario sopravvenuto, rispetto alla stipula del patto di famiglia, solamente il diritto ad una somma, aumentata degli interessi legali, a tacitazione della

provenienti da donazione: le regole introdotte dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005, Relazione al Convegno organizzato dalla società Paradigma a Milano il 5 e 6 luglio 2005.

(34) A. 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*, 2/2005, 1133. *Contra*, sostengono che la nuova normativa non si applichi alle donazioni pregresse G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563*, in questa *Rivista*, 2006, 279 ss.; M. IEVA, *op. cit.*, 944 ss.

(35) A. BUSANI, *op. cit.*, 1134.

(36) In senso conforme F. TASSINARI, *op. cit.*, 1154 ss.

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 successivamente. Riterrei, quindi, pienamente condivisibile la considerazione che i due precetti introdotti dalla legge n. 80/2005: i) «salvezza dell'acquisto degli aventi causa dall'erede trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione»; ii) «diritto ventennale di coniuge e parenti in linea retta di proporre opposizione alla donazione», non sono posti sul medesimo piano ma il primo deve considerarsi preminente rispetto al secondo (37).

In conclusione, sembra preferibile ritenere che «per tutte le donazioni, sia anteriori sia successive all'entrata in vigore della l. 80/2005, la stabilità dei diritti dei terzi è pienamente tutelata una volta decorsi i venti anni dalla [trascrizione della] donazione...» (38).

Tale conclusione è in linea con le parole della relazione di accompagnamento della legge n. 80/2005 in base alla quale «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». Appare di tutta evidenza che una diversa interpretazione che rinviasse qualunque effetto della legge, in fatto di sicurezza sulla circolazione degli immobili, all'anno 2025 si porrebbe in netto contrasto con la *ratio legis* del provvedimento esplicitata nella relazione.

4.4. È possibile anticipare la tutela dell'acquirente prima del termine ventennale?

Si è affermato in dottrina che «il cuore della mini riforma, e con ogni probabilità il suo successo, vertono sulla possibilità per il potenziale legittimario di dare il proprio assenso a che la tutela della sua quota di legittima diventi di natura obbligatoria (da reale) prima del decorso di venti anni dalla donazione... In altri termini si deve, a nostro avviso, ammettere che il potenziale legittimario «affranchi» un singolo immobile dalla tutela reale ben prima dei venti anni espressamente previsti dalla legge, salva in ogni caso la propria quota di legittima intesa quale valore economico quantitativo» (39).

Ci si chiede, cioè, se, sia consentito, nell'esplicazione dell'autonomia privata, anticipare a prima del ventennio la sicurezza dell'acquisto.

Si potrebbe ipotizzare la possibilità per i legittimari di *rinunciare al termine stabilito dalla legge in vent'anni dalla trascrizione della donazione per ottenere la sicurezza dell'acquisto degli aventi causa dal donatario* (creditori ipotecari, acquirenti di diritti reali o personali di godimento, acquirenti della proprietà).

I maggiori pericoli di questa opzione interpretativa consistono nella difficoltà nel qualificare con sicurezza il termine di vent'anni stabilito dal legislatore del 2005, come termine di prescrizione oppure come termine di decadenza (40) oppure condizione dell'azione di restituzione. L'esatta qualificazione del termine assume un'importanza

(37) Cfr. F. TASSINARI, *op. cit.*, 1155 ss.

(38) F. TASSINARI, *op. cit.*, 1158.

(39) F. PENE VIDARI-G. MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in questa *Rivista*, 2006, 701.

(40) Cfr. E. DE FRANCISCO, *op. cit.*, 1262; G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di disposizione lesiva: una riforma attesa ma timida*, in *Studium Iuris*, 2005, 1132.

decisiva ai fini della soluzione del problema di cui si sta trattando: infatti, da una parte, è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione (art. 2936 c.c.) e si può rinunciare alla prescrizione solo quando questa è compiuta (art. 2937, comma 2 c.c.), dall'altra parte, è possibile alle parti modificare la disciplina legale della decadenza o rinunciare alla decadenza medesima, se si verte in materia di diritti disponibili alle parti (cfr. art. 2968 c.c.).

Considerata questa difficoltà interpretativa, è preferibile approfondire un'altra opzione interpretativa: la possibilità per i legittimari di rinunciare all'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario senza incorrere nel divieto di cui all'art. 557, comma 2 c.c., fermo restando il divieto di rinunciare all'azione di riduzione, finché vive il donante.

Già prima della riforma del 2005, nell'analizzare il divieto dei patti successori rinunciativi, in dottrina si è messa in evidenza la particolarità dell'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario e si è argomentato nel senso che una rinuncia a tale azione non contrasterebbe con il divieto di cui all'art. 557 c.c. (41).

Si è affermato che «non esiste un diritto assoluto del beneficiario a soddisfarsi su quegli specifici beni oggetto della disposizione ridotta. Infatti, nel caso di non possidenza di tali beni da parte del beneficiario la «porzione» cui ha diritto il legittimario potrà (ai sensi di legge e non per volontà delle parti) essere concretizzata da valori corrispondenti a tali beni. In sostanza in questa fattispecie il bene oggetto di riduzione servirebbe da parametro ai fini di quantificare il debito di valore gravante sul beneficiario «ridotto», ovvero, l'importo del c.d. riscatto da pagarsi da parte del terzo acquirente ai sensi dell'art. 563 ult. Co.

La rinuncia all'azione di riduzione contro il terzo acquirente, allora, sortirebbe l'effetto di paralizzare la richiesta contro il terzo acquirente e mantenere il rapporto di credito di valore tra il legittimario e il beneficiario della disposizione ridotta, da soddisfarsi quando costui ritornerà *in bonis*.

Costituisce davvero tale rinuncia una violazione dell'art. 557 c.c.?

Da quanto detto emerge che la rinuncia all'azione di restituzione contro il terzo acquirente, in primo luogo, non implica in alcun modo rinuncia all'azione di riduzione, in quanto il rinunziante non perde il suo diritto di far accertare la lesione della sua legittima affermando il suo diritto ad ottenere una «porzione di eredità».

In secondo luogo non altera in assoluto il *quid debendum* spettante al legittimario leso, in quanto, come detto, è legittimo che la porzione del legittimario leso sia concretizzata con il pagamento di denaro corrispondente al valore dei beni su cui si appunta la riduzione.

Da ciò potrebbe risultare legittima una lettura dell'art. 557 di tipo letterale, ritenendo che il divieto si estenda soltanto alla «azione di riduzione» (e alla azione di restituzione contro lo stesso beneficiario, perché altrimenti il legittimario non potrebbe recuperare neanche il valore della quota), mentre sia legittima una rinuncia alla restituzione contro i terzi acquirenti, anche durante la vita del donante» (42).

La tesi in esame è stata ripresa dopo la riforma del 2005 da altra dottrina che ha messo in evidenza come il legittimario che rinuncia ad opporsi perda, decorso il termine ventennale, la legittimazione alla restituzione. «Sembra pertanto che sul profilo della

(41) L.C. SCORDO, *La tutela giuridica dell'acquirente di un bene proveniente da donazione. Una proposta interpretativa*, in *Vita not.*, 2002, parte III, CXXXIII ss.

(42) L.C. SCORDO, *op. cit.*, CXLIV.

rinunciabilità o meno a tale forma di tutela la decorrenza del termine non possa rilevare in modo eccessivo. L'evento naturale della data della morte non può costituire il *discrimen* nel qualificare o meno la rinuncia alla restituzione quale patto successorio. La legge in commento ha ritenuto compatibile con i principi generali del diritto successorio che il legittimario accetti di degradare la sua posizione, che lui stesso influisca e modifichi i rapporti tra i diversi interessi coinvolti nella fattispecie. La circostanza che il legittimario accetti tale modifica della sua forma di protezione in via immediata e non solo differita di un ventennio sembra non essere ostacolata da principi successori inderogabili. È la nuova legge che ammette... un'anticipazione di alcuni effetti tipicamente successori ad un'epoca precedente all'evento morte. L'art. 557 ha subito una riduzione della sua portata originaria da parte del legislatore stesso (43)».

La novità più rilevante per la questione in esame sembra essere l'aver sganciato l'azione di restituzione rispetto al momento di apertura della successione: il legittimario che non faccia opposizione, trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione, perde il diritto all'azione di restituzione anche se il donante è ancora in vita e, quindi, la successione non si è ancora aperta (44).

Si consideri, infine, che, con la riforma del 2005, dovrebbe venire meno uno dei possibili argomenti contrari alla rinuncia all'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario: secondo una tesi, tale rinuncia sarebbe nulla per impossibilità dell'oggetto in quanto non sarebbe possibile rinunciare a diritti non ancora nati (45). Si è visto in precedenza che, per la prima volta, il legislatore anticipa la rilevanza della tutela del legittimario ad un momento antecedente l'apertura della successione: il legittimario dovrà valutare, fin dal momento della donazione, se accettare la nuova disciplina di legge o se riservarsi le prerogative riconosciutegli *ante* riforma.

Se si accetta l'impostazione che precede si possono trarre le seguenti conclusioni:

— l'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario è un'azione autonoma dall'azione di riduzione e, dopo la riforma del 2005, sembra essere ancora più sganciata dall'azione di riduzione, tanto che la legge stessa esclude il suo esercizio trascorso il ventennio dalla trascrizione della donazione (salvo opposizione);

— anche dopo la riforma del 2005 permane il divieto di rinunciare all'azione di riduzione ed all'azione di restituzione contro il donatario finché vive il donante;

— non sembra che la rinuncia all'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario prima del decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione comporti violazione dell'art. 557, comma 2 c.c. né di principi generali in tema di tutela dei legittimari.

(43) F. PENE VIDARI-G. MARCOZ, *op. cit.*, 716 s.

(44) Secondo R. CAPRIOLI, *op. cit.*, 1034 «... il legislatore, dettando la disciplina specifica del profilo di tutela dei legittimari qui considerata, che prescinde dalla disciplina propria della successione *mortis causa* del donante, ha tracciato il solco nel quale può inserirsi l'accordo tra legittimario e terzo volto alla regolamentazione dei loro configgenti interessi, senza ledere i diritti che potranno spettare al coniuge o ai parenti in linea retta del donante sulla successione di quest'ultimo. Tale accordo, infatti, non riguarderà i diritti che potranno spettare al legittimario su una successione non ancora aperta, ma avrà ad oggetto il diritto eventualmente esercitabile dal legittimario nei confronti del terzo. E non infrangerà quindi i divieti posti dagli artt. 458 e 557, comma 2, cod. civ.».

(45) Cfr. C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 51

4.5. *Alcune considerazioni pratico-operative.*

A questo punto si può tentare una prima conclusione che individui alcuni riflessi operativi nell'attività professionale della riforma del 2005.

Si è detto che l'effetto principale della riforma è la stabilizzazione degli acquisti degli aventi causa dal donatario trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione. Prima dei vent'anni la situazione degli aventi causa dal donatario non è sostanzialmente mutata rispetto alla disciplina previgente, fatta salva la espressa previsione per il coniuge ed i parenti in linea retta del donante di rinunciare a proporre opposizione alla donazione.

L'opposizione alla donazione o la sua rinuncia rivestono un ruolo fondamentale nell'attuazione della riforma.

Certamente la proposizione dell'opposizione da parte di un potenziale legittimario è il sintomo evidente dell'esistenza di un conflitto familiare e renderà, di fatto, difficilmente commerciabile l'immobile da parte del donatario, finché non siano trascorsi dieci anni dall'apertura della successione (cfr. art. 2652, n. 8 c.c.).

Al contrario, la partecipazione all'atto di donazione di tutti i potenziali legittimari e la loro rinuncia a proporre opposizione evidenziano che la donazione rientra in un accordo familiare complessivo di sistemazione patrimoniale e, già prima del ventennio, è un titolo di provenienza relativamente affidabile. Tale circostanza, unitamente ad una prospettiva di vita ultraventennale del donante, consentirebbero, tra l'altro, in caso di successiva alienazione dell'immobile da parte del donante, di ottenere una polizza fideiussoria o assicurativa che tuteli l'avente causa del donatario a condizioni certamente migliori che in passato.

Si è visto che parte della dottrina, anche alla luce delle innovazioni introdotte dalla novella del 2005, ha suggerito una revisione del divieto di cui all'art. 557, comma 2 c.c. che ammetta, fin dal momento della donazione, la rinuncia dei legittimari all'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario.

In caso di alienazione dell'immobile da parte del donatario prima del ventennio dalla trascrizione della donazione, ove i legittimari intendessero effettivamente liberare l'immobile dall'azione di restituzione, si potrebbe percorrere la strada della rinuncia da parte dei legittimari all'azione di restituzione nei confronti dell'avente causa del donatario.

Per rendere la rinuncia dei legittimari inattaccabile, a fronte del residuo margine di incertezza sul divieto di cui all'art. 557 c.c., si potrebbe prevedere la consegna ai legittimari rinuncianti di una polizza fideiussoria consegnata dal donatario che garantisca i legittimari rinuncianti per il caso di insolvenza del donatario a fronte dell'esercizio dell'azione di riduzione da parte dei legittimari rinuncianti.

Si è detto in precedenza che la tutela del legittimario che agisce in riduzione garantisce essenzialmente la soddisfazione di un valore economico che vada ad integrare la sua quota di legittima, senza che lo stesso abbia una pretesa specifica nei confronti del singolo bene donato, che ha una semplice funzione di determinazione quantitativa del credito del legittimario e di garanzia della sua realizzazione, qualora il bene donato sia stato alienato dal donatario e lo stesso risulti insolvente. Se si accetta tale impostazione, deve ammettersi che il legittimario nel momento in cui rinuncia all'azione di restituzione verso l'avente causa dal donatario, dietro prestazione di una polizza fideiussoria di valore pari al bene donato, non subisce alcun rischio di vedere frustrata la sua aspettativa di conseguire la legittima attraverso l'azione di riduzione.

Considerata l'incognita della possibile sopravvenienza di altri legittimari (figli nati o riconosciuti e coniuge sposato dopo la donazione), i quali potrebbero nel ventennio dalla trascrizione della donazione proporre opposizione alla stessa, è sempre consigliabile inserire nel contratto di alienazione dell'immobile da parte del donatario-venditore un *ampliamento della garanzia per evizione, ai sensi dell'art. 1487 c.c.*, con cui lo stesso garantisca l'acquirente per il caso di esercizio dell'azione di restituzione *ex art. 563 c.c.* da parte di un legittimario del donante. Solo così si può avere la certezza che sussista un'obbligazione del venditore a risarcire l'acquirente del danno subito per l'evizione totale o parziale del bene immobile a seguito dell'esercizio dell'azione di restituzione (cfr. artt. 1483 e 1484 c.c.).

Infatti, in giurisprudenza, la perdita del bene da parte dell'avente causa dal donatario, per effetto dell'esercizio dell'azione di restituzione, non è considerata un fatto evizionale, essendo la garanzia per evizione subordinata alla preesistenza della causa da cui questa dipende rispetto al perfezionamento del contratto ad effetti reali (46).

L'esito pratico della riforma non appare in grado di soddisfare pienamente le esigenze di sicurezza nella circolazione immobiliare, soprattutto in considerazione del termine ventennale necessario per affrancare l'acquisto dai rischi dell'azione di restituzione, termine che, statisticamente, è ben superiore al tempo medio di rivendita di un bene immobile. In una prospettiva *de iure condendo* potrebbe proporsi una riduzione di tale termine almeno a dieci anni. Si è visto sopra che, secondo la tesi prevalente, il termine ventennale non è affatto collegato ad un acquisto per usucapione da parte dell'avente causa dal donatario, per cui si tratta di un termine discrezionale fissato dal legislatore che potrebbe essere ridotto, al fine di aumentare la sicurezza nella circolazione immobiliare.

5. *La riduzione delle liberalità non risultanti da una donazione formale.*

Ai sensi dell'art. 809, comma 1 c.c. «le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari».

Si pone il problema di stabilire se le liberalità indirette, non risultanti da una donazione formale, siano soggette, oltre all'azione di riduzione, come risulta testualmente dall'art. 809 c.c., anche all'azione di restituzione *ex art. 563 c.c.* nei confronti degli aventi causa dal donatario (indiretto).

Corollario di questo problema è se il coniuge ed i parenti in linea retta del donante (indiretto) siano legittimati, o meglio se abbiano l'onere, di proporre opposizione contro

(46) Cass., Sezioni unite, 26 gennaio 1995, n. 945. Si ritiene, al contrario, che il giudicato di riduzione, se opponibile all'avente causa dal donatario, concreta un fatto evizionale di cui l'alienante dovrà rispondere, ove il contratto con il terzo sia stato posto in essere dal donatario dopo la morte del donante e, dunque, in un momento in cui, concretatasi la lesione della legittima, poteva dirsi essere ormai insorta la causa della successiva perdita del diritto da parte del terzo medesimo (cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 3, 232; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 50 nota 138). *Contra*, BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. di Dir. civ.* diretto da Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, 840 ss. secondo il quale il venditore risponde anche per cause di evizione successive purché legate da un nesso causale con la violazione dell'impegno traslativo del venditore.

la liberalità indiretta per non perdere l'azione contro l'avente causa dal donatario indiretto trascorsi vent'anni dalla trascrizione dell'atto con cui è stata realizzata la liberalità indiretta.

5.1. *Le liberalità indirette.*

Com'è noto, le liberalità possono risultare anche da atti diversi dalla donazione formale, ricevuta dal notaio per atto pubblico in presenza di due testimoni, e sono, in ogni caso soggetto alle stesse norme sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari (cfr. art. 809 c.c.). Si tratta di atti in cui utilizzando un mezzo diverso dalla donazione formale si raggiunge lo stesso risultato giuridico della donazione, cioè l'arricchimento di un altro soggetto per spirito di liberalità.

Secondo l'impostazione prevalente, la donazione indiretta è la risultante della combinazione di due negozi collegati tra loro: il negozio mezzo produttivo degli effetti normali (contratto a favore di terzi, remissione di debito, adempimento del terzo, ecc.), prescelto dalle parti quale strumento per il raggiungimento del risultato ulteriore; l'altro negozio, accessorio ed integrativo, connesso al primo, contenente l'accordo delle parti per piegare gli effetti del negozio mezzo verso il fine ulteriore dell'arricchimento (47).

Di particolare interesse, per la nostra indagine, è quel fenomeno definito genericamente «intestazione di beni a nome altrui» che spesso viene utilizzato dagli ascendenti in favore dei propri discendenti. Le modalità concretamente utilizzate possono essere diverse: a volte l'ascendente provvede direttamente per spirito di liberalità al pagamento del debito, contratto dal discendente, relativo al pagamento del prezzo della compravendita; altre volte l'ascendente, dopo avere concluso un contratto preliminare di compravendita con integrale pagamento del prezzo, cede tale contratto, per spirito di liberalità, al discendente; altre volte, ancora, l'ascendente dona una somma di denaro al discendente con l'onere che venga utilizzata per l'acquisto dell'immobile.

Mentre nella donazione contrattuale l'acquisto del donatario trova perfetta corrispondenza nel diritto di cui il donante ha disposto o nell'obbligazione assunta dallo stesso (cfr. art. 769 c.c.), nelle liberalità atipiche vi è una possibile distinzione tra quanto è uscito dal patrimonio del donante e quanto è entrato nel patrimonio del donatario.

In tema di intestazione di immobile a nome altrui, com'è noto, la giurisprudenza si è assestata nel senso che oggetto di collazione è l'immobile acquistato dal donatario con le sostanze fornite dal donante, a mezzo della liberalità indiretta (48).

Secondo la dottrina prevalente una tale conclusione non si applica all'azione di riduzione. Infatti, in tale settore, occorre partire dalle caratteristiche dell'*azione di riduzione come impugnativa negoziale tendente a rendere inefficace la donazione nei confronti del legittimario leso, con la conseguenza che, risolto l'acquisto del donatario, l'inefficacia colpisce anche gli acquisti successivi ed è, conseguentemente, opponibile ai terzi aventi causa dal donatario.*

Si afferma in dottrina che una simile modalità di funzionamento si spiega perché, nel caso della donazione contrattuale, donante e donatario concorrono alla formazione

(47) Cfr. A. TORRENTE, *La donazione*, Milano, 2006, 21 ss.

(48) Si veda Cass., 14 dicembre 2000, n. 15778, in *Vita not.*, 2001, 1235, con nota di A. BUSANI, *Donazioni indirette e comunione legale tra i coniugi*; in questa *Rivista*, 2002, 1469, con nota di R. SCOTTI, *Il problema dell'acquisto di immobile con denaro altrui (anche alla luce della recente riforma fiscale)*.

del titolo da cui l'acquisto deriva e assumono la qualità di parte del relativo rapporto giuridico (49).

Quando invece l'acquisto deriva da un congegno negoziale per il cui tramite viene realizzata una donazione indiretta bisogna considerare l'estraneità del donante al titolo in base al quale il donatario riceve il bene in cui si sostanzia il suo arricchimento. Anche ammettendo l'inefficacia del titolo — a cui il donante è rimasto estraneo — non si può fare a meno di osservare che il bene dovrebbe considerarsi rientrato nella sfera patrimoniale dell'alienante, anziché in quella dell'autore della liberalità (50).

Partendo da questa premessa, sono state proposte in dottrina due ricostruzioni circa il contenuto e gli effetti della sentenza che accerta la riduzione della donazione indiretta lesiva della legittima.

Secondo una tesi, l'azione di riduzione opererebbe alla stregua di un mezzo teso all'ottenimento di una sentenza produttiva della *retrocessione* del bene al legittimario: una sentenza che si ponga come fonte di un effetto traslativo in forza del quale il legittimario dovrebbe essere considerato, in esito al giudizio di riduzione, come avente causa dal donatario (51).

Ne consegue che non residuerebbe alcun margine applicativo agli artt. 561 e 563 c.c. i quali si basano sul presupposto che la pronuncia giudiziale sancisca l'inefficacia del titolo di acquisto del donatario, risolto il quale si risolvono anche gli acquisti degli aventi causa dal donatario. Ove invece la pronuncia di riduzione determini un nuovo trasferimento in favore del legittimario vittorioso, verrebbe a configurarsi tra lo stesso e gli aventi causa dal donatario un conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore per risolvere il quale dovrebbe applicarsi il criterio della priorità della trascrizione (cfr. art. 2643, n. 14 c.c. e art. 2653, n. 2 c.c.) (52).

Un'altra tesi ritiene, invece, che l'azione di riduzione, in presenza di una donazione indiretta, non potendo dichiarare l'inefficacia del titolo a cui il donante è rimasto estraneo, *abbia ad oggetto l'accordo tra donante e donatario da cui risulta la causa donandi e che vale a conferire alla fattispecie complessa la natura di liberalità indiretta*. Ne consegue che, tolta efficacia a tale accordo, sorgerà in capo al donatario un'obbligazione *ex lege* relativa alla restituzione per equivalente dell'arricchimento ottenuto ormai non più sorretto da alcuna giustificazione causale (53). È evidente che se la sentenza di riduzione ha come contenuto un'obbligazione di carattere pecuniario a carico del beneficiario della liberalità indiretta ed a favore del legittimario leso non potrà produrre alcuna efficacia riflessa nei confronti degli aventi causa dal donatario i quali non dovranno temere conseguenze pregiudizievoli per il loro acquisto (54).

Secondo questa impostazione la donazione indiretta non è soggetta all'azione di

(49) CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 136; in senso conforme, di recente, cfr. G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di disposizione lesiva: una riforma attesa ma timida*, in *Studium Iuris*, 2005, 1135.

(50) S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 111.

(51) CARNEVALI, *op. cit.*, 141 s e 143 s.

(52) Cfr. S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 110 ss.

(53) L. MENGONI, *op. cit.*, 251 ss.; G. AMADIO, *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 653 ss. e 665 s.; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 112 ss.

(54) In senso conforme F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, 93 ss.

restituzione contro l'avente causa dal donatario per cui non ha alcun significato l'atto di opposizione del coniuge e dei parenti in linea retta contro la donazione indiretta.

5.2. *Il contratto a favore di terzo.*

Più dubbia è l'applicabilità degli articoli 561 e 563 c.c., e dunque della retroattività reale dell'azione di riduzione, nel caso del contratto a favore di terzo, nel quale lo stipulante, in forza di una clausola contrattuale contenuta nel contratto stesso, conviene che gli effetti del contratto si producano non a suo favore ma a favore di un terzo.

Secondo un'impostazione, l'azione di riduzione avrebbe ad oggetto la clausola con cui lo stipulante conviene che l'effetto traslativo del contratto, anziché prodursi nella sua sfera giuridica, sia indirizzato verso il terzo. Ne conseguirebbe che la sentenza che accerta la lesione e determina la riduzione equivarrebbe ad una revoca della stipulazione a favore del terzo, per cui il bene dovrà considerarsi come entrato fin dall'origine nel patrimonio dello *stipulans* e, quindi, potrà pervenire ai suoi eredi, inclusi i legittimari vittoriosi nell'azione di riduzione, i quali potranno giovare degli articoli 561 e 563 c.c. (55).

Altra dottrina ritiene che l'azione di riduzione abbia ad oggetto non tanto la clausola contrattuale di deviazione degli effetti a favore del terzo quanto l'ulteriore accordo esterno, concluso tra stipulante e terzo, diretto ad attribuire al negozio la valenza di una liberalità. Pronunciata l'inefficacia di tale accordo ulteriore, viene meno la causa giustificativa della stipulazione a favore di terzo e, di conseguenza, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante (art. 1411, comma 3 c.c.).

Non è però sicuro che la produzione di effetti direttamente nella sfera dello stipulante, in seguito alla sopravvenuta mancanza di efficacia dell'accordo esterno tra stipulante e terzo, si esplichi retroattivamente fin dalla conclusione del contratto.

È stato messo in evidenza, infatti, che allorquando il promittente ha eseguito la sua prestazione, non è più possibile porla retroattivamente nel nulla per reindirizzarla nella sfera giuridico-patrimoniale dello stipulante, nemmeno ove fosse esercitato il potere di revoca spettante allo stipulante ex art. 1411, comma 3 c.c. In tali casi l'effetto della caducazione della clausola a favore del terzo non potrà che realizzarsi *ex nunc*.

Inoltre, la dottrina che ammette il contratto a favore di terzo con effetti reali ritiene che l'eventuale rifiuto o revoca della stipulazione, comportando l'eliminazione di un acquisto già perfetto, devono essere considerati come un ritrasferimento del diritto dalla sfera giuridica del terzo a quella dello stipulante, con tutte le conseguenze relativamente al conflitto fra più acquirenti dal medesimo dante causa (56). Tale conclusione appare più corretta in relazione al sistema della pubblicità immobiliare: i terzi, infatti, dalla semplice consultazione dei registri immobiliari, non sarebbero in grado di percepire la nullità per mancanza di causa della clausola a favore del terzo e, di conseguenza, il rischio del proprio acquisto (57).

Se si accoglie questa impostazione, *il ritrasferimento del bene dal terzo in favore dello stipulante opera ex nunc e, di conseguenza, il conflitto con aventi causa dal terzo andrà risolto in base agli articoli 2643, n. 14 e 2652, n. 2 c.c., cioè in ragione della priorità della trascrizione.*

(55) L. MENGONI, *op. cit.*, 252 s.

(56) MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, Milano, 1970, 305.

(57) In senso conforme F. MAGLIULO, *op. cit.*, 93 ss.

5.3. *Il negotium mixtum cum donatione.*

Il *negotium mixtum cum donatione* si caratterizza per la sussistenza di una significativa sproporzione tra le prestazioni delle parti, finalizzata all'arricchimento, per spirito di liberalità, di quella parte che riceve la prestazione di maggior valore (58). Esempio classico è la compravendita di un immobile dall'ascendente al discendente per un prezzo nettamente inferiore al valore effettivo del bene per spirito di liberalità verso il discendente.

Secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza, non è un contratto misto, formato da elementi di due schemi negoziali tipici, quali la compravendita e la donazione, ma *un negozio indiretto*. Costituisce un contratto unitario di carattere esclusivamente oneroso che tuttavia realizza anche una liberalità, comportante un depauperamento dell'alienante ed un corrispondente arricchimento dell'acquirente, configurabili limitatamente alla differenza fra il valore di mercato del bene ed il prezzo pagato (59).

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

La dichiarazione giudiziale di inefficacia dell'accordo esterno al contratto, farebbe sorgere in capo al soggetto contro il quale è stata pronunciata la sentenza un'obbligazione *ex lege* avente ad oggetto la corresponsione al legittimario del valore dell'arricchimento mentre non produrrebbe effetti nei confronti dei terzi subacquirenti del bene (60).

5.4. *Le donazioni dissimulate attraverso una compravendita.*

Spesso la donazione di un immobile tra ascendente e discendente è dissimulata attraverso una compravendita in cui il pagamento del prezzo è solamente fittizio.

Una volta accertata con sentenza la simulazione della compravendita e «tolto il velo che copriva la donazione» il legittimario potrà esercitare l'azione di riduzione nei confronti del beneficiario della donazione lesiva della legittima.

(58) Cass. 29 settembre 2004, n. 19601, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Donazione*, n. 9; Cass. 27 gennaio 2003, n. 1153, in questa *Rivista*, 2004, 517 ss., con nota di A. DAFARRA, *Il negotium mixtum cum donatione tra autonomia privata e esigenze di qualificazione giuridica*.

(59) Cass. 27 gennaio 2003, n. 1153, cit.; Cass. 10 febbraio 1997, n. 1214; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11499; Cass. 18 luglio 1991, n. 7969.

(60) Cfr. In giurisprudenza Cass. 27 gennaio 2003, n. 1153, cit. ha affermato che ai fini della collazione l'oggetto della donazione non è individuato in una quota ideale dell'immobile, trasmesso per intero a titolo oneroso, bensì nell'importo che il donatario ha lucrato, pagando l'immobile ad un prezzo inferiore rispetto al suo valore; in senso conforme al testo S. Delle Monache, *op. cit.*, 115. *Contra* in dottrina CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 11 ss. e 128 ss., per il quale l'accordo relativo alla realizzazione della liberalità penetrerebbe nel contenuto del contratto perfezionato dalle parti in modo che lo stesso andrebbe a realizzare sia la funzione di scambio sia quella donativa. Da questa impostazione consegue che l'azione di riduzione andrebbe ad impugnare il contratto stipulato dal *de cuius* per quella parte che, ad una stregua oggettiva, ha determinato l'arricchimento altrui. Dunque, il titolo di acquisto del donatario potrebbe essere dichiarato parzialmente inefficace con gli effetti di retroattività reale di cui agli articoli 561 e 563 c.c.

Più complesso è il problema dell'esperibilità dell'azione di restituzione nei confronti degli aventi causa dal dissimulato donatario i quali hanno acquistato facendo affidamento su un titolo di provenienza che formalmente era una compravendita e, quindi, non presentava i rischi tipici della donazione.

Si tratta, evidentemente, della contrapposizione tra due esigenze diverse: da una parte l'esigenza dei legittimari ad una piena tutela della quota di legittima, dall'altra parte le esigenze di tutela di coloro che hanno acquistato facendo affidamento su un titolo di provenienza non donativo, da cui non era possibile desumere quei rischi che, notoriamente, caratterizzano l'acquisto con provenienza donativa.

Secondo una tesi, sostenuta in dottrina ed avallata da una lontana giurisprudenza di merito, dovrebbe applicarsi alla fattispecie in esame l'art. 1415, comma 1 c.c. in base al quale la simulazione non può essere opposta ai terzi che *in buona fede* hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione (61). Secondo questa impostazione, già prima della riforma del 2005, l'azione di restituzione da parte del legittimario *ex art. 563 c.c.* nei confronti del terzo avente causa dal dissimulato donatario poteva essere paralizzata dall'eccezione dell'acquirente che avesse compiuto il suo acquisto in buona fede, a condizione che non fosse stata trascritta prima del suo acquisto la domanda di simulazione.

Con la riforma del 2005 si aggiunge un elemento nuovo che sembra in grado di equilibrare ancora meglio le due contrapposte esigenze di tutela del legittimario e dell'avente causa dal dissimulato donatario.

Mentre prima della riforma del 2005 non era ammessa, in vita del donante, la domanda tendente ad accertare che la vendita dissimulava in realtà una donazione, in quanto la tutela del legittimario era rinviata al momento dell'apertura della successione, in cui si effettuavano la riunione fittizia e la determinazione della porzione disponibile (62), dopo la riforma è certamente ammessa, fin dal momento della vendita dissimulante una donazione, la domanda di accertamento della simulazione, in quanto finalizzata a proporre opposizione alla donazione (63). Una volta trascritta l'azione di accertamento della simulazione deve ammettersi, conseguentemente, la possibilità di proporre opposizione alla donazione che sarà naturalmente condizionata all'accoglimento della domanda di simulazione.

Ora, questa possibilità per il potenziale legittimario di proporre fin dal momento della donazione la domanda di simulazione sembra consentire una più effettiva tutela per il potenziale legittimario anche in considerazione della più agevole conoscenza, in prossimità della stipula dell'atto, degli «indizi» che possono portare ad ipotizzare che la

(61) Cfr. in dottrina A. BUSANI, *op. cit.*, 1098 ss.; AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Successione per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, 302; G. GABRIELLI, *op. cit.*, 1134; in giurisprudenza App. Napoli 27 agosto 1946, in *Foro it.*, 1946, Rep. 1947, v. *Success. legitt. o test.*, 94-95. *Contra* G. BARALIS, *op. cit.*, 286 ss. per il quale il terzo acquirente, sia ieri che oggi, a fronte dell'esercizio dell'azione di riduzione non gode di particolari benefici.

(62) Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, 217, nota 80 secondo il quale «finché l'alienante è in vita, il futuro erede riservatario di una quota di eredità non è legittimato a domandare l'accertamento della simulazione».

(63) Cfr. A. BUSANI, *op. cit.*, 1100; M. IEVA, *op. cit.*, 943 ss. Secondo S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 122 s., dovrà ritenersi, pure, consentita un'opposizione direttamente trascritta in riferimento ad un atto che non presenta la parvenza di una donazione. Tale opposizione sarà efficace o inefficace a seconda che l'atto contro cui si rivolge integri, oppure no, una donazione.

vendita dissimuli una donazione e delle sempre maggiori difficoltà a provare la simulazione via via che ci si allontana temporalmente dalla data della pretesa simulazione.

Trascritta la domanda di simulazione il potenziale legittimario potrà opporre la stessa agli eventuali aventi causa dal dissimulato donatario e proporre nei loro confronti l'azione di restituzione *ex art. 563 c.c.*

Di contro, qualora al momento dell'acquisto da parte degli aventi causa dal dissimulato donatario non sia stata trascritta la domanda di simulazione, la relativa sentenza non sarà agli stessi opponibile, salvo che costoro non fossero in mala fede, cioè a conoscenza della simulazione della vendita finalizzata a danneggiare il potenziale legittimario.

Sarà onere del potenziale legittimario proporre opposizione contro la dissimulata donazione, dopo avere trascritto la domanda di simulazione, per evitare di perdere l'azione di restituzione *ex art. 563 c.c.* contro eventuali aventi causa dal dissimulato donatario trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione.

II. Immobili con provenienza *mortis causa*.

1. *La tutela dell'acquirente dall'erede e dal legatario.*

L'acquisto dall'erede o dal legatario comporta particolari insidie a causa della potenziale instabilità del titolo successorio: si pensi, a titolo esemplificativo, all'istituto erede in base ad un testamento revocato, nullo o annullabile; all'erede legittimo a fronte della successiva scoperta di un testamento; al riconoscimento, posteriore rispetto all'apertura della successione, di una filiazione naturale del *de cuius*; ad una sentenza che dichiari l'indegnità dell'erede a succedere al *de cuius*; alla scoperta, successivamente alla rinuncia all'eredità, dell'esistenza di discendenti per rappresentazione del rinunciante.

È, dunque, possibile che, nonostante la buona fede del terzo acquirente, si scopra successivamente che il suo dante causa non era titolare del bene e legittimato a disporre, in quanto non era il vero erede. Non gioverebbe all'erede apparente, nei confronti dell'erede vero, la preventiva trascrizione dell'accettazione dell'eredità.

È noto, infatti, che la trascrizione dell'accettazione dell'eredità non può servire a dirimere la controversia tra più successori *mortis causa* in quanto il conflitto è regolato dalle norme di diritto sostanziale. È stato osservato in dottrina che «l'art. 2644 (nonché già a suo tempo l'art. 1942 del codice civile abrogato) non è applicabile agli acquisti *mortis causa*, perché il conflitto conseguente ad una pluralità di disposizioni testamentarie incompatibili e quindi conflittuali si risolve in base alle norme in tema di revoca c.d. tacita del testamento» (64). In pratica, l'erede vero prevale sempre nei rapporti con l'erede apparente, indipendentemente dalla trascrizione dell'accettazione dell'eredità, tanto che può agire con l'azione di petizione di eredità che è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni (art. 533 c.c.).

Facendo applicazione del principio generale di diritto *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* l'avente causa dall'erede apparente sarebbe destinato inevitabilmente a soccombere nel conflitto con l'erede vero.

(64) F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il Codice Civile Commentario* diretto da P. Schlesinger, tomo secondo, artt. 2646-2651, Milano 1993, 101 s. e 127 ss.

2. *L'acquisto dall'erede apparente: la fattispecie di cui all'art. 534 c.c.*

L'art. 534 c.c. predispone un meccanismo di tutela dell'avente causa dall'erede apparente il quale, a determinate condizioni, può prevalere sull'erede vero. Ai sensi dell'art. 534 c.c. il terzo che acquista, in buona fede, a titolo oneroso dall'erede apparente, prevale nei confronti dell'erede vero a condizione che, ove si tratti di beni immobili o beni mobili registrati, l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente siano stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente.

Si tratta di una fattispecie acquisitiva complessa a titolo derivativo «*a non domino*» caratterizzata dal concorrere di una serie di elementi in presenza dei quali l'ordinamento appresta una tutela a favore del terzo acquirente (65). Si tratta, inoltre, di un vero e proprio effetto acquisitivo di diritto sostanziale e non di mera improcedibilità dell'azione di petizione ereditaria spettante all'erede vero (66).

Elementi centrali nella fattispecie acquisitiva dell'art. 534 c.c. rivestono i requisiti dell'apparenza di erede nell'alienante e della buona fede dell'acquirente.

Quanto al requisito dell'*apparenza di erede nell'alienante*, secondo la giurisprudenza è erede apparente colui che si comporta come erede quasi che l'eredità fosse a lui devoluta e da lui accettata (67). La figura dell'erede apparente nei confronti dei terzi non postula necessariamente, in tutti i casi, il possesso dei beni ereditari, ma è sufficiente ad integrare tale figura che il comportamento esteriore del preteso erede sia oggettivamente idoneo ad ingenerare nei terzi, che acquistano diritti da lui, la ragionevole opinione di essere di fronte all'erede vero, in quanto il legislatore ha inteso tutelare, in deroga al principio generale di diritto *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* e in applicazione del principio di apparenza del diritto, la buona fede del terzo, il quale sia stato indotto dal comportamento oggettivo dell'erede apparente a contrattare nella fiducia di acquistare diritti da chi aveva il potere di disporre (68).

La prova della *buona fede*, ai sensi del comma 2 dell'art. 534 c.c., deve essere data dal terzo che ha acquistato dall'erede apparente, perché la buona fede rappresenta un elemento costitutivo dell'acquisto (69), e non può consistere che nella dimostrazione dell'idoneità del comportamento dell'alienante ad ingenerare la ragionevole convinzione di trattare con il vero erede, nonché dell'esistenza di circostanze indicative dell'ignoranza incolpevole dell'acquirente circa la realtà della situazione ereditaria al momento dell'acquisto (70). Non trattandosi di provare una convenzione, la prova della buona fede può essere data con tutti i mezzi previsti dall'ordinamento e, quindi, anche con la prova per testimoni, che è ammessa senza limiti, e conseguentemente, con quella per presunzioni (71).

(65) Cfr. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1983, 268.

(66) Cfr. Relazione al c.c. n. 259.

(67) Cass. 22 aprile 1961, n. 901, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1178; Cass. 24 aprile 1956, n. 1262, in *Giust. civ.*, 1956, I, 828.

(68) Cass. 14 luglio 1955, n. 2231, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1245 e App. Reggio Calabria 28 febbraio 1957, in *Giust. civ.*, Mass. App., 1957, 2.

(69) Cass. 22 aprile 1961, n. 901.

(70) Cass. 9 luglio 1980, n. 4376.

(71) Cass. 22 aprile 1961, n. 901.

Secondo la dottrina, la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* non si pone in relazione alla buona fede la quale opera sul piano della fattispecie ed è indipendente dalla trascrizione dell'acquisto dell'erede apparente, essendo la trascrizione inidonea ad ingenerare affidamenti o a determinare condizioni di mala fede (72).

Particolare importanza, anche da un punto di vista pratico-operativo, nell'esame della fattispecie al vaglio riveste la questione se la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* dell'erede apparente sia rilevante al fine di configurare la stessa situazione di apparenza. In proposito è stato osservato che ove interferisse con l'apparenza «questa trascrizione dovrebbe essere richiesta al momento della stipulazione col terzo, mentre è sufficiente anche se eseguita in un momento successivo, purché anteriore alla trascrizione dell'erede o del legatario vero» (73).

Si può dunque affermare che è indifferente l'ordine con cui sono trascritti l'accettazione dell'eredità dell'erede apparente e l'acquisto del suo avente causa a condizione che entrambe le trascrizioni precedano la trascrizione dell'acquisto dell'eredità o del legato da parte del vero erede o legatario.

Qualora non fosse curata la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* dell'erede apparente, la sola trascrizione dell'acquisto del terzo dall'erede apparente non gioverebbe nel conflitto con l'erede vero, in quanto la mancanza della continuità delle trascrizioni impedirebbe alla trascrizione dell'avente causa dall'erede apparente di produrre effetti. «In buona sostanza al fine di prevalere è necessaria una doppia trascrizione anteriore a quella dell'erede vero» (74).

Il meccanismo delineato dall'art. 534 c.c., da una parte, tende a tutelare a determinate condizioni l'acquirente dall'erede apparente in ragione della sua buona fede e del sacrificio sopportato per l'onerosità dell'acquisto; dall'altra parte, permette, però, all'erede vero di cautelarsi facilmente adempiendo l'onere di trascrivere il proprio acquisto *mortis causa*, onere che è più attenuato rispetto a qualunque altro acquisto, essendo sufficiente che la trascrizione sia eseguita anche dopo la trascrizione dell'accettazione dell'eredità da parte dell'erede apparente purché prima della trascrizione dell'acquisto da parte dell'avente causa dall'erede apparente (75). Vista dall'angolo visuale dell'erede vero la trascrizione dell'accettazione dell'eredità ha una efficacia conservativa dell'acquisto *mortis causa* nei confronti di tutti i possibili aventi causa da tutti i possibili eredi apparenti (76).

La qualità di erede apparente può essere riferita non solo all'intera eredità ma anche ad un singolo bene (77). Pertanto, l'art. 534 commi 2 e 3 c.c. serve a risolvere anche il conflitto tra legatario ed avente causa dall'erede apparente.

In un recente caso giurisprudenziale la fattispecie di cui all'art. 534 c.c. è stata applicata all'ipoteca costituita dall'erede sulla piena proprietà del bene per risolvere il

(72) F. GAZZONI, *op. cit.*, 135 s.

(73) MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1948, 96.

(74) F. GAZZONI, *op. cit.*, 141; in giurisprudenza cfr. Cass. 11 ottobre 1980, n. 5225, in questa *Rivista*, 1981, 161.

(75) Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 142. Cass. 24 giugno 2003, n. 10014, in questa *Rivista*, 2003, 1618 ss., con nota di F. FORMICA e D. FIANCARLI ha sostenuto che quando si tratta di beni immobili, la buona fede è esclusa se l'erede vero o il legatario vero hanno trascritto il proprio acquisto in relazione al diritto oggetto dell'acquisto del terzo prima che il terzo abbia trascritto il proprio.

(76) F. GAZZONI, *op. cit.*, 138.

(77) Cfr. MENGONI, *Gli acquisti*, cit., 155 ss.

conflitto tra il creditore ipotecario, avente causa dall'erede, ed il coniuge del defunto che era legatario *ex lege* del diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare.

Secondo Cass. 24 giugno 2003, n. 10014 (78), nella fattispecie sottoposta al suo esame, in cui l'erede aveva concesso in ipoteca la piena proprietà della casa adibita a residenza familiare del *de cuius*, si deve considerare erede apparente anche chi sebbene erede lo sia, si comporti come tale rispetto a beni o diritti rimasti estranei al complesso di beni che costituiscono l'eredità a lui pervenuta. La Corte ha concluso nel senso che l'ipoteca concessa dall'erede fosse opponibile al legatario alle condizioni stabilite dall'art. 534, comma 2 e 3, c.c.

L'art. 534 non è applicabile all'avente causa dal legatario apparente in quanto si tratta di norma eccezionale per cui è esclusa ogni ipotesi di interpretazione estensiva, tanto più se si considera che la mancata previsione non è frutto di una dimenticanza ma di una ponderata presa di posizione del legislatore come risulta dalla stessa relazione al codice e come è indubbio se si ha riguardo all'art. 2652 n. 7, che fornisce tutela anche agli acquirenti dal legatario apparente (79).

2.1. (segue) *La tutela di cui all'art. 2652, n. 7 c.c.*

Si è visto che l'art. 534, commi 2 e 3 prevede una fattispecie complessa di acquisto immobiliare *a non domino* dell'avente causa dall'erede apparente imperniata sui seguenti elementi costitutivi:

- a) convenzione a titolo oneroso con l'erede apparente;
- b) buona fede del terzo acquirente al momento dell'acquisto con onere della prova a suo carico;
- c) trascrizione dell'acquisto *mortis causa* dell'erede apparente e trascrizione dell'acquisto *inter vivos* del terzo eseguite prima della trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente.

In tema di pubblicità sanante l'art. 2652, n. 7 c.c. prevede un'ulteriore forma di tutela del terzo acquirente in seguito ad una vicenda *mortis causa*: è una sorta di norma di chiusura che pone fine alle «incertezze» dei terzi rispetto a vicende *mortis causa* alle quali sono estranei.

Ai sensi dell'art. 2652, n. 7 c.c. se la trascrizione della domanda giudiziale con la quale si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte è eseguita dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi di buona fede che, in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, hanno a qualunque titolo acquistato diritti da chi appare erede o legatario.

Si noti che, in questa fattispecie, il periodo di cinque anni che può servire a «salvare» l'acquisto del terzo in buona fede, qualora entro il predetto termine non sia stata trascritta la domanda giudiziale, *decorre dalla trascrizione dell'acquisto mortis causa e non dall'apertura della successione*. Risulta, dunque, evidente che la trascrizione dell'acquisto del terzo dall'erede apparente non è da sola sufficiente a far scattare la

(78) In questa *Rivista*, 2003, 1618 ss., con nota di F. FORMICA e D. GIANCARLI.

(79) F. GAZZONI, *op. cit.*, 144 s.; in giurisprudenza cfr. Cass. 29 luglio 1966, n. 2114, in C. CARNEVALE (a cura di), *op. cit.*, sub. art. 534, 486 s.

fattispecie sanante di cui all'art. 2652, n. 7 c.c., in mancanza della trascrizione dell'acquisto *mortis causa*.

Giova qui ripetere quanto già affermato in relazione alla fattispecie di cui all'art. 534, commi 2 e 3 c.c.: si realizza un vero e proprio effetto acquisitivo di diritto sostanziale e non una semplice improcedibilità dell'azione spettante all'erede vero, per effetto di una fattispecie acquisitiva complessa a titolo derivativo «*a non domino*» caratterizzata dal concorrere di una serie di elementi in presenza dei quali l'ordinamento appresta una tutela a favore del terzo acquirente.

Esaminiamo le differenze tra la fattispecie di cui all'art. 534, commi 2 e 3 c.c. e quella di cui all'art. 2652, n. 7 c.c. La seconda fattispecie, di cui all'art. 2652, n. 7 c.c., ha indubbiamente una portata più ampia anche in considerazione della sua funzione sanante dell'acquisto a garanzia del principio di portata generale di sicurezza nella circolazione dei beni immobili.

Infatti la fattispecie di cui all'art. 2652, n. 7 c.c.:

— si applica non solo all'azione di petizione di eredità ma *a tutte le azioni a base delle quali sia posta la contestazione del fondamento di un acquisto a titolo universale o particolare, cioè a tutte quelle in cui si contesti la validità o l'efficacia di una determinata disposizione testamentaria* (80);

— si applica non solo all'acquisto a titolo oneroso dall'erede apparente ma anche *all'acquisto a titolo gratuito ed all'acquisto dal legatario apparente*;

— non richiede una prova della buona fede dell'acquirente, in quanto la buona fede si presume in considerazione dell'inerzia del vero erede per cinque anni che giustifica l'applicazione del canone generale di presunzione *ex art. 1147, comma 2 c.c.* (81).

In conclusione si può affermare che sono elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2652, n. 7 c.c.:

a) l'acquisto a titolo oneroso o gratuito dall'erede o dal legatario apparente;

b) la buona fede dell'acquirente che si presume e non necessita di essere provata;

c) la trascrizione dell'acquisto *mortis causa* dell'erede o del legatario apparente e la trascrizione dell'acquisto *inter vivos* del terzo eseguite prima della trascrizione della domanda giudiziale con la quale si contesta il fondamento dell'acquisto a causa di morte;

d) il decorso di cinque anni dalla trascrizione dell'acquisto dell'erede o del legatario apparente senza che sia trascritta la domanda giudiziale.

Si ricorda, infine, che la fattispecie di cui all'art. 2652, n. 7 c.c. non si realizza in mancanza della continuità delle trascrizioni. È stato affermato in dottrina che «dal rispetto del principio di continuità dipende anche la produzione degli effetti che gli artt. 2652 e 2653 c.c. ricollegano alla trascrizione di alcuni atti e domande giudiziali» (82).

3. Accettazione di eredità devoluta in base a testamento inefficace o effettuata dopo il decorso del decennio.

Considerata la fondamentale importanza delle fattispecie di acquisto dall'erede

(80) Cfr. Cass. 29 luglio 1966, n. 2114, cit.

(81) Cfr. G. PETRELLI, *Note sulla trascrizione degli acquisti «mortis causa»*, in questa *Rivista*, 1993, 292.

(82) NICOLÒ, *La Trascrizione*, III, Milano, 1971, 41 ss.

apparente sopra analizzate, ai fini della sicurezza della circolazione immobiliare, c'è da chiedersi se sia utile ad integrare tali fattispecie un'accettazione dell'eredità viziata, ad esempio perché l'eredità è devoluta in base a testamento inefficace o perché è decorso il termine decennale di prescrizione del diritto di accettazione.

È stato affermato in dottrina che se è configurabile una trascrizione *mortis causa* valida ed efficace nelle ipotesi di totale inesistenza della delazione ereditaria («apparenza ereditaria»), a maggior ragione potrà essere valida la trascrizione allorché, ad esempio, esista un testamento nullo o annullabile, o siano decorsi più di dieci anni dall'apertura della successione, rispetto al momento in cui viene posto in essere l'atto di accettazione espressa o tacita (83).

In altri termini, se l'accettazione dell'eredità costituisce, per legge, un elemento di una fattispecie complessa di acquisto dall'erede apparente, in ipotesi in cui manca del tutto la delazione ereditaria, non si vede il motivo per cui non dovrebbe essere ammessa nelle ipotesi minori in cui la delazione ereditaria sussiste ma in base a titolo viziato oppure dopo il decorso del termine di prescrizione decennale.

In relazione all'ultima ipotesi, in giurisprudenza si è affermato che il chiamato all'eredità può acquistare la qualità di erede, per accettazione espressa o tacita, anche dopo il decorso del termine di prescrizione, quando nessuno degli interessati eccepisca l'estinzione per prescrizione del diritto di accettazione, e che è possibile anche rinunciare tacitamente alla prescrizione ex art. 2937 c.c. (84). Si consideri, inoltre, che la prescrizione non opposta non può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 2938 c.c.).

3.1. *L'acquisto dell'eredità senza accettazione.*

Nella prassi è frequente la fattispecie di acquisto dell'eredità senza accettazione, disciplinata dagli artt. 485 e ss. c.c., di cui l'ipotesi più importante è rappresentata dal chiamato all'eredità che si trovi nel possesso dei beni ereditari da oltre tre mesi senza che, entro questo termine, abbia compiuto l'inventario (85). Ebbene costui, per effetto del possesso ultratrimostrale, è considerato erede puro e semplice senza bisogno di accettazione (art. 485, comma 2 c.c.).

Si può anzi affermare che questa fattispecie di acquisto dell'eredità senza accettazione sia più frequente nella prassi delle ipotesi di accettazione espressa o tacita dell'eredità.

In tali ipotesi, a stretto rigore, l'unico titolo idoneo per la trascrizione sarebbe una sentenza di accertamento che verifichi la ricorrenza dei presupposti di legge per l'acquisto dell'eredità senza accettazione, con la conseguenza che la maggior parte degli atti di accettazione tacita dell'eredità, in base ai quali si effettua la trascrizione ex art. 2648 c.c., posti in essere dopo i tre mesi dall'apertura della successione, sarebbero inefficaci, in quanto l'acquisto dell'eredità si è verificato in precedenza senza accettazione ma in virtù del possesso ultratrimostrale (86).

Deve ritenersi che, anche in tali circostanze, la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità sia del tutto valida ed efficace, ai fini propri della trascrizione *mortis*

(83) G. PETRELLI, *op. cit.*, 282 s.

(84) Cass. 15 gennaio 1996, n. 263, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1667; Cass. 27 ottobre 1969, n. 3529, in *Giust. civ. mass.*, 1969, 1784.

(85) Vedi gli artt. 485, 487, 488 e 527 c.c.

(86) Cfr. G. PETRELLI, *op. cit.*, 281.

causa (87). È stato proposto, in dottrina, di predisporre, in questi casi, un atto con il quale l'erede, dato atto del verificarsi dei presupposti di legge per l'acquisto senza accettazione, dichiara di confermare l'acquisto medesimo e, ove occorrer possa, esprima o rinnovi la volontà di accettare l'eredità (88).

4. Conclusioni pratico-operative e qualche considerazione de iure condendo.

Abbiamo osservato che la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità è fondamentale per realizzare la tutela dell'acquirente dall'erede in quanto elemento costitutivo delle fattispecie «sananti» di cui agli artt. 534, commi 2 e 4 e 2652, n. 7 c.c.

Inoltre, la predetta trascrizione serve a garantire la continuità delle trascrizioni la cui mancanza pone altri rischi per l'acquirente ed i suoi aventi causa.

Ai sensi dell'art. 2650 c.c. nei casi in cui un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto.

Quando l'atto anteriore di acquisto è stato trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetto secondo il loro ordine rispettivo, salvo il disposto dell'art. 2644.

Va sottolineato che, in mancanza della trascrizione dell'acquisto *mortis causa*, non producono effetto le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente per cui, nelle ipotesi in cui la legge attribuisce alla pubblicità un effetto «costitutivo» (ad es. iscrizioni di ipoteca, trascrizioni di pignoramenti, sequestri, costituzione del fondo patrimoniale) l'effetto giuridico principale del negozio non si produce, con gravissime conseguenze pratiche (89).

È stato affermato che «la trascrizione degli acquisti *mortis causa* è assicurata non già nella fase statica della successione, ad opera dell'erede o del legatario, quanto piuttosto nella successiva fase dinamica della circolazione *inter vivos* dei diritti in tal modo acquistati, ad opera degli acquirenti dell'erede o legatario» (90).

Com'è noto, il problema pratico principale per cui spesso risulta omessa la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità consiste nella difficoltà a convincere l'erede alienante ad effettuare la trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità stante la duplicazione di formalità e, soprattutto, di imposte presenti nel nostro ordinamento: infatti, essendo già prevista, con finalità meramente fiscali, la trascrizione della dichiarazione di successione, l'erede alienante si vede costretto a pagare altre imposte per la

(87) Cfr. G. PETRELLI, *op. cit.*, 281; BONIS, *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Riv. dir. ipotecario*, 1959, 45.

(88) SALANI, *Appunti sulla trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, in questa *Rivista*, 1963, 60-64.

(89) G. PETRELLI, *op. cit.*, 273 s., 295 ss. e nota 66; in senso conforme F. GAZZONI, *op. cit.*, 225 ss.; *contra* FERRI, *La trascrizione degli acquisti «mortis causa» e problemi connessi*, Milano, 1951, 31 ss. che ha proposto un'interpretazione restrittiva del principio di continuità con particolare riferimento alla «inefficacia» delle trascrizioni dei vincoli di indisponibilità in difetto della continuità delle trascrizioni affermando che «se vi sono delle trascrizioni che non riguardano atti di acquisto, queste non possono interessare in sede di continuità, perché è lo stesso art. 2650 che ci parla solo di atti di acquisto. Indubbiamente... la trascrizione dei vincoli d'indisponibilità... non concerne atti di acquisto epperò non interessa ai fini della continuità».

(90) F. GAZZONI, *op. cit.*, 214.

trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità che produce, al contrario, i rilevanti effetti civili sopra esaminati.

In materia sarebbe auspicabile una riforma legislativa che, tenendo conto dell'inconveniente segnalato, prevedesse una forma completa di pubblicità dell'acquisto *mortis causa*, eliminando la duplicazione d'imposte dovuta, attualmente, alla doppia trascrizione della dichiarazione di successione e dell'accettazione dell'eredità.

Si segnala, sul tema, la proposta elaborata dalla Commissione propositiva del Consiglio Nazionale del Notariato (91) che prevede la sostituzione della dichiarazione di successione con un *atto di successione*, ricevuto dal notaio e conservato nella raccolta dei propri atti, dal quale risultino: gli elementi della delazione ereditaria sulla base della dichiarazione resa da almeno uno dei soggetti obbligati a presentare la dichiarazione di successione; i dati identificativi degli immobili ricompresi nell'asse ereditario; se i chiamati siano nel possesso dei beni ereditari, l'eventuale nomina di un curatore dell'eredità giacente, l'eventuale nomina di un esecutore testamentario. L'atto di successione può essere contenuto nell'atto portante l'accettazione dell'eredità o la dichiarazione di conseguimento del legato o la dichiarazione di intervenuto acquisto dell'eredità per effetto di possesso ultratrimestrale di beni dell'eredità. In tal caso, è dovuta un'unica imposta di registro. Viene previsto il divieto per il notaio di ricevere o autenticare atti immobiliari se non è stato precedentemente ricevuto e pubblicato l'atto di successione, salvo che il richiedente lo incarichi contestualmente di ricevere il predetto atto di successione.

Come risulta dalla relazione di accompagnamento evidenti ragioni di economia (pagamento di un'unica imposta di registro e predisposizione di un unico atto notarile) faranno certamente sì che gli eredi, grazie anche alla consulenza qualificata da parte del notaio, saranno naturalmente indotti ad accettare espressamente l'eredità contestualmente alla predisposizione dell'atto di successione. Inoltre si evidenzia, nella citata relazione di accompagnamento, che in quasi tutti i paesi europei l'acquisto dell'eredità costituisce l'esito di un procedimento, accuratamente disciplinato dalla legge, che coinvolge sempre l'operato del notaio o dell'autorità giudiziaria.

La maggior parte dei codici europei disciplina una procedura successoria, con l'intervento di organi ufficiali (notaio, autorità giudiziaria o amministrativa) ai fini dell'acquisto dell'eredità; tale procedura, che quando è gestita dall'autorità giudiziaria si colloca generalmente nell'ambito della giurisdizione volontaria, culmina con l'emissione di un provvedimento, o con l'emissione di un apposito titolo, generalmente denominato *certificato di eredità*; l'erede che si munisca di tale certificato è generalmente considerato erede apparente. È costantemente ammessa la possibilità che il titolo formi, successivamente, oggetto di contestazioni — in quanto il certificato di eredità non è emesso all'esito di un procedimento contenzioso e, quindi, non ha valore di giudicato — le quali contestazioni non pregiudicano, però, i diritti dei terzi che hanno acquistato, in buona fede, da chi appariva erede dal certificato di eredità (92).

(91) Cfr. *I trasferimenti immobiliari derivanti da successione. Proposte di modifica*, in *CNN Notizie del 17 luglio 2003 dove sono pubblicate le proposte di modifica e la relazione di accompagnamento*.

(92) Per approfondimenti sulla disciplina del certificato di eredità negli ordinamenti europei, cfr. G. PETRELLI, *Sulla sicurezza degli acquisti da eredi e donatari*, in *Notariato*, 2005, 211 ss.

III. Immobili provenienti da usucapione non accertata giudizialmente.**1. È ammissibile l'alienazione dell'immobile acquistato per usucapione non accertata giudizialmente?**

Può accadere che il venditore dell'immobile non abbia a proprio favore un titolo di acquisto regolarmente trascritto in quanto l'immobile è stato acquistato per usucapione, in virtù del possesso protratto per oltre vent'anni. Più di frequente l'acquisto per usucapione riguarda una parte dell'immobile, ad esempio un vano ad uso cantina oppure una porzione del cortile che sono stati occupati dal oltre un ventennio.

Soprattutto nelle fattispecie di usucapione parziale, il bene usucapito ha, di regola, un valore minimo per cui risulta antieconomico richiedere all'autorità giudiziaria una sentenza che accerti l'avvenuta usucapione oppure vi sono esigenze particolari che richiedono di procedere con celerità all'alienazione dell'immobile, senza la possibilità di attendere i tempi per una sentenza di accertamento dell'avvenuta usucapione.

Si pone, dunque, il problema se possa legittimamente alienare il bene colui che asserisca di averlo usucapito, in mancanza della sentenza di accertamento dell'usucapione. In caso di risposta affermativa al primo quesito, occorre chiedersi quali cautele deve osservare il notaio rogante per non incorrere in responsabilità civile verso l'acquirente in caso di evizione ottenuta dal proprietario del bene nei suoi confronti.

Il problema è stato oggetto di una recente sentenza della Corte di Cassazione che ha affermato la validità di un atto di compravendita con cui venga trasferito il diritto di proprietà di un immobile sul quale il venditore abbia esercitato il possesso per un tempo sufficiente al compimento dell'usucapione, ancorché l'acquisto della proprietà da parte sua non sia stato giudizialmente accertato in contraddittorio con il precedente proprietario (93). Secondo la sentenza in oggetto, se si dovesse aderire alla tesi della impossibilità di alienare l'immobile usucapito prima di avere ottenuto la sentenza di accertamento dell'usucapione, si verificherebbe la strana situazione per cui chi ha usucapito sarebbe proprietario ma non potrebbe disporre validamente del bene fino a quando il suo acquisto non fosse accertato giudizialmente. Il che sembra incompatibile con il normale contenuto del diritto di proprietà.

Si è chiaramente affermato in dottrina che «L'effetto acquisitivo dell'usucapione avviene per legge. È comunque interesse dell'acquirente far risultare il suo acquisto in via giudiziale. Il relativo giudizio è di accertamento e la sentenza ha valore dichiarativo» (94). È dunque giuridicamente possibile alienare un bene usucapito, prima dell'accertamento giudiziale (95) anche se non vanno sottovalutati i rischi per l'acquirente sia

(93) Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485, in questa *Rivista*, 2007, 1443 ss.; in senso conforme Cass. 26 novembre 1999, n. 13184, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2357; Cass. 7 agosto 2000, n. 10372. *Contra* Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in questa *Rivista*, 1996, 995, con nota di GIOFFRÈ, *La vendita di immobile usucapito*; in *Vita not.*, 1996, 1355, con nota di ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*; in *Corr. Giur.*, 1997, 315, con nota di PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, che ha sostenuto che l'acquisto della proprietà di un immobile per effetto dell'usucapione, per potere essere fatto valere e quindi formare oggetto di un contratto di vendita, deve essere dapprima accertato e dichiarato nei modi di legge.

(94) BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, 816; VITUCCI, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, 3.

(95) In senso conforme M. D'ORAZI, *Alienazione di immobili acquistati per usuca-*

sul piano della certezza dell'acquisto del diritto sia per quanto concerne la successiva circolazione del bene.

Resta da esaminare il problema di mancanza della continuità delle trascrizioni in quanto nei registri immobiliari non risulta trascritto l'acquisto per usucapione da parte dell'alienante. Più precisamente, occorre individuare correttamente la funzione della trascrizione della sentenza che accerti l'acquisto per usucapione e le conseguenze della mancata trascrizione dell'acquisto per usucapione, nel caso di alienazione di un immobile che il venditore asserisce di avere usucapito, senza che sia stata accertata giudizialmente l'usucapione.

La funzione riconosciuta alla trascrizione della sentenza che accerta l'usucapione è unicamente quella della pubblicità notizia, una funzione che finisce per identificarsi con la più generale funzione pubblicitaria, assolvendo solo al compito di rendere conoscibili determinate vicende (96).

I due progetti per il nuovo codice civile del 1942 collegavano la trascrizione delle sentenze di accertamento degli acquisti a titolo originario al principio di continuità, prevedendo l'intrascrivibilità oppure l'inefficacia dell'acquisto dell'avente causa dall'usucapiente in mancanza della trascrizione della sentenza di accertamento dell'usucapione. In sede di testo definitivo del codice si ritenne più opportuno mantenere una rigida separazione tra acquisti a titolo derivativo e acquisti a titolo originario, anche sul piano della circolazione immobiliare. La relazione al Re giustifica tale scelta innanzitutto in nome dell'importanza fondamentale che nel nostro ordinamento ha l'istituto dell'usucapione, basato sul possesso e quindi atto a circoscrivere le discussioni giuridiche che possono nascere con riguardo agli acquisti a titolo derivativo (97). È stato osservato che l'usucapione è istituito in qualche modo addirittura necessario proprio al fine di dare un senso al meccanismo della trascrizione. Ad evitare di dover risalire nel tempo di trascrizione in trascrizione fino all'originario proprietario del bene o comunque fino al 1942, l'ultimo acquirente può infatti avvalersi dell'usucapione, dimostrando il possesso continuato ventennale, favorito, sul piano probatorio dalla particolare disciplina del possesso (98).

Può, dunque, affermarsi che non entra in gioco nella fattispecie al vaglio il principio di continuità delle trascrizioni e che «l'usucapiente, al pari dei suoi aventi causa, non vede scalfita sul piano giuridico la propria posizione ove non possa avvalersi di una sentenza. Tanto più ciò è vero quando una sentenza sia stata pronunciata, ma non trascritta. È però anche vero che egli ha un forte interesse di fatto a procurarsi la sentenza di accertamento, pur in assenza di qualsivoglia contestazione... Infatti, al momento di trasferire il bene usucapito, l'usucapiente non potrebbe altrimenti dimo-

pione non accertata giudizialmente, in questa *Rivista*, 2006, 94; G. Baralis, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione «dichiarata» dal cedente e atti dispositivi*, Studio n. 176- 2008/C approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali*, quaderni trimestrali, 2/2008, 548 ss.

(96) Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 243.

(97) F. GAZZONI, *op. cit.*, 245 ss.

(98) MAIORCA, *Della Trascrizione*, in *Comm. al cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, 217.

strare l'intervenuta usucapione e l'acquirente dovrebbe far affidamento solo su dichiarazioni di parte o di terzi, prive di qualsivoglia valore» (99).

Che la trascrizione della sentenza che accerta l'usucapione non svolga alcun ruolo in materia di risoluzione di conflitti tra acquirenti di diritti immobili incompatibili è principio consolidato in giurisprudenza. È stato più volte affermato che il conflitto tra l'acquirente a titolo derivativo e quello per usucapione è sempre risolto a favore del secondo, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l'usucapione e dall'antiorità della trascrizione di essa o della relativa domanda rispetto alla trascrizione dell'acquisto a titolo derivativo. Il sistema della trascrizione dettato dall'art. 2644 c.c., con riferimento agli atti indicati nell'art. 2643 c.c., non risolve il conflitto tra acquisto a titolo derivativo ed acquisto a titolo originario, ma unicamente il conflitto fra più acquisti a titolo derivativo dal medesimo dante causa (100).

2. Quali cautele deve osservare il notaio nella stipula dell'atto di alienazione?

Abbiamo visto, dunque, che l'alienazione da parte dell'usucapiente che non abbia a suo favore una sentenza di accertamento dell'usucapione è possibile giuridicamente ma presenta dei problemi concreti sul piano della tutela dell'acquirente.

Per quanto concerne il diverso problema della diligenza professionale che deve osservare il notaio, nel ricevere un siffatto atto di alienazione, secondo la Corte di Cassazione non incorre in responsabilità professionale il notaio ove nell'atto venga espressamente inserita una clausola dalla quale possa desumersi che l'acquirente era comunque consapevole del rischio di evizione derivante dal mancato accertamento dell'avvenuta usucapione (101).

Questo punto è particolarmente delicato: il notaio, in ossequio alla sua funzione antiprocessuale, tendente ad individuare preventivamente le cause che possono dare luogo all'insorgere di una lite, deve informare chiaramente l'acquirente che il venditore non ha un titolo di acquisto certo e verificabile e che, di conseguenza, esiste un margine di rischio collegato all'esercizio dell'azione di rivendica da parte del proprietario del bene risultante dai registri immobiliari. Conseguentemente, deve indicare chiaramente in atto che il titolo di provenienza del venditore è l'usucapione del bene per il possesso continuato per vent'anni e deve regolare espressamente la garanzia per evizione sulla base della valutazione data dalle parti al titolo di provenienza «precario» del venditore.

In forza della naturale garanzia per evizione, operante *ex lege*, in caso di evizione,

(99) F. GAZZONI, *op. cit.*, 249.

(100) Cass. 3 febbraio 2005, n. 2161, in questa *Rivista*, 2006, 208, con nota di S. METALLO, *Conflitti giuridici e trascrizione: la pubblicità dichiarativa e non costitutiva*; in senso conforme, Cass. 28 gennaio 1985, n. 443; Cass. 21 giugno 1954, n. 2124, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, IV, 202, con nota di Restaino, *Effetti della sentenza di accertamento di acquisti per usucapione* e in *Foro it.*, 1954, I, 893.

(101) Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485, *cit.*; nella fattispecie al vaglio della Cassazione la clausola che è valsa la liberazione da responsabilità del notaio aveva il seguente tenore «*il sig. B.S. si impegna a rimborsare alla S.M. S.r.l. tutti i danni derivanti da azioni che eventuali terze persone o Enti possano avanzare in conseguenza della vendita imperfetta dei terreni a lui intestati o avuti in usucapione nella misura a stabilirsi al momento che l'azione dovesse aver luogo e che dovrà comunque essere pari al costo dei terreni e delle opere su di essi apportati dall'acquirente. Tale costo sarà quello della giornata e il sig. B.S. si impegna a versare nel termine massimo di m. 12 il relativo importo. La stima di tutti questi danni viene affidata ai geometri G. e Vi.*».

il venditore è tenuto a restituire all'acquirente il prezzo pagato, anche se la cosa è diminuita di valore o è deteriorata; deve rimborsargli le spese e i pagamenti legittimamente fatti per il contratto ed è obbligato al risarcimento del danno (art. 1483 e 1479 c.c.).

Può accadere che *le parti abbiano tenuto in considerazione il rischio di evizione nella determinazione del prezzo della vendita e così intendano escludere la garanzia per evizione*: in tal caso, se si verifica l'evizione, il compratore può pretendere dal venditore soltanto la restituzione del prezzo pagato e il rimborso delle spese (art. 1488, comma 1 c.c.).

Può darsi, ancora, che il prezzo della vendita sia stato determinato *à forfait*, in considerazione dell'alto rischio di evizione, e le parti intendano concludere *una vendita a rischio e pericolo del compratore*, che ha natura di contratto aleatorio, per cui il venditore è esente anche dall'obbligo di restituire all'acquirente il prezzo pagato e di rimborsargli le spese sostenute per l'acquisto (art. 1488, comma 2 c.c.).

Può darsi, infine, che l'acquirente non intenda assolutamente essere parte di una causa di rivendicazione intentata dal proprietario del bene e chieda di prevedere in atto che il contratto si risolva nel caso di una domanda giudiziale. In tal caso, andrà inserita nel contratto una clausola condizionale che risolva il contratto ove venga notificata all'acquirente la domanda giudiziale diretta alla rivendicazione della proprietà del bene da parte del soggetto che assuma di essere proprietario dello stesso (102).

È evidente che l'opera del notaio di accertamento della reale volontà delle parti e di adeguamento della stessa alle regole dell'ordinamento giuridico risulta, nella fattispecie al vaglio, particolarmente impegnativa ma rappresenta il mezzo più sicuro di tutela del notaio contro eventuali successive pretese risarcitorie dell'acquirente. Nella sua attività di consulenza il notaio dovrà, inoltre, chiarire all'acquirente che potrebbe incontrare difficoltà nella successiva alienazione del bene immobile o nell'ottenimento di un finanziamento bancario stante il titolo di provenienza «instabile» del suo dante causa.

Pur nell'ambito della necessaria diligenza professionale volta a verificare, per quanto possibile, che si sia effettivamente verificata l'usucapione, *il notaio dovrà astenersi dal ricevere dichiarazioni giurate sulle circostanze di fatto che supportano l'usucapione che sarebbero nettamente in contrasto con il divieto del notaio di assumere prove testimoniali* e, più in generale, di invadere la competenza dell'autorità giudiziaria (103).

3. *La donazione dell'immobile acquistato per usucapione non accertata giudizialmente.*

Problemi diversi presenta l'atto di donazione di immobile acquistato per usucapione non accertata giudizialmente.

In questa fattispecie va verificato il rischio di contrarietà dell'atto con il disposto dell'art. 771 c.c., in base al quale la donazione non può comprendere che i beni presenti del donante ed è nulla la donazione di beni futuri.

Com'è noto, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, interpretando estensiva-

(102) Cfr. M. D'ORAZI, *op. cit.*, 106.

(103) Cfr. sul tema S. TONDO, *Documentazione notarile a fini non negoziali*, in Consiglio, Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali*, Milano, 1986, 1, 279 ss.

mente il disposto dell'art. 771 c.c., ritengono che anche la donazione di beni altrui sia da considerarsi nulla. In particolare, si è affermato che il donante non ha l'obbligo di procurare l'acquisto della proprietà al donatario, né questi diviene proprietario della cosa qualora il donante l'abbia acquistata dal suo titolare, essendo a ciò necessario un secondo atto di donazione (104).

A ben vedere, nella fattispecie al vaglio, *il donante non intende donare un bene altrui ma un bene che asserisce essere proprio per acquisto effettuato per usucapione a titolo originario*. Il venditore enuncia un titolo che, pur discutibile, esclude l'altruità del bene ceduto (105).

D'altra parte, se si esclude contrattualmente la garanzia per evizione del donante, sembra certo che vengano meno le ragioni che stanno alla base del divieto della donazione di beni futuri, e cioè la finalità di porre un limite ad atti di liberalità avventati.

In conclusione, sembra ammissibile la donazione di un bene usucapito, in quanto si tratta della donazione di un bene «proprio» e non di un bene «altrui»; appare utile escludere espressamente la garanzia per evizione a carico del donante, in tal modo eliminando ogni rischio che tale donazione sia fonte di obbligazioni o responsabilità per il donante.

IV. L'alienazione di bene pignorato.

Il pignoramento è l'atto con cui inizia l'espropriazione forzata; lo stesso individua e specifica i beni assoggettati all'espropriazione e crea sugli stessi un vincolo finalizzato alla soddisfazione del credito per cui il creditore precedente agisce.

Il pignoramento attua, nel patrimonio del debitore esecutato, la garanzia patrimoniale prevista dall'art. 2740 c.c. in forza del quale «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

Per effetto del vincolo derivante dal pignoramento, «non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione tutti gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento» (art. 2913 c.c.).

In tema di pignoramento immobiliare, il legislatore risolve il conflitto tra, da una parte, il creditore pignorante (ed i creditori intervenuti nell'esecuzione) e, dall'altra parte, gli acquirenti di diritti incompatibili dal debitore esecutato, utilizzando il principio della priorità della trascrizione. Non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, le alienazioni di beni immobili e gli atti che importano vincoli di indisponibilità (ad. es., fondo patrimoniale, vincolo di destinazione *ex* art. 2645-ter c.c.), anche se siano stati posti in essere prima del pignoramento, qualora non siano stati trascritti prima del pignoramento (cfr. artt. 2914 e 2915 c.c.).

La sanzione comminata dalla legge per l'alienazione di un bene pignorato è *l'inefficacia relativa dell'atto nei confronti del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione*, in quanto l'atto di disposizione non può impedire che il procedimento esecutivo prosegua con la vendita forzata del bene e che il ricavato della

(104) CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997, 6, 526 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544; Cass. 18 dicembre 1996, n. 11311, in C. Carnevali (a cura di), *op. cit.*, sub. art. 771 c.c., 1255.

(105) G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare*, cit., 549.

vendita sia destinato alla soddisfazione dei creditori. D'altra parte, *la validità intrinseca dell'atto fa sì che l'eventuale estinzione del processo esecutivo prima della vendita restituisca allo stesso la sua piena efficacia*. È espressamente previsto che, nel caso di estinzione del processo esecutivo prima dell'aggiudicazione o dell'assegnazione, diventano inefficaci tutti gli atti compiuti in precedenza, e tra questi il pignoramento (cfr. art. 632, comma 2 c.p.c.) (106).

Sul tema specifico della responsabilità del notaio per l'alienazione di un bene pignorato Cass. 2444 del 1959 sancì la contrarietà all'art. 28, n. 1 della legge notarile dell'atto di vendita di beni pignorati sul presupposto del divieto di tale alienazione contenuto nell'art. 2913 c.c.

Successivamente la giurisprudenza, a partire da Cass. 25 ottobre 1972, n. 3255 (107), sul presupposto che gli atti di alienazione di beni sottoposti a pignoramento non sono nulli, bensì inefficaci relativamente, nei confronti del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione, ha affermato che il pignoramento, pur imponendo al bene una destinazione satisfattiva che il debitore non può pregiudicare, non determina alcuna modificazione della capacità del debitore esecutato né alcuna trasformazione della situazione giuridica del bene pignorato. È, dunque, da escludere che l'alienazione di un bene pignorato possa, ai fini dell'art. 28, n. 1 legge notarile, annoverarsi fra gli atti espressamente proibiti dalla legge.

Appurato che il notaio può ricevere un atto di alienazione dell'immobile pignorato, il problema si sposta, quindi, sul piano della responsabilità civile. La giurisprudenza è molto rigorosa in tema di diligenza professionale richiesta al notaio nell'esecuzione della prestazione. Si afferma, ripetutamente, in giurisprudenza che il notaio deve indagare la volontà delle parti e tradurre la volontà espressa dai contraenti nel mezzo tecnicamente più idoneo perché le parti possano conseguire il risultato che esse si ripromettono. A tal fine, rientrano nei compiti del notaio tutte quelle attività preparatorie e successive alla stipula dell'atto che siano necessarie a consentire alle parti di realizzare il risultato avuto di mira.

Ciò non esclude che, sia pure in casi statisticamente molto rari, le parti intendano comunque procedere nell'atto di alienazione di un bene immobile pur in presenza di un pignoramento. Può darsi, ad esempio, che vi sia un accordo con i creditori esproprianti che non è ancora stato formalizzato in udienza dinanzi al giudice dell'esecuzione o che vi siano altre cause che comportino l'estinzione del procedimento esecutivo.

Si pone, a quel punto, per il notaio il problema di documentare esattamente quale sia il risultato che le parti intendono conseguire con la stipula di quel determinato atto, precisando che la parte acquirente è ben consapevole che l'immobile che sta acquistando è gravato da un vincolo derivante da pignoramento ma che intende, comunque, procedere alla stipula dell'atto. Una volta che il notaio abbia portato a conoscenza delle parti i vincoli gravanti sull'immobile, egli non può rifiutarsi di rogare l'atto ove le parti insistano nella loro richiesta (108).

(106) Cfr. Cass. 14 dicembre 1992, n. 13164, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1446.

(107) In E. PAOLUCCI, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 115 ss.; cfr. in senso conforme, Cass. 7 settembre 1997, n. 3893, in *ult. op. cit.*, 118 ss.

(108) Cass. 7 settembre 1997, n. 3893, cit.