

# Comparative and Transnational Law

10

**Alberto Gianola**

**La rinuncia del legittimario alla restituzione del bene immobile donato da parte del terzo acquirente dal donatario: spunti comparatistici per una soluzione italiana.**

#### Suggested citation

Gianola, Alberto "La rinuncia del legittimario alla restituzione del bene immobile donato da parte del terzo acquirente dal donatario: spunti comparatistici per una soluzione italiana.", CDCT working paper 29-2014/ Comparative and Transnational Law 10, available at <http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx>

## Abstract

**IT** *In Italia la circolazione dei beni immobili donati solleva problemi non indifferenti a causa della disciplina dell'azione di riduzione concessa ai legittimari contro il terzo avente causa dal donatario. L'articolo esamina la possibilità che il legittimario rinunci all'azione al momento della donazione, facendo leva anche su considerazioni di diritto comparato riguardanti la tutela dell'affidamento.*

**Keywords:** Diritto comparato, diritto privato, vendita, successioni a causa di morte, donazione, rimedi.

**EN** *In Italy the sale of gifted immoveables raises serious problems due to the possibility of a claw-back action that forced heirs may bring to get their share of inheritance back, by invalidating the gift. This article highlights the possibility for a forced heir to renounce to this claim when the gift is made, in the light of comparative remarks concerning the need to protect third parties reliance on the validity of the sale.*

**Keywords:** Comparative law, Private law, sales, inheritance law, gifts, remedies.

## LA RINUNCIA DEL LEGITTIMARIO ALLA RESTITUZIONE DEL BENE IMMOBILE DONATO DA PARTE DEL TERZO ACQUIRENTE DAL DONATARIO: SPUNTI COMPARATIVISTICI PER UNA SOLUZIONE ITALIANA

ALBERTO GIANOLA\*

### Indice

1. Introduzione. – 2. La garanzia del donante. – 3. L'azione di riduzione. – 4. L'azione di restituzione ed i suoi limiti. – 5. L'alterità della restituzione rispetto alla riduzione. – 6. La rinuncia all'azione di restituzione contro gli aventi causa dal donatario. – 7. La tutela dell'affidamento. – 8. In conclusione.

### Introduzione.

In Italia la circolazione dei beni immobili donati solleva problemi non indifferenti a causa della disciplina codicistica dell'azione di riduzione.

L'art. 557 c.c. vieta la rinuncia del legittimario all'azione di riduzione fintantoché il donante sia in vita. L'esperimento con successo dell'azione di riduzione può aprire le porte alla restituzione, da parte del beneficiario o da parte dei suoi aventi causa, del bene oggetto della riduzione, privo degli eventuali pesi di cui sia stato gravato.

Dal punto di vista generale occorre osservare che le regole di tutela dei legittimari operano alla cieca, dando luogo ad esiti talvolta paradossali, in contrasto con la volontà del testatore, con le esigenze di tutela di soggetti deboli, con la promozione di attività di interesse collettivo. Si consideri il caso della riserva di una porzione delle sostanze appartenenti al *de cuius* a favore di persone già ampiamente munite di mezzi per far fronte alle incertezze della vita, operante contro la volontà del defunto, che invece avrebbe desiderato beneficiare altri soggetti più bisognosi, più meritevoli<sup>1</sup> o impegnati in attività socialmente utili. In un tal frangente la legittima è inderogabilmente imposta

---

\* Alberto Gianola, professore associato, dipartimento di management, Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*, Trento 1995, p. 331. Conf. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, nel *Trattato di diritto comparato* diretto da SACCO, Torino, 2002, 71 ss., segn. 91. Sul cumulo degli effetti del regime patrimoniale della famiglia e degli effetti della successione necessaria in favore del coniuge superstite GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, in FREZZA [cur.], *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005, 129. Fortemente critico sulla disciplina della legittima GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 cod. civ.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 3.

sebbene non serva, non sia voluta ed anzi possa rivelarsi controproducente per la collettività, magari costretta a farsi carico del soggetto bisognoso o forzata a rinunciare ad un vantaggio.

Dal punto di vista pratico le regole illustrate si traducono in notevoli ostacoli all'utilizzo a fini di garanzia dei beni immobili di provenienza donativa ed alla loro alienazione. Le banche sono restie a erogare mutui garantiti da ipoteche su tali beni perché timorose di veder venire meno il peso nel caso di restituzione a seguito di riduzione. La ritrosia delle banche a concedere credito e la scarsa sicurezza dell'acquisto diminuiscono la commerciabilità del bene laddove il donatario intenda alienarlo, incidendo sul suo valore<sup>2</sup>.

Il problema pratico è così sentito che nel 2005 il legislatore italiano è intervenuto allo scopo di fornire una prima soluzione ad esso e, con la riforma degli artt. 561 e 563 cod. civ., ha stabilito un limite temporale alla piena facoltà del legittimario di chiedere la restituzione<sup>3</sup>. Prima di tale novella, il legittimario, una volta esperita vittoriosamente l'azione di riduzione, poteva pretendere la restituzione del bene immobile oggetto della donazione ridotta privo di pesi dal donatario o dai terzi acquirenti senza restrizioni temporali specifiche. Dal 2005, salvo opposizione alla donazione, la pretesa restitutoria del legittimario è soggetta ad un limite temporale di venti anni dalla trascrizione dell'atto liberale. Più in generale si assiste all'emersione di tendenze recenti foriere di un allentamento della inderogabilità della rinuncia alla riduzione per lesione della legittima anche laddove in passato essa era assolutamente vietata prima della morte del donante. Il codice civile francese, a seguito delle modifiche apportate dalle leggi n. 2006-728 del 23 giugno 2006 e 2008-561 del 17 giugno 2008, prevede oggi la rinuncia anticipata tanto all'azione di restituzione quanto all'azione di riduzione<sup>4</sup>. Gli artt. 924 e seguenti<sup>5</sup> si occupano della posizione

---

<sup>2</sup> D'AMICO, *I limiti di indisponibilità della tutela del legittimario*, Relazione al Convegno "Esiste ancora la donazione?" tenutosi a Torino il 26 ottobre 2012, consultabile all'indirizzo [www.consiglionotarialeTorino.it/system/files/D'AMICO.pdf](http://www.consiglionotarialeTorino.it/system/files/D'AMICO.pdf), 9 (dal paper) e già GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, cit., p. 139 s.

<sup>3</sup> Legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. decreto legge sulla competitività), modificata dall'art. 3 della legge 28 dicembre 2005, n. 263, entrata in vigore il 15 maggio 2005. Su tale riforma CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 cod. civ.*, in *Vita not.*, 2007, 3, 999 ss.; GAZZONI, *op. cit.*

<sup>4</sup> Su cui FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, Comunicazione al XVIII Colloquio biennale AIDC (Ferrara, 10-12-maggio 2007); D'AMICO, *op. cit.*

<sup>5</sup> Art. 924: Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent.

Le paiement de l'indemnité par l'héritier réservataire se fait en moins prenant et en priorité par voie d'imputation sur ses droits dans la réserve.

Art. 924-1: Le gratifié peut exécuter la réduction en nature, par dérogation à l'article 924, lorsque le bien donné ou légué lui appartient encore et qu'il est libre de toute charge dont il n'aurait pas déjà été grevé à la date de la libéralité, ainsi que de toute occupation dont il n'aurait pas déjà fait l'objet à cette même date.

del beneficiario della donazione lesiva della legittima oggetto della riduzione e degli aventi da lui causa. Le disposizioni in esame prevedono che un tal donatario non debba restituire il bene ricevuto ma sia obbligato a pagare una indennità al legittimario leso, a meno che non preferisca eseguire la riduzione in natura, se il bene è ancora presente nel suo patrimonio e non sia gravato da pesi od oneri successivi alla donazione. La tutela dal legittimario da reale viene convertita in obbligatoria: la riserva diviene un diritto di credito. I presunti legittimari, prestando il loro consenso alla donazione al momento di essa oppure successivamente, possono poi rinunciare all'azione di restituzione verso i terzi acquirenti dei beni donati. Gli artt. 929 e seguenti attribuiscono ai presunti eredi legittimari la facoltà di rinunciare ad esperire l'azione di riduzione con riferimento ad una successione non ancora apertasi<sup>6</sup>.

---

Cette faculté s'éteint s'il n'exprime pas son choix pour cette modalité de réduction dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle un héritier réservataire l'a mis en demeure de prendre parti.

Art. 924-2: Le montant de l'indemnité de réduction se calcule d'après la valeur des biens donnés ou légués à l'époque du partage ou de leur aliénation par le gratifié et en fonction de leur état au jour où la libéralité a pris effet. S

'il y a eu subrogation, le calcul de l'indemnité de réduction tient compte de la valeur des nouveaux biens à l'époque du partage, d'après leur état à l'époque de l'acquisition.

Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation.

Art. 924-4: Après discussion préalable des biens du débiteur de l'indemnité en réduction et en cas d'insolvabilité de ce dernier, les héritiers réservataires peuvent exercer l'action en réduction ou revendication contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des libéralités et aliénés par le gratifié.

L'action est exercée de la même manière que contre les gratifiés eux-mêmes et suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente.

Elle peut être exercée contre les tiers détenteurs de meubles lorsque l'article 2276 ne peut être invoqué.

Lorsque, au jour de la donation ou postérieurement, le donateur et tous les héritiers réservataires présomptifs ont consenti à l'aliénation du bien donné, aucun héritier réservataire, même né après que le consentement de tous les héritiers intéressés a été recueilli, ne peut exercer l'action contre les tiers détenteurs. S'agissant des biens légués, cette action ne peut plus être exercée lorsque les héritiers réservataires ont consenti à l'aliénation.

<sup>6</sup>Art. 929: Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter.

La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé.

L'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier.

Art. 930: La renonciation est établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires. Elle est signée séparément par chaque renonçant en présence des seuls notaires. Elle mentionne précisément ses conséquences juridiques futures pour chaque renonçant.

## La garanzia del donante.

In Italia, la pratica ha tentato di porre rimedio alle criticità illustrate forgiando meccanismi negoziali forieri in capo al donante di obblighi di garanzia verso l'acquirente a titolo oneroso od il creditore ipotecario dei diritti restitutori del primo e dei diritti di credito del secondo sorgenti nel caso di riduzione<sup>7</sup>.

La strategia più semplice vede il donante concedere una fideiussione a garanzia del pagamento del debito del donatario. In questo modo si viene a costituire una posizione potenzialmente debitoria che, apertasi la successione, migrerebbe in capo agli eredi. Il legittimario si troverebbe a vestire allo stesso tempo i panni del creditore per riduzione e di obbligato solidale per il pagamento del debito conseguente al terzo. Il terzo potrebbe dunque chiedere al legittimario il pagamento dell'intero suo credito: per esempio la banca mutuante, venuto meno per via della restituzione l'oggetto dell'ipoteca, potrebbe chiedere al legittimario, divenuto garante, il pagamento dell'intero debito residuo del donatario o del terzo da questi avente causa.

Esaminata dal punto di vista funzionale, la soluzione illustrata solleva interrogativi in due diverse direzioni. Poiché il debito conseguente alla riduzione può sorgere solo dopo la morte del donante, questi non assumerebbe un obbligo di garanzia ma graverebbe di esso gli eredi e lo farebbe con un atto diverso dal testamento: ricorrerebbe allora un patto successorio istitutivo vietato in base all'art. 458 cod. civ. Inoltre se si ritiene l'art. 549 cod. civ. applicabile non solo all'atto testamentario ma a qualsiasi atto compiuto dal *de cuius*, anche se diverso dal testamento, la garanzia del donante violerebbe il divieto sancito da tale disposizione: la fideiussione così congegnata si risolverebbe in un inammissibile peso imposto alla quota del legittimario. In quest'ultimo senso appare orientata la giurisprudenza che di conseguenza considera la garanzia del donante nulla per illiceità della causa<sup>8</sup>.

---

La renonciation est nulle lorsqu'elle n'a pas été établie dans les conditions fixées au précédent alinéa, ou lorsque le consentement du renonçant a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence.

La renonciation peut être faite dans le même acte par plusieurs héritiers réservataires.

<sup>7</sup> Un ampio inventario in IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, *Personae, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998, p. 399.

<sup>8</sup> Così Trib. Mantova 24-2-2011, n. 228. In quel caso il padre aveva donato al figlio un bene immobile, prestando poi una fideiussione a garanzia del debito di quest'ultimo verso una banca per la restituzione di un mutuo garantito con ipoteca sull'immobile donato. Il giudice osserva che in quel contesto la funzione della fideiussione era quella di dissuadere il legittimario dall'intentare in futuro l'azione di riduzione che gli potesse competere. Il legittimario erede si sarebbe infatti trovato nell'asse ereditario il debito di garanzia del *de cuius* e ciò avrebbe dovuto indurlo ad evitare di proporre l'azione di riduzione perché l'effetto di incremento del patrimonio risultante dal suo vittorioso esperimento sarebbe vanificato dal debito. La fideiussione venne conseguentemente dichiarata nulla per illiceità della causa ex art. 1344 cod. civ., posto che essa costituiva il mezzo per eludere l'applicazione di una norma

Una parte della dottrina tenta di superare l'ostacolo sostenendo che, laddove il donante si impegni a garantire ma manchino specifiche pattuizioni contrattuali volte a coinvolgere gli eredi, poiché in tal caso la migrazione della posizione di garanzia nel quadro della successione sarebbe non l'effetto diretto di una pattuizione bensì un effetto di legge indipendente dalla volontà del *de cuius*, non vi sarebbe contrasto con l'art. 549 cod. civ. volto a vietare solo le iniziative volontarie. L'argomentazione è poco persuasiva. Distinguere fra effetti voluti ed effetti prodotti dalla legge a seguito di un atto volontario è privo di fondamento. Gli effetti prodotti *ex lege* di un atto volontario sono preventivamente conoscibili, e ciò ancor di più allorché intervenga il notaio. In tal caso il disponente pone in essere l'atto sapendo che la legge ricollegherà ad esso certi effetti e dunque volendoli. Laddove egli non li voglia ben potrebbe espressamente escluderli oppure, se previsti da norme inderogabili, non porre in essere l'atto fonte *ex lege* di essi. Nel caso di specie il donante ben potrebbe prevedere l'intrasmissibilità del debito al legittimario dell'obbligo di garanzia. Ciò che si sa e, pur potendo, non si esclude, è voluto.

L'analisi illustrata permette una valutazione, dagli esiti negativi, di altri tentativi di soluzione forgiati dalla pratica. Parimenti afflitta da invalidità risulta la strategia di conservare o ritrasferire in capo al donante un diritto reale minore (es. usufrutto) e/o una quota di comproprietà (es. 5%) sul bene donato, assoggettando poi tale bene ad ipoteca costituita congiuntamente dal donante e dal donatario a favore del finanziatore particolare del donatario, con la contestuale pattuizione a favore di quest'ultimo (il finanziatore) della garanzia solidale per evizione derivante dalle, eventuali, successive riduzione e restituzione del bene oggetto dell'ipoteca.

Anche in tal caso la posizione di garanzia migrerebbe o si costituirebbe in capo ai legittimari per via della successione. In base ad essa, il legittimario del donante/*de cuius*, che ottenesse la riduzione e la restituzione, si troverebbe a rispondere, quale erede, dell'obbligo solidale di garanzia assunto a favore del creditore ipotecario; gli effetti lesivi dell'art. 549 cod. civ., la finalità di dissuasione del legittimario a far valere la riduzione, il patto successorio in contrasto con l'art. 458 cod. civ. si ripropongono con evidenza.

Nulla è poi l'eventuale fideiussione dei legittimari non donatari a garanzia degli obblighi restitutori conseguenti alla riduzione concessa prima della morte del donante, e ciò poiché essa porta allo stesso risultato di una rinuncia preventiva all'azione di riduzione, vietata dall'art. 557 2° comma cod. civ., e dunque un atto in frode alla legge sanzionato dall'art. 1344 cod. civ., e comunque integrante un patto successorio dispositivo vietato dall'art. 458 cod. civ.

In sintesi tutte le strategie illustrate incidono preventivamente sulla riduzione e pertanto finiscono per collidere con i divieti inderogabili posti dagli artt. 458 e 557 c.c.

---

imperativa, ovvero il principio di intangibilità della quota legittima stabilito dall'art. 549 cod. civ.

La via più efficace per mettere in sicurezza l'attribuzione al terzo è la rinuncia volontaria alla restituzione. La validità di un tale atto è da sempre discussa: oggi però, nonostante l'assenza di specifiche disposizioni sul punto, ma sulla scorta delle novità introdotte dalla riforma del 2005, è possibile sostenere l'ammissibilità di esso.

### **L'azione di riduzione.**

L'azione di riduzione tutela la posizione del legittimario contro le disposizioni testamentarie e le donazioni lesive della legittima. Essa mira a far accertare giudizialmente la lesione della quota di legittima spettante al legittimario agente e a far dichiarare l'inefficacia (totale o parziale), nei suoi confronti, delle disposizioni testamentarie e delle donazioni eccedenti la quota disponibile con conseguente possibilità di procurare al legittimario l'utile corrispondente alla legittima.

L'azione di riduzione è individuale<sup>9</sup>, poiché ogni legittimario può agire per la sola sua quota di legittima, ha natura patrimoniale, in quanto volta ad eliminare la lesione della legittima, è trasmissibile a causa di morte e può essere esercitata in via surrogatoria dai creditori personali del legittimario<sup>10</sup>. Legittimati passivi dell'azione di riduzione sono unicamente i beneficiari delle disposizioni lesive (dunque il donatario) e non l'attuale titolare del bene che fu donato o di cui si dispose per testamento, se diverso<sup>11</sup>.

Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui beni oggetto delle attribuzioni lesive; egli ha un diritto che può far valere nei confronti del donatario ed a cui corrisponde un'obbligazione di costui che risponde di essa con tutto il suo patrimonio: dunque un diritto di credito<sup>12</sup>.

La pronuncia che dichiara la riduzione, una volta accertata la lesione dei diritti del legittimario, rende inefficace, nei confronti del legittimario, la disposizione lesiva della legittima ed apre le porte all'applicazione della vocazione

---

<sup>9</sup> Cass. 12-05-1999, n. 4698, in *Giur. it.*, 2000, 722.

<sup>10</sup> PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 78; SANTORO-PASSARELLI, *Dei Legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941, Libro delle successioni e delle donazioni, 331; MENGONI, *Successioni per casa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000, 232; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Rescigno*, 5, I, Torino, 1997, 459.

<sup>11</sup> MENGONI, *op. cit.*, 232.

<sup>12</sup> Cass. 22-03-2001, n. 4130, in *Riv. not.*, 2001, 1503, secondo cui l'azione di riduzione configura un'azione personale diretta a procurare al legittimario l'utile corrispondente alla quota di legittima, e non un'azione reale, perché si propone non contro chi è l'attuale titolare del bene che fu donato o legato, ma esclusivamente contro i beneficiari delle disposizioni lesive. Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui beni oggetto di tali attribuzioni; egli ha un diritto che può fare valere in giudizio nei confronti del donatario o del legatario, i quali rispondono con l'intero proprio patrimonio. Dall'azione di riduzione si distingue l'azione di restituzione (o reintegrazione): mentre l'una è un'azione di impugnativa, l'altra è un'azione di condanna, che presuppone già pronunciata la prima.



necessaria. Il legittimario acquista i beni non dal beneficiario della disposizione lesiva ma *ex lege*<sup>13</sup>, come erede<sup>14</sup>.

Qualora il legittimario fosse solamente leso, cioè chiamato all'eredità per una quota di valore insufficiente a coprire la legittima, aggiungerà alla precedente vocazione, testamentaria o legittima, la vocazione necessaria conseguita con l'azione di riduzione<sup>15</sup>.

L'azione di riduzione si estingue per rinuncia del legittimario e per prescrizione. Il legittimario può rinunciare al diritto di esperire l'azione di riduzione, ma solo dopo la morte del donante. In tal caso non trova applicazione il requisito di forma previsto dall'art. 519 c.c. per la rinuncia all'eredità<sup>16</sup>.

### **L'azione di restituzione ed i suoi limiti.**

Nell'ipotesi di disposizione totalmente lesiva della legittima, l'inefficacia di essa a seguito di riduzione e la conseguente "vocazione necessaria" danno al legittimario la possibilità di agire in restituzione per recuperare l'intero bene, libero da qualunque peso di natura reale o personale, tanto dal donatario quanto dai suoi aventi causa.

L'art. 561 c.c. prevede infatti 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, salvo il disposto dell'art. 2652 c.c. Per gli interpreti sono tali 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.)<sup>17</sup>. Laddove il beneficiario abbia alienato l'immobile a terzi, entra in gioco l'art. 563 cod. civ., secondo cui il legittimario, premessa l'escussione dei beni del donatario, ha la facoltà di chiedere la restituzione del bene al terzo acquirente. L'azione di restituzione soffre però di alcuni limiti.

---

<sup>13</sup> AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009, 824 s.

<sup>14</sup> MENGONI, *op. cit.*, , 80-85. In giurisprudenza riconoscono la qualità di erede al legittimario pretermesso a seguito del favorevole esercizio dell'azione di riduzione Cass. 29 maggio 2007, n. 12496, in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass. 15 giugno 2006, n. 13804, in *Notariato*, 2006, 670.

<sup>15</sup> Secondo un diverso orientamento, il legittimario con l'azione di riduzione non conseguirebbe il titolo di erede ma acquisterebbe soltanto una quota dell'attivo ereditario. La funzione dell'azione di riduzione si esaurirebbe nel far conseguire al legittimario una quota di beni ereditari pari a quanto a lui riservato dagli artt. 536 e ss. cod. civ. Il legittimario non sarebbe successore a titolo universale del *de cuius* ma successore a titolo particolare (AZZARITI, MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, 181 ss.; FERRI, *Dei legittimari*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, 7 ss., 156 ss.; CANTELMO, *I legittimari*, Padova, 1991, 3-39).

<sup>16</sup> Cass. 03-12-1996, n. 10775, in *Riv. not.*, 1997, 1302.

<sup>17</sup> MENGONI, *op. cit.*, 304.

Un primo limite alla possibilità del legittimario di chiedere la restituzione entra in gioco allorché oggetto della pronunzia di riduzione sia un bene immobile non comodamente divisibile. Il primo comma dell'art. 560 c.c. prevede infatti che se oggetto della riduzione è un immobile, «la riduzione si fa separando dall'immobile medesimo la parte occorrente per integrare la quota riservata, se ciò può avvenire comodamente». Laddove la riduzione determini la comunione di un immobile tra il legittimario leso e il beneficiario della disposizione lesiva e la separazione non possa avvenire comodamente, il secondo comma dell'art. 560 cod. civ. risolve il problema sulla base del criterio dell'eccedenza maggiore o inferiore al quarto della porzione disponibile: nel primo caso (eccedenza maggiore del quarto) l'immobile resta nell'asse ereditario per soddisfare i legittimari, salvo il diritto del donatario o legatario di conseguire il valore della porzione disponibile; nel secondo caso (eccedenza inferiore al quarto) il legatario o donatario può ritenere tutto l'immobile, compensando in denaro i legittimari.

La disciplina illustrata presuppone che il legatario o il donatario non siano anche legittimari. Qualora il legatario o il donatario siano anche legittimari, in base al terzo comma dell'art. 560 cod. civ. gli stessi potranno ritenere tutto l'immobile, purché il valore dello stesso non superi l'importo della porzione disponibile e della quota che spetta loro come legittimari con obbligo di compensare in denaro, in deroga all'art. 718 c.c., gli altri legittimari<sup>18</sup>. Se il legittimario non si avvale della facoltà di ritenzione accordatagli dalla legge si verifica la riduzione della disposizione, con il conseguente stato di indivisione del bene che sarà poi sciolto secondo le regole stabilite nei primi due commi.

Se il beneficiario della disposizione lesiva ha alienato a terzi il bene, il legittimario ha l'onere, prima di poter esercitare l'azione di restituzione nei confronti degli aventi causa dal donatario, di esperire, nei confronti dello stesso beneficiario della disposizione lesiva, l'azione di restituzione per equivalente, chiedendo al beneficiario una somma di denaro che rappresenti il valore del bene determinato con riferimento alla data dell'apertura della successione<sup>19</sup> ed in caso di inottemperanza dell'obligato, avrà l'onere della preventiva escussione dei beni di quest'ultimo<sup>20</sup>. La preventiva escussione dei beni del donatario è una condizione espressa di procedibilità dell'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente dal donatario; in mancanza della prima non è possibile agire in restituzione. Risultata vana l'escussione del donatario, e solo in tal caso, il legittimario leso potrà agire in restituzione nei confronti dei successivi acquirenti degli immobili.

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

---

<sup>18</sup> Cass. 30 giugno 1949, n. 1648, in *Foro it. Rep.*, 1949, 1609, *Successioni* n. 88.

<sup>19</sup> Cass. 5 giugno 2000, n. 7478.

<sup>20</sup> Trib. Monza 27 giugno 1996, in *NGCC*, 1997, I, 569, con nota di LUCCHINI GUASTALLA, *Sull'azione di riduzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*.

dell'esercizio dell'azione di restituzione<sup>21</sup>. Il terzo acquirente a cui viene chiesta la 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.).

Sulla base del quadro illustrato gli interpreti sostengono che scopo della della riduzione è far conseguire al legittimario leso un utile consistente nella differenza fra quanto gli compete a norma di legge e quanto si trova nell'asse ereditario; il bene alienato al terzo dal beneficiario della disposizione lesiva ha unicamente una funzione di garanzia del diritto del legittimario, diritto che è di natura creditoria<sup>22</sup>.

Limitazioni ulteriori sono state introdotte dalla riforma del 2005. A seguito di essa, gli art. 561 c.c. e 563 c.c. stabiliscono un termine di venti anni, decorrente dalla trascrizione della donazione<sup>23</sup>, trascorso il quale diritti ed acquisti dei terzi si consolidano. In particolare:

a) i pesi e le ipoteche imposti sul bene dal donatario conservano efficacia anche qualora il donatario restituisca. Il legittimario recupera il bene dal donatario ma i diritti reali o personali (ad esempio, ipoteche, servitù, contratti di locazione) che gravano sul bene sopravvivono. In tal caso però il donatario ha l'obbligo di compensare in denaro il legittimario per il minor valore del bene, fino alla concorrenza della quota di legittima;

b) il legittimario perde il diritto di agire con l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti dal donatario. In tal caso, il legittimario potrà soddisfarsi unicamente sul patrimonio del donatario.

In base all'art. 563, comma 4 c.c., il coniuge ed i parenti in linea retta del donante hanno la possibilità di sospendere il termine dei vent'anni e, quindi, di conservare la piena facoltà di ottenere la restituzione, notificando al donatario e ai suoi eventuali aventi causa e trascrivendo un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione che andrà rinnovato prima che siano trascorsi i vent'anni, qualora il donante sia ancora in vita. L'espressione aventi causa indica non solo gli acquirenti a qualunque titolo dal donatario, ma anche coloro che divengono titolari di pesi sul bene donato come per esempio i creditori ipotecari<sup>24</sup>. L'opponente conserva quindi, nonostante il decorso del tempo, la facoltà di ottenere la restituzione del bene donato oggetto di riduzione dal donatario o dal terzo avente causa, in entrambi i casi senza i pesi imposti successivamente alla donazione. L'art. 563 comma 4 secondo periodo

---

<sup>21</sup> Cass. 19 ottobre 1960, n. 2824, in *Giust. civ. Mass.*, 1960, 1086.

<sup>22</sup> SCOTTI GALLETTA, *Sulla natura giuridica dell'azione di reintegrazione della quota di legittima e sul giudice territorialmente competente a decidere della questione*, nota a Trib. S. Maria Capua Vetere 14 ottobre 1958, *Dir. e giur.*, 1959, II, 70; 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.

<sup>23</sup> La decorrenza dalla *trascrizione della donazione* è stata prevista dall'art. 3, comma 1, lett. a), della legge 28 dicembre 2005, n. 263; precedentemente il termine decorreva dalla donazione.

<sup>24</sup> Gli interpreti ritengono infatti che l'opposizione faccia salvo il peso del terzo nonostante lo spirare del termine ventennale: GAZZONI, *op. cit.*, 6.

cod. civ. prevede la possibilità di rinunciare a proporre opposizione alla donazione. Tale rinuncia fa sì che il legittimario assuma il rischio di perdere la possibilità della piena restituzione qualora, trascorso il termine ventennale stabilito dalla legge, il donante sia ancora in vita. Dopo tale termine, all'apertura della successione, se il bene è ancora nel patrimonio del donatario, il legittimario può recuperare il bene presso lo stesso ma i diritti reali o personali imposti sul bene dal donatario sopravvivono; se il bene è stato alienato ad un terzo, il legittimario perde ogni possibilità di ottenere la restituzione di esso.

### **L'alterità della restituzione rispetto alla riduzione.**

Il quadro illustrato evidenzia l'alterità, l'autonomia dell'azione di restituzione rispetto all'azione di riduzione<sup>25</sup>. L'azione di riduzione ha come unico effetto l'accertamento dell'inefficacia relativa della disposizione testamentaria o della donazione lesive e non comporta automaticamente la restituzione al legittimario vittorioso del bene libero da pesi, essendo la restituzione subordinata alla comoda divisibilità del bene, alla infruttuosa escussione del patrimonio del donatario, alla circostanza che non siano trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione oppure, se tale periodo sia trascorso, che vi sia stata opposizione ad essa. Il legittimario non ha quindi un diritto assoluto a soddisfarsi sullo specifico bene oggetto della disposizione lesiva ridotta. Tale bene è solo il parametro per quantificare il debito di valore gravante sul donatario ridotto ovvero l'importo del riscatto che dovrà corrispondere il terzo acquirente. L'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario è dunque un'azione diversa ed autonoma dall'azione di riduzione<sup>26</sup>.

La distinzione tra le due azioni emerge anche sotto il profilo processuale. Gli interpreti sottolineano l'assoluta autonomia del giudizio di restituzione da quello di riduzione e la diversità dei due giudizi per convenuto, *causa petendi e petitum*<sup>27</sup>. L'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario presuppone il passaggio in giudicato dell'azione di riduzione e l'infruttuosa escussione del patrimonio del donatario. Inoltre, come ha chiarito la giurisprudenza, il diritto potestativo dell'avente causa dal donatario di corrispondere all'attore l'equivalente in denaro, di cui all'art. 563, comma 3 c.c., deve essere commisurato al valore dei beni al momento della sentenza che accoglie la

---

<sup>25</sup> MENGONI, *op. cit.*, 304; CAPRIOLI, *Le modificazioni apportate agli artt. 561 e 563 cod. civ. Conseguenze sulla circolazione dei beni immobili donati*, in *Riv. not.*, 2005, 1034; D'AMICO, *op. cit.*, p. 8 s.

<sup>26</sup> SCORDO, *La tutela giuridica dell'acquirente di un bene proveniente da donazione. Una proposta interpretativa*, in *Vita not.*, 2002, parte III, CXXXIII ss. *Contra* FERRI, *op. cit.*, 202 ss., secondo cui l'azione di riduzione sarebbe una azione unica volta all'accertamento della lesione ed alla condanna alla restituzione dei beni oggetto dell'attribuzione ridotta.

<sup>27</sup> LA PORTA, *Azione di riduzione di "donazioni indirette" lesive della legittima e azione di restituzione contro il terzo acquirente dal "donatario". Sull'inesistente rapporto tra art. 809 e art. 563 cod. civ.*, in *Riv. not.*, 2009, 963 ss.

domanda di restituzione<sup>28</sup>. La determinazione della somma va fatta, dunque, con riferimento a tale momento e non a quello di apertura della successione, proprio in considerazione del fatto che l'azione di restituzione contro il terzo acquirente dal donatario nulla ha a che fare con la definizione dei rapporti successori.

### **La rinuncia all'azione di restituzione contro gli aventi causa dal donatario.**

In questo quadro si inserisce la rinuncia all'azione di restituzione. In mancanza di una disposizione espressa che ammetta o vieti, il problema è se un tale atto di volontà collida o meno con il divieto dei patti successori di cui all'art. 557 c.c. o con altre norme imperative.

Già in passato una parte degli interpreti riteneva ammissibile la rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo avente causa dal donatario facendo leva sull'alterità di quest'ultima rispetto all'azione di riduzione. Poiché si tratta di due azioni distinte, la rinuncia all'azione di restituzione non inciderebbe sull'azione di riduzione e quindi non incapperebbe nel divieto stabilito dall'art. 557 cod. civ., testualmente riferito alla sola riduzione<sup>29</sup>, né violerebbe i principi generali in tema di tutela dei legittimari<sup>30</sup>. Diversità ed autonomia delle due azioni che la riforma del 2005 ha accentuato, stabilendo una volta trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione e salvo opposizione, il venir meno della sola azione di restituzione, lasciando intatta l'azione di riduzione.

V'è di più. La recente novella legislativa ha aggiunto una importante tessera al mosaico illustrato, prevedendo la possibilità di rinunciare ad opporsi alla donazione. Il legislatore forgia un atto volontario con il quale il legittimario, in via immediata e prima della morte del donante, può privarsi della possibilità di avere la piena restituzione del bene donato oggetto della riduzione libero da pesi, una volta trascorsi venti anni<sup>31</sup>. Se il legittimario ha una tale possibilità,

---

<sup>28</sup> Cass., 24 maggio 1979, n. 2997, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 1292.

<sup>29</sup> MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Notariato*, 2002, 105-106.

<sup>30</sup> CAPRIOLI, *op. cit.*, 1034.

<sup>31</sup> Un orientamento dottrinale rimasto minoritario sostiene che la rinuncia all'opposizione comporterebbe rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo dal momento dell'atto abdicativo, senza necessità di attendere lo spirare del termine ventennale. Si pongono lungo questa traiettoria PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la legge n. 80/2005*, in *Vita not.*, 2005, 762 ss.; PENE VIDARI, MARCOZ, *La mini riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. not.*, 2006, 699 ss.; CASTRONOVO, *op. cit.*, 999 ss. La soluzione illustrata confligge però con il testo legislativo chiaramente volto a regolare la rinuncia all'opposizione con il venir meno del diritto del legittimario alla restituzione dal terzo solo trascorso il termine ventennale: così D'AMICO, *op. cit.*, 16.

non si vede perché egli non possa rinunciare con effetto abdicativo anche prima dei venti anni. La soluzione contraria sarebbe irragionevole<sup>32</sup>.

La rinuncia si configura poi come un atto volto a perseguire interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. in quanto diretto a dare stabilità e certezza al trasferimento di beni immobili e dunque ad agevolare la loro circolazione<sup>33</sup>.

### La tutela dell'affidamento.

La rinuncia all'opposizione alla donazione ha senso sopra tutto in vista dell'alienazione del bene da parte del donatario oppure della sottoposizione di esso ad un peso a favore di un terzo, per esempio un creditore ipotecario<sup>34</sup>. Nonostante la rinuncia ed il decorso del ventennio, il legittimario conserva tanto il diritto di agire in riduzione verso il donatario quanto il diritto (una

---

<sup>32</sup> D'AMICO, *op. cit.*, 21. L'effetto slavina della rinuncia all'opposizione alla donazione volto a togliere di mezzo gli ostacoli posti alla rinuncia alla restituzione fin dall'immediato si propaga in direzioni ulteriori. Un orientamento dottrinale (CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, I, Padova, 1994, 51) sostiene la nullità di tale rinuncia per impossibilità dell'oggetto in quanto non sarebbe possibile rinunciare a diritti non ancora nati. La novella toglie spazio a tale argomentazione: con la rinuncia ad opporsi alla donazione, il legittimario rinuncia alla restituzione dopo il periodo ventennale manifestando la propria volontà quando la successione non si è ancora aperta e dunque quando il diritto non è ancora nato. Altra argomentazione addotta da una parte degli interpreti (MAGLIULO, *op. cit.*, 105 ss.; M. CAMPISI, *op. cit.*, 1300 s.) contro l'ammissibilità della rinuncia, in vita del donante, all'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario sarebbe la difficoltà di spiegare a che titolo l'acquirente dal donatario possa trattenere il bene da lui acquistato malgrado la retroattività reale dell'azione di riduzione. Oggi l'art. 563, comma 1 cod. civ. stabilisce che, trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione, la riduzione della donazione non incide sul titolo di acquisto dell'avente causa dal donatario: abbiamo dunque in tal caso un avente causa dal donatario che mantiene la proprietà del bene acquistato nonostante la riduzione della donazione. In realtà anche prima del decorso dei vent'anni dalla trascrizione della donazione, la riduzione della donazione non fa venir meno, automaticamente, il titolo di acquisto del donatario. L'art. 563 cod. civ. prevede, quale condizione dell'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario, la preventiva escussione del patrimonio dello stesso donatario. È, allora, possibile che, nonostante la riduzione, non venga esercitata l'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario, perché il legittimario trova soddisfazione nel patrimonio di costui. Anche in questo caso, nonostante la riduzione della donazione, l'avente causa dal donatario mantiene la proprietà e del bene acquistato. Va considerato, infine, che l'avente causa dal donatario può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura il bene donato pagando l'equivalente in denaro (art. 563, comma 3 cod. civ.).

<sup>33</sup> D'AMICO, *op. cit.*, 22; CAPRIOLI, *op. cit.*, 1097.

<sup>34</sup> CESARO, *Rinuncia all'opposizione ex art. 563 iv° comma: "minus dixit quam voluit"*, in *FederNotizie*, 2006, 111, valorizza la rinuncia all'opposizione alla donazione alla luce dei principi di coerenza e buona fede. La condotta del legittimario rinunciante che, morto il donante prima che sia decorso il termine ventennale dalla trascrizione della donazione, esperisse l'azione di restituzione verso il terzo acquirente si rivelerebbe incoerente, contraddittoria rispetto ad una precedente dichiarazione negoziale da legittimario stesso volutamente posta in essere.

volta esperita vittoriosamente l'azione di riduzione) di recuperare, mediante l'azione di restituzione, il bene se di esso il donatario è ancora titolare. Laddove il donatario sottoponga il bene a pesi, il legittimario ottiene la restituzione del bene, ma i pesi sopravvivono; laddove il donatario alieni il bene, il legittimario ha il diritto di escutere il patrimonio del donatario, onde ottenere il controvalore del bene oggetto della riduzione, ma perde il diritto di agire, in caso di insufficiente capienza del patrimonio del donatario, nei confronti del terzo avente causa. Appare dunque plausibile pensare che in pratica il legittimario rinunci all'opposizione, magari percependo un corrispettivo, in vista della sottoposizione a pesi o dell'alienazione del bene da parte del donatario.

In un tal quadro, può addirittura accadere che sia proprio la rinuncia del legittimario a indurre il terzo ad acquistare il bene o ad accendere un peso su di esso a proprio favore (per esempio la banca che concede un credito accendendo una ipoteca), creando un legittimo affidamento di tale soggetto sulla sicurezza dell'attribuzione foriera di una sua condotta, il perfezionamento del negozio, ragionevolmente prevedibile dal legittimario rinunciante. Se il legittimario potesse rimangiarsi la rinuncia, il terzo sarebbe ingiustamente leso.

L'esigenza di tutelare l'affidamento legittimo e ragionevolmente prevedibile è a tal punto sentita da indurre soluzioni interpretative volte a disapplicare quelle regole generali il cui intervento potrebbe sortire effetti lesivi. Un caso sotto questo aspetto particolarmente emblematico è quello della fideiussione gratuita (ovvero priva di ogni contropartita a carico del creditore a favore del debitore principale o del garante<sup>35</sup>), liberale (ovvero dettata non da un interesse economico del garante ma da bontà d'animo o affetto) e concessa successivamente al sorgere del credito garantito. Si pensi all'ipotesi del padre che garantisce il debito del figlio verso la banca con una promessa successiva alla concessione del mutuo senza pretendere alcunché in cambio. L'applicabilità a tale fideiussione dello schema della donazione tipica è evidente ma ovunque l'esigenza di tutelare l'affidamento del creditore, che a seguito della garanzia, potrebbe aver posto in essere una condotta foriera di pregiudizio se il garante potesse rimangiarsi la promessa, induce gli interpreti ad escludere l'applicazione delle regole dettate per la donazione tipica.

In questo senso appaiono particolarmente suggestive le traiettorie evolutive seguite nei sistemi di common law.

Nel mondo anglo-americano la *doctrine* della *consideration* spinge a ritenere priva di effetti obbligatori la promessa gratuita di rispondere del debito altrui in mancanza della forma del *deed*. L'applicazione di tali regole alla fideiussione può però produrre risultati palesemente iniqui: in base ad esse, la condotta del creditore che fa affidamento sulla promessa di garanzia non costituisce valida *consideration* di quest'ultima se non è stata oggetto di un accordo di scambio. Ne consegue l'invalidità della fideiussione gratuita informale, anche laddove

---

<sup>35</sup> Cass. 28-09-1991, n. 10161, in *DF*, 1992, II, 442; in *GI*, 1992, I, 1, 233.

induca il creditore a tenere un comportamento per lui pregiudizievole nell'ipotesi di inadempimento del garante all'impegno preso.

Immaginiamo un caso siffatto: il padre del debitore principale promette informalmente di garantire un debito scaduto di quest'ultimo senza pattuire o richiedere alcun corrispettivo. Il creditore, di propria iniziativa e confidando nella promessa del terzo, concede una dilazione. Nel periodo di grazia il debitore diviene insolvente. In mancanza di un accordo di scambio, la dilazione del creditore non integra una idonea *consideration* della promessa di garanzia. Pertanto se il terzo rifiuta di pagare, il creditore, nonostante abbia concesso la dilazione, non ha alcuna tutela in quanto la promessa di garanzia, essendo gratuita, non è giuridicamente vincolante<sup>36</sup>. Un tal risultato è visto come ingiusto poiché il terzo ha indotto il creditore a tenere quella condotta poi fonte di pregiudizio.

A partire dall'inizio del XIX secolo gli interpreti anglo-americani, spinti dall'esigenza di tutelare l'affidamento del creditore promissario, hanno iniziato ad attribuire efficacia alle promesse in esame facendo leva sulla *invented consideration* e sul *promissory estoppel*.

Agli occhi dei giudici inglesi integra una valida *consideration* la prestazione posta in essere a seguito di una promessa, anche se manca la prova che la prestazione sia stata richiesta e offerta in cambio della promessa o quantomeno che il promittente abbia inteso condizionare la propria promessa all'esecuzione della prestazione e di ciò abbia informato il promissario. Il fatto che sulla base delle circostanze appaia plausibile un nesso causale fra promessa e prestazione porta a presumere l'esistenza di un accordo implicito e quindi rende valida la promessa. Gli autori inglesi indicano tale pratica con l'espressione *invented consideration*<sup>37</sup>.

La giurisprudenza americana utilizza invece lo strumento del *promissory estoppel*. Il *promissory estoppel* è un particolare tipo di *equitable estoppel* avente ad oggetto gli effetti della promessa. Esso integra una specifica applicazione del generale principio di *equity* in base al quale chi tiene una certa condotta non può successivamente contravvenire ad essa se ciò è ingiusto ed iniquo. Il *promissory estoppel* impedisce al promittente di far valere l'invalidità della promessa che ha indotto il promissario a fare affidamento su di essa se ciò è fonte di una ingiustizia<sup>38</sup>. Sulla base di tale istituto, i Giudici americani attribuiscono validità alla fideiussione gratuita priva di *deed* allorché essa induca il promissario od un terzo a compiere una azione o una rinuncia ragionevolmente prevedibile da parte del promittente, se da tale condotta, in caso di inosservanza della pro-

---

<sup>36</sup> FARNSWORTH, *On Contracts*, Boston Toronto London, 1990, vol. II, 134.

<sup>37</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, 9° ed., London, 1995, 67.

<sup>38</sup> Sull'*estoppel* in generale e sul *promissory estoppel* TREITEL, *Consideration*, in GUEST (ed.), *CHITTY on Contracts*, London, 1994, vol. I, 239. Fra gli osservatori continentali della *Common Law* che si sono occupati del tema: CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Milano, 1990, 49; MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance legittime*, Th. Lyon, 1990.



messa, consegua per l'autore di essa di un pregiudizio e se il riconoscimento della promessa sia l'unico modo per evitare una ingiustizia<sup>39</sup>. Tale orientamento giurisprudenziale è fatto proprio dal par. 88 del *Restatement (Second) of the Law of Contracts* secondo cui un atto oppure una rinuncia ad agire, ragionevolmente prevedibile e di sostanziale entità, posti in essere dal promissario o da un terzo indotti dalla promessa, rendono la garanzia priva di *consideration* valida e vincolante secondo i termini da essa stabiliti, senza necessità di indagare se esigenze di giustizia impongono o meno la sanzione della promessa. Con vocazione più generale, gli interpreti d'oltre Atlantico delineano il principio della *reliance*, illustrato nel par. 90 del *Restatement (second) of the Law of Contracts*, in base al quale sarebbe valida una promessa che induca un atto del promissario o di un terzo ragionevolmente prevedibile, indipendentemente dall'esistenza di una idonea *consideration*, ed il riconoscimento della promessa sia l'unico modo per evitare una ingiustizia<sup>40</sup>.

In Italia l'orientamento di gran lunga prevalente fra gli interpreti esclude che la fideiussione liberale integri una donazione argomentando che la promessa di garanzia non comporterebbe né un impoverimento del promittente, in quanto costui ha diritto ad ottenere il rimborso di quanto abbia eventualmente pagato, né un arricchimento del creditore, che si vede corrisposto quanto a lui dovuto. Potrebbe ricorrere una donazione, e si tratterebbe di una donazione indiretta, solo laddove per spirito di liberalità il fideiussore rinunciasse al diritto di rimborso<sup>41</sup>.

La tesi illustrata appare contraddittoria. Se realmente la fideiussione non comportasse impoverimenti del garante ed arricchimenti del garantito, allora l'eventuale compenso corrisposto al primo (come accade nell'ipotesi di fideiussione remunerata) dovrebbe essere ingiustificato. La giustificatezza e la liceità del pagamento di un corrispettivo nell'ipotesi di fideiussione remunerata non è invece mai stata messa in dubbio<sup>42</sup>.

A ben vedere, indipendentemente dagli eventuali esiti infausti connessi all'insolvenza del debitore originario, la fideiussione gratuita e liberale avvantaggia il creditore, che grazie ad essa aumenta le probabilità di realizzo del suo credito e dunque il valore di questo, e comporta pesi per il terzo, esposto al rischio di dover pagare senza ricevere alcunché in cambio. Se il creditore garantito è una banca, la posizione del garante viene segnalata alla centrale rischi, con possibili limitazioni per costui qualora successivamente voglia

---

<sup>39</sup> Glitsos v. Kadish Ariz. App. 134, 418 P.2d 129 (1966).

<sup>40</sup> GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus (Ohio), 1974, 87.

<sup>41</sup> BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, 965; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv. dir. Rescigno*, vol. 6, TORINO, 1982, 500; PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, 355; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 371; CATAUDELLA, *Successioni e donazioni – La donazione*, in Bessone G. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. V, Giappichelli, 2005, 36; TORRENTE, *La donazione*, 2° ed. agg. da Carnevali U. e Mora A., Milano, 2006, 267; Cass. 13-07-1967, n. 1738, in *GI*, 1968, I, 1, 838; Cass. 30-06-1969, n. 2380, in *GC*, 1970, 1279.

<sup>42</sup> RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 254.

accedere al credito bancario. Gli interpreti negano un dato evidente e ricorrono ad uno stratagemma.

Sebbene sia poco coerente dal punto di vista logico, la soluzione in esame viene estesa alla garanzia autonoma, all'accollo esterno, all'espromissione. Anche con riferimento a tali atti è possibile che il disponente intervenga gratuitamente e per spirito di liberalità: laddove ciò avvenga, nonostante gli indubbi vantaggi per il creditore e svantaggi per il debitore, gli interpreti sono pronti ad escludere la donazione adducendo una pretesa assenza di impoverimenti ed arricchimenti dei protagonisti per via dell'azione di regresso mediante la quale il promittente può ottenere il rimborso di quanto pagato. Espromissione, accollo esterno, pagamento del debito altrui gratuiti e liberali divengono donazioni indirette allorché vi sia rinuncia all'azione di regresso<sup>43</sup>.

Gli interpreti spiegano il successo della soluzione in esame sostenendo che essa sopperirebbe a sentite esigenze pratiche: essa infatti garantirebbe una maggiore protezione del credito ed agevolerebbe l'adempimento delle obbligazioni esistenti, tutelando in modo efficace l'interesse generale al soddisfacimento del credito<sup>44</sup>. L'argomentazione illustrata appare poco persuasiva. Se la ragione fosse realmente quella indicata dalla dottrina, la sola esistenza di un credito dovrebbe essere sempre sufficiente a rendere valida ogni promessa di garanzia di esso, anche nell'ipotesi in cui il creditore ignori l'impegno del terzo. La giurisprudenza<sup>45</sup> e parte della dottrina<sup>46</sup> distinguono invece l'accollo interno liberale, considerato donazione obbligatoria ed assoggettato alla forma solenne<sup>47</sup>, dalla fideiussione, dall'espromissione e dall'accollo esterno liberali, negozi non donativi e dunque sfuggenti al requisito dell'atto pubblico<sup>48</sup>.

Fideiussione, espromissione ed accollo esterno hanno una particolare nota comune che manca invece all'accollo interno: il terzo promette di garantire o pagare il debito altrui determinando in tal modo la nascita di un diritto del creditore promissario di pretendere dal promittente quanto a lui dovuto dal debitore originario. In un tal quadro, il creditore può essere portato a fare affidamento sulla promessa del terzo; al tempo stesso, però, egli è o può essere all'oscuro all'oscuro dei rapporti intercorrenti tra il debitore principale ed il garante o *solvens*, dei motivi per cui questi si impegna, non avendo il diritto di conoscerli. Se il terzo potesse addurre l'invalidità dell'atto sulla base di tali rap-

---

<sup>43</sup> Cass. 8-07-1983, n. 4618, in *GCM*, 1983, fasc. 7.

<sup>44</sup> D'ANGELO And., *Le promesse unilaterali*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile – Commentario*, Milano, 1996, 341; ROPPO, *op. cit.*, 371; TORRENTE, *op. cit.*, 267.

<sup>45</sup> Cass. 8-07-1983, n. 4618, in *GCM*, 1983, 1628; Cass. 30-03-2006, n. 7507, in *GCM*, 2006, 9.

<sup>46</sup> RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 158.

<sup>47</sup> Cass. 8-07-1983, n. 4618, in *GCM*, 1983, 1628; Cass. 30-03-2006, n. 7507, in *GCM*, 2006, 9; *contra* Cass. 11-10-1978, n. 4550, in *MGI*, 1978, 1085; in *RN*, 1978, 1341.

<sup>48</sup> Cass. 1-08-1959, n. 2445, in *FI*, 1959, I, 1265; BIONDI, *Le donazioni* cit., 967; CARNEVALI, *Le donazioni*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 6, tomo II, ristampa 2° ed., Torino, 2000, 501; PALAZZO, *Atti* cit., 355.

porti, l'affidamento del creditore, ragionevolmente prevedibile, potrebbe ritorcersi a suo svantaggio.

Prendiamo il caso di quel creditore che a seguito di una fideiussione di un terzo, successiva al sorgere del credito, senza a ciò essersi obbligato, soprassiede per qualche tempo a richiedere il pagamento del debito. Nel frattempo il debitore originario diviene insolvente. Se il garante potesse non pagare qualificando la propria promessa come una donazione e sostenendo la nullità della stessa per mancanza della necessaria forma solenne, il creditore, indotto ad attendere dalla garanzia, vedrebbe la realizzazione del suo credito definitivamente compromessa. Nel caso di acollo interno, il creditore ignora l'intervento del terzo e dunque non può fare affidamento su esso.

In sintesi, in Italia l'esigenza di tutelare l'affidamento del creditore garantito induce gli interpreti a considerare irrilevante il carattere gratuito, liberale od oneroso della fideiussione, sottraendola così sempre e comunque alle regole della donazione<sup>49</sup>. Gli interpreti affermano che la causa di garanzia, diversa dalla *causa donandi*, è sufficiente a sostenere la promessa.

Anche nell'area della rinuncia alla restituzione, emerge chiaramente l'esigenza di tutelare il legittimo e ragionevolmente prevedibile affidamento del terzo acquirente del bene donato o titolare di un peso su di esso, indotto al negozio dalla rinuncia del legittimario: esigenza che configura un ulteriore e potente elemento a favore dell'ammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione.

### **In conclusione.**

Autonomia dell'azione di restituzione dall'azione di riduzione, espressa possibilità di rinunciare alla prima durante la vita del donante con efficacia post-ventennale, esigenza di proteggere l'affidamento legittimo, e ragionevolmente indotto, del terzo acquirente del bene donato o del titolare di un peso su di esso, persecuzione di interessi meritevoli di tutela quali la stabilità degli acquisti e l'agevolazione della circolazione dei beni immobili di provenienza donativa sono tutti elementi che supportano l'ammissibilità della rinuncia del legittimario, prima della morte del donante e con efficacia prima che siano decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, all'azione di restituzione da parte del terzo acquirente del bene donato oggetto di riduzione ed alla liberazione dai pesi imposti su di esso dal donatario allorché sia questo a restituire.

La rinuncia può concretarsi in un atto unilaterale del legittimario o in un accordo di questo con il donante, con il donatario o con il terzo acquirente o creditore ipotecario; può intervenire al momento della donazione oppure successivamente; può avere ad oggetto la rinuncia a chiedere la restituzione del bene all'acquirente dal donatario, all'acquirente successivo oppure a far venir meno i pesi imposti dal donatario, allorché questi restituisca; può essere a titolo gratuito, a titolo liberale (con possibile applicazione dello schema del

---

<sup>49</sup> GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale – Ai limiti della donazione*, Milano, 2002.

contratto con obbligazioni del solo proponente) o a titolo oneroso, ovvero posta in essere a fronte della corresponsione di un compenso a favore del legittimario rinunciante<sup>50</sup> (con possibile applicazione dello schema del contratto a favore di terzo).

Dal punto di vista formale, la rinuncia in esame non richiede la forma scritta per la sua validità, poiché essa non incide direttamente ed immediatamente sulla titolarità di diritti reali<sup>51</sup>. Vale invece la generale regola che impone la forma scritta per la prova dell'atto. Qualora la rinuncia integri un accordo liberale abdicativo, trattandosi di una donazione, scatterà la necessità dell'atto pubblico a pena di nullità<sup>52</sup>.

Poiché la rinuncia alla restituzione consuma la facoltà di perseguire i beni donati presso i terzi aventi causa dal donatario (tra essi comprendendosi anche i creditori ipotecari) con effetto limitato alla persona del rinunciante (art. 1372, comma 2 e 1324 c.c.), l'atto abdicativo, per essere praticamente efficiente, deve essere posto in essere da tutti i legittimari. In caso contrario infatti il terzo sarà solo parzialmente tutelato, di fronte al rinunciante e non di fronte agli altri.

Dal punto di vista temporale, in assenza di norma transitorie, gli interpreti ritengono che l'intervento modificativo degli artt. 561 e 563 cod. civ. si applichi a tutte le situazioni ancora aperte al momento dell'entrata in vigore della novella<sup>53</sup>. Ne consegue che la rinuncia risulta ammissibile con riferimento a tutte le ipotesi in cui non sia trascorso il ventennio e non sia intervenuta restituzione, a prescindere dalla data di trascrizione della donazione, prima o dopo il 2005.

---

<sup>50</sup> CAPRIOLI, *op. cit.*, 1096.

<sup>51</sup> Cass. 5-9-1989, n. 3851, in *Giust. civ. Mass.*, fasc. 8-9. Così richiedono la forma scritta la rinuncia ad un legato avente ad oggetto beni immobili in sostituzione della legittima (Cass. SU 29 marzo 2011, n. 7098, in *Giust. civ.*, 2011, 1709), la rinuncia a pretendere l'eliminazione di una veduta aperta ad una distanza inferiore da quella legale (Cass. 07-07-2006, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7); non richiedono invece la forma scritta in una compravendita immobiliare la rinuncia alla condizione sospensiva da parte del promissario acquirente di un bene immobile (Cass. 05-06-2008, n. 14938, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 883), la rinuncia a valersi degli effetti della condizione risolutiva (Cass. 05-09-1989, n. 3851, in *Giust. civ. Mass.*, fasc. 8-9) ed al diritto di domandare la risoluzione per inadempimento Cass. 16-02-1988, n. 1661, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 2). Non richiede la forma scritta la rinuncia a far valere l'usucapione (Cass. 28-05-1996, n. 4945, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 789).

<sup>52</sup> GIANOLA, *Atti liberali non donativi*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010, p. 69.

<sup>53</sup> GAZZONI, *op. cit.*, 18.