



MARIA ROSARIA LENTI

Avvocato

LA PROVENIENZA DONATIVA E IL PRECARIO EQUILIBRIO TRA TUTELA DEI LEGITTIMARI E CERTEZZA DEI TRAFFICI GIURIDICI

L'ordinamento prevede una tutela nei confronti dei legittimari in caso di lesione della riserva loro spettante. Essi infatti possono ottenere una reintegrazione della legittima mediante l'esercizio dell'azione di riduzione, volta a far dichiarare l'inefficacia, in tutto o in parte, delle disposizioni testamentarie e delle donazioni lesive.

Rese inefficaci le disposizioni, i legittimari hanno due possibilità per ottenere la restituzione dei beni in natura.

In primo luogo potranno agire verso i beneficiari delle disposizioni testamentarie e i donatari *ex art. 561 c.c.*

In secondo luogo, in seguito al giudicato di riduzione e solo dopo la vana escussione dei beni del donatario, i legittimari potranno esercitare l'azione di restituzione anche nei confronti degli aventi causa del donatario *ex art. 563 c.c.* (nonostante il silenzio della norma, pacificamente si ritiene che i legittimari possano agire anche contro gli aventi causa dei beneficiari delle disposizioni testamentarie).

Il terzo acquirente può però liberarsi dall'obbligo di restituzione in natura dei beni donati pagando l'equivalente in denaro.

L'art. 561 c.c. inoltre precisa che gli immobili vengono restituiti liberi da ogni peso o ipoteca, salvo il disposto di cui all'art. 2652, n. 8, c.c., e pertanto privi sia dei vincoli imposti dal donatario o dal legatario, sia di quelli posti dal terzo acquirente.¹

Il concetto di peso è da intendersi in senso ampio, riferendosi non solo a servitù e oneri reali, ma a qualsiasi diritto reale o personale, di godimento o di garanzia (anche se costituito senza la volontà del beneficiario, come nel caso di ipoteca legale), nonché ai vincoli di indisponibilità (sequestro, pignoramento).

La tutela dei legittimari trova il suo fondamento nella salvaguardia dei valori fondamentali della convivenza civile. Il legislatore difatti ha voluto tutelare i rapporti tra soggetti legati da un vincolo familiare particolarmente intenso e specificamente il principio di solidarietà familiare, come riconosciuto e tutelato dalla Costituzione.

¹L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, parte speciale, successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, XLIII, 2, Giuffrè, Milano, 1992, 301.



Tuttavia la tutela così formulata comporta numerose problematiche di ordine pratico in relazione ai trasferimenti immobiliari. Il timore dei potenziali acquirenti di vedersi sottratto il bene, in seguito all'esercizio dell'azione di restituzione da parte dei legittimari, ha ampiamente disincentivato l'acquisto di beni di provenienza donativa, così pregiudicando la circolazione dei beni oggetto delle disposizioni liberali. Inoltre, a causa dell'inefficacia di pesi e garanzie, conseguente al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, ormai nessun istituto bancario concede più mutui garantiti da ipoteca sugli immobili donati.

Le conseguenze sono particolarmente rilevanti. Infatti ne risulta compromesso l'utilizzo dello strumento donativo come negozio di regolamentazione dei rapporti patrimoniali familiari e ciò ha rappresentato un grave inconveniente in un periodo, quale quello iniziale del nuovo secolo, caratterizzato prima da una defiscalizzazione e poi da un regime fiscale agevolato.

D'altronde la modifica introdotta con il d.l. n. 35/2005, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, è stata piuttosto timida rispetto all'esigenza di rinnovare i meccanismi di tutela dei legittimari e di assecondare le moderne dinamiche economiche, eliminando ogni ostacolo alla libera commercializzazione dei beni donati.

La riforma limita solo temporalmente la possibilità di esercizio dell'azione di restituzione da parte dei legittimari. Difatti detta azione è ora esperibile entro venti anni dalla trascrizione della donazione: decorso tale termine il legittimario non può più ottenere dal terzo la restituzione dell'immobile.

Rimane inalterata la tutela prevista dall'art. 2652, n. 8, c.c., secondo cui sono fatti salvi gli acquisti dei terzi a titolo oneroso se la trascrizione della domanda giudiziale di riduzione avviene dopo dieci anni dall'apertura della successione e se gli acquisti sono compiuti sulla base di atti trascritti o iscritti prima della trascrizione della domanda.

È chiaro quindi che il terzo acquirente rimane esposto al pericolo di perdere il bene acquisito per molto tempo. Il periodo di "rischio" può avere una durata quasi trentennale, con la possibilità inoltre di un ulteriore prolungamento mediante la sospensione attuata con l'atto di opposizione, notificato e trascritto da parte del coniuge e dei parenti in linea retta del donante *ex art. 563, 4° comma, c.c.*

Cosa fare quindi per "porre al sicuro" l'acquisto del bene di provenienza donativa?

È evidente che, al fine di rendere inattaccabile il trasferimento donativo, a nulla serve, nel momento della stipula della donazione, valutare l'entità del patrimonio del donante e la cerchia dei soggetti aventi diritto alla legittima. Difatti il momento determinante per calcolare la quota di legittima e il numero dei legittimari è quello della morte del donante.

Inoltre non è possibile ipotizzare una rinuncia alla facoltà di impugnazione delle donazioni per lesione di legittima prima della morte del *de cuius* – donante. Una simile rinuncia sarebbe radicalmente nulla per violazione del divieto di cui all'art. 557 c.c.

Nel tentativo di neutralizzare gli effetti negativi derivanti dalla precarietà del titolo donativo,



consistenti nella perdita delle prospettive di concessione del credito da parte degli istituti bancari e di commercializzazione dei beni donati, la dottrina e la prassi si sono divise nell'elaborazione di soluzioni per tutelare il terzo acquirente².

Alcuni autori³ hanno ravvisato un primo rimedio nell'ampliamento della garanzia per evizione.

A tal proposito è necessario distinguere due ipotesi.

La prima si realizza quando la trascrizione della domanda dell'azione di riduzione avviene anteriormente a quella del trasferimento del bene donato al terzo acquirente. In tal caso la sentenza, che rende inefficaci le disposizioni donative, produce effetto direttamente nei confronti del terzo acquirente *ex art. 111 c.p.c.* Egli perciò si considera evitto di diritto della proprietà del bene e ha diritto al risarcimento dei danni da parte del venditore.

La seconda ipotesi invece si verifica quando la trascrizione della domanda giudiziale avviene successivamente alla trascrizione dell'acquisto del bene donato.

In tal caso è discussa l'automatica applicabilità dell'art. 1483 c.c.

Secondo autorevole dottrina e parte della giurisprudenza⁴ la causa dell'evizione deve essere preesistente al contratto di vendita. Nel caso di specie, invece, l'esercizio dell'azione di riduzione è successivo all'atto di alienazione al terzo e pertanto la tutela risarcitoria a favore dell'acquirente può essere riconosciuta solo se espressamente pattuita in via contrattuale, prevedendo una garanzia per evizione anche per fatti sopravvenuti.

Il rimedio dell'ampliamento convenzionale della garanzia per evizione presenta comunque dei profili di criticità e di inapplicabilità.

Difatti, poiché l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente viene esercitata solo dopo aver inutilmente escusso il patrimonio del donatario, è chiaro che, in virtù della garanzia rilasciata, il risarcimento verrà chiesto ad un soggetto – quale è il venditore-donatario – del quale è già stata accertata l'insolubilità. È evidente dunque come un simile rimedio abbia una scarsa utilità pratica se il terzo ha acquistato proprio dal donatario.

Tale soluzione dovrebbe quindi essere limitata a specifiche circostanze. Ad esempio, potrebbe essere adottata nel caso di costituzione di diritti reali limitati a favore di terzi, in quanto questa ipotesi è soggetta alla disciplina di cui all'art. 561 c.c., che sancisce l'immediata perdita di efficacia di detti diritti. In tale fattispecie difatti si esclude la possibilità di esercitare l'azione di restituzione, la quale attiene alla piena proprietà dell'immobile, e dunque, non essendovi la preventiva escussione del patrimonio del donatario, non è certa la sua insolvenza. Oppure, si può ricorrere all'ampliamento della garanzia per evizione quando la vendita viene compiuta dal ter-

² F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Not.*, 2002, 1, 93.

³ C. CACCAVALE, *Riducibilità del titolo di provenienza e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 2001, 6.

⁴ Cass. 24 novembre 1966 n. 2797, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1702; Cass. 4 dicembre 1967, n. 2867, in *Foro it.*, 1968, I, 2274.



zo acquirente, al fine di tutelare il subacquirente. In tal caso il destinatario dell'azione di restituzione ex art. 561 c.c. sarebbe un soggetto differente da colui che attua il trasferimento del bene donato e che ha rilasciato la garanzia per evizione. In questa circostanza, quindi l'insolvenza del donatario non pregiudica la possibilità per il subacquirente di ottenere concretamente una tutela risarcitoria, in quanto egli agirà nei confronti del terzo acquirente.

La prassi notarile ha rintracciato un possibile espediente per la risoluzione della problematica della provenienza donativa nella figura del mutuo dissenso della donazione, con conseguente attribuzione del bene al donante con effetto retroattivo e alienazione al terzo da parte dello stesso donante. In realtà la valutazione dell'attuabilità di tale soluzione riapre l'annosa e mai risolta questione relativa alla definizione della natura del mutuo dissenso.

Parte della dottrina⁵ e della giurisprudenza⁶ configura il mutuo dissenso come un negozio che ha una propria causa, consistente nello scioglimento consensuale del contratto posto in essere e nel relativo ripristino con efficacia retroattiva dello *status quo ante* ex art. 1372 c.c.

Altra parte della dottrina⁷ e della giurisprudenza⁸ però continua a negare una valenza autonoma a tale figura giuridica, ritenendo che per eliminare gli effetti della precedente donazione sia necessaria la stipula di una contro-donazione da parte del donatario a favore del donante. Le conseguenze di una collocazione del mutuo dissenso nell'alveo dei *contrarii actus* sono però devastanti, in quanto le problematiche connesse all'esperibilità dell'azione di riduzione da parte dei legittimari risultano raddoppiate: a quelle relative alla prima donazione devono associarsi quelle concernenti la contro-donazione.

La mancanza di una definizione dell'essenza del mutuo dissenso unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità rappresenta il limite effettivo di questo orientamento. Non può non rilevarsi inoltre l'incertezza che tale "precarietà definitoria" comporta sul piano fiscale. La qualificazione del mutuo dissenso quale *contrarius actus* – al pari di ogni trasferimento immobiliare a titolo gratuito – implicherebbe l'applicazione dell'imposta sulle donazioni, come previsto dal d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito nella legge 24 novembre 2006, n.

⁵ F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2007, 947; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 698; G. CAPOZZI, *Mutuo dissenso. Donazione di bene immobile. Atto di risoluzione. Ammissibilità. Effetti*, in *Vita not.*, 1973, 605; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Cod. Civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1998, artt. 1372-1373, 53; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, Milano, 1980, 280.

⁶ Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in *Riv. not.*, 1989, 219; Cass. 11 dicembre 1998, n. 12476, in *Not.*, 1999, 109; Cass. 11 aprile 2006, n. 8422, in *Contr.*, 2006, 11, 961; Cass. 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Riv. not.*, 2012, 5, 1181.

⁷ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, UTET, Torino, 1961, 519; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, XXI, Giuffrè, Milano, 1987, 874.

⁸ Trib. Catania 26 gennaio 1983, in *Vita not.*, 1984, 809, con nota di G. DE RUPERTIS, *Risoluzione di contratto immediatamente traslativo e pubblicità immobiliare*; Cass. 28 agosto 1990, n. 8878, in *Riv. not.*, 1991, 490; Cass. 7 marzo 1997, n. 2040, in *Contr.*, 1997, 6, 545, con nota di G. BONILINI, *La forma del mutuo dissenso*; Cass. 17 marzo 1999, n. 2382, in *Il fallim. e proc. concors.*, 2000, 7, 727.



286, e delle imposte ipotecarie e catastali in misura proporzionale⁹, come sancito dal d.lgs. del 31 ottobre 1990, n. 347, mentre la sua configurazione quale atto risolutorio – non connotato da alcun trasferimento – comporterebbe l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa¹⁰, come previsto dall'art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, e delle imposte ipotecarie e catastali in misura fissa, come rispettivamente disposto dall'art. 4 della tariffa allegata al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347 e dall'art. 10, 2° comma del medesimo decreto. È tuttavia da segnalare che l'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione 20/E del 14 febbraio 2014, riferendosi esclusivamente al mutuo dissenso di donazione, ha sancito l'applicazione delle imposte in misura fissa.

Altra prassi ha suggerito di ricorrere allo strumento della fideiussione a favore dell'acquirente, per danni derivanti dall'esercizio dell'azione di restituzione.

Si tratterebbe di una fideiussione indennitaria, connessa alla garanzia per evizione ampliata, e volta ad “assicurare” non la titolarità dell'immobile, bensì l'obbligo di risarcimento dei danni da evizione.

Anche tale *escamotage* in realtà non è privo di obiezioni.

Difatti, considerando il lungo periodo in cui può essere esercitata l'azione di restituzione, è improbabile che un istituto bancario o assicurativo rilasci una fideiussione di tale durata e non si può trascurare il fatto che, nel caso in cui ciò avvenga, l'operazione risulterebbe particolarmente costosa.

Inoltre detta garanzia dovrebbe essere rilasciata necessariamente da un terzo, dati i risvolti presumibilmente illeciti di una fideiussione costituita dai legittimari o dallo stesso donante.

Infatti non può non evidenziarsi come la garanzia concessa dai legittimari avrebbe come effetto quello di disincentivarli all'esercizio dell'azione di riduzione, divenuta economicamente inutile, in quanto sarebbero essi stessi a dover risarcire l'acquirente dell'immobile donato dei danni subiti per la privazione del bene. Analoghi sarebbero gli effetti in caso di fideiussione rilasciata dal donante in quanto i legittimari, divenendo eredi per il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, subentrerebbero nell'obbligo nascente dalla fideiussione¹¹.

In tali ipotesi sembrerebbe ravvisarsi una violazione dell'art. 1344 c.c., in quanto il rilascio della *fideiussio indemnitas* costituirebbe una elusione della disciplina a tutela dei legittimari. La fideiussione del donante si tradurrebbe in un “peso” evidente sulla legittima¹², violando il principio di intangibilità *ex art. 549 c.c.*, e quella dei legittimari realizzerebbe una rinuncia preventiva all'azione di riduzione, in contrasto con l'art. 557 c.c.

⁹ In tal senso L. NASTRI, *L'imposta di registro e le relative agevolazioni*, Giuffrè, Milano, 1993, 150.

¹⁰ In tal senso G. ARNAO, *Manuale dell'imposta di registro*, Ipsoa, Milano, 1999, 153; Circolare del Ministero delle Finanze 10 giugno 1986, n. 37, parte 12.

¹¹ M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario*, in *Riv. Not.*, 1998, 1135.

¹² Trib. Mantova 24 febbraio 2011, n. 228, in *Obbl. e contr.*, 2011, 6, 643.



Minoritaria è la tesi di chi¹³ sostiene di superare le difficoltà derivanti dalla provenienza donativa mediante una rinuncia preventiva all'azione di restituzione. Secondo tale impostazione, il divieto espresso dall'art. 557 c.c., secondo cui è inammissibile una rinuncia preventiva all'azione di riduzione, non sarebbe estendibile anche all'azione di restituzione. Il presunto legittimario potrebbe dunque, prima della morte del donante, rinunciare all'azione di restituzione del bene nei confronti dei terzi, con la conseguenza che, a seguito di tale rinuncia, in caso di lesione, potrebbe far valere le proprie pretese solo nei confronti del donatario.

Tuttavia, anche tale rimedio presenta profili di incertezza.

Difatti la rinuncia potrebbe essere esercitata solo dai legittimari accertati e presenti prima della morte del donante: non si eliminerebbe il problema degli eventuali legittimari sopravvenuti. Inoltre non manca chi¹⁴ ritiene che una simile operazione violerebbe comunque l'art. 458 c.c., che vieta qualsiasi atto con cui si rinuncia a diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta. Secondo tale tesi, quindi per "diritti" si devono intendere non solo quelli strettamente connessi, come l'azione di riduzione, ma anche quelli accessori e strumentali, come l'azione di restituzione contro il terzo acquirente. Dall'art. 458 c.c. potrebbe desumersi un divieto generale di rinuncia a diritti futuri per evitare il rischio di compimento di atti di dissipazione.

A ben vedere, la figura in esame non integra un patto successorio rinunciativo, in quanto il bene non è ormai più parte del patrimonio del donante-futuro *de cuius*. Sembrerebbe anche non esserci un problema di prodigalità perché la rinuncia all'azione di restituzione non viene compiuta in assoluto ma con riferimento ad una donazione determinata, di cui il rinunciante conosce il valore. Tuttavia è facile obiettare che il momento fondamentale per la determinazione del valore della donazione non è quello della rinuncia, bensì quello dell'apertura della successione.

Una possibilità per tutelare il terzo acquirente è, invece, quella di strutturare dall'origine una donazione con riserva per il donante di disporre di qualche oggetto della stessa (in questo caso l'immobile che si presume alienare) *ex art. 790 c.c.* L'ipotesi in questione presenta l'unico inconveniente di dover procedere ad una donazione con più oggetti (immobile e altro), in quanto, secondo l'orientamento prevalente, pena la nullità per frode alla legge, la riserva non può riguardare tutto (o l'unico) oggetto della donazione. È certo, però, che l'acquisto dal donante sarà privo di rischi per il terzo, in quanto il venditore-donante, esercitando la facoltà di disporre, avrà determinato la risoluzione della donazione dell'immobile.

In ultima istanza, merita menzione l'orientamento di quella parte della dottrina¹⁵ che ha pro-

¹³ G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Not.*, 2012, 4, 395.

¹⁴ C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Cedam, Padova, 1994, 51.

¹⁵ F. ANGELONI, *Nuove cautele*, cit., 947; F. VALENZA, *Novazione oggettiva e donazione*, in *FederNotizie*, 2011, 6, 248.



posto di ricorre allo strumento della novazione contrattuale, operando una sostituzione della causa liberale con quella della compravendita¹⁶.

Tale posizione ermeneutica, in realtà, parte dal presupposto che, nonostante il codice civile disciplini espressamente soltanto la novazione dell'obbligazione, sia ammissibile anche la novazione del contratto, consistente nella sostituzione della causa, purché lecita e compatibile con gli effetti già prodotti dal negozio novato¹⁷. L'ammissibilità della novazione contrattuale troverebbe una conferma nella previsione di cui all'art. 1230 c.c. della cosiddetta novazione causale, incentrata cioè sulla sostituzione del titolo e applicabile sia alle obbligazioni nascenti da contratti con effetti obbligatori, sia a quelle nascenti da contratti con effetti reali.

Per effetto della novazione dell'originario contratto di donazione, il donatario conserverà la titolarità dei beni, non in base al negozio donativo, ma in base alla vendita. Pertanto, venendo meno il titolo aggredibile ex art. 555 c.c., verrà preclusa ogni possibilità per i legittimari di vantare qualsiasi pretesa su tali beni.

La novazione, limitandosi a sostituire l'originaria causa donativa con quella della vendita, non realizzerebbe di per sé alcun trasferimento. Dunque essa non sarebbe soggetta all'intera disciplina relativa agli atti traslativi. Difatti sotto il profilo urbanistico, non vi sarebbe l'applicazione dell'intera normativa prevista per la cessione degli immobili di cui al d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 e alla legge 28 febbraio 1985, n. 47, mentre sotto il profilo fiscale, tale negozio sarebbe soggetto al pagamento dell'imposta di registro proporzionale ex art. 9 della parte prima della tariffa allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, che fa riferimento gli "atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale", all'imposta ipotecaria in misu-

¹⁶ Il donante potrà realizzare il suo originario intento liberale mediante la donazione del prezzo ricevuto dal donatario, mediante la remissione del debito da prezzo o non pretendendo il prezzo della vendita, avvalendosi del termine decennale di prescrizione. Tuttavia questi ultimi due rimedi appaiono maggiormente rischiosi, in quanto i legittimari potrebbero impugnare i negozi compiuti mediante un'azione di simulazione e procedere alla riduzione dell'originaria donazione. Della conformità della prima soluzione all'orientamento giurisprudenziale dubita G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Ipsoa, Milano, 2011, 12, 36 secondo cui non sarebbe da escludere che i legittimari possano aggredire direttamente l'immobile, in quanto sarebbe comunque oggetto di riduzione ciò di cui si è effettivamente arricchito il beneficiario, anche indirettamente, come sostiene Cass. 5 agosto 1992 n. 9282, in *Giust. civ.*, 1992, 12, I, 2991, con nota di F. AZZARITI, *Somma erogata per l'acquisto di un immobile intestato a soggetto diverso dall'acquirente e collazione*, e in *Foro it.*, 1993, I, 1544, con nota di C. DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui e collazione: il nuovo corso della cassazione si consolida*, e in *La nuova giur. civ. comm.*, 1993, 3, I, 373, con nota di F. REGINE, *Intestazione di beni immobili a nome altrui e donazione indiretta*; Cass. 15 novembre 1997, n. 11327, in *Riv. not.*, 1998, 1, II, 182.

¹⁷ Di analoga opinione C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 455; L. CARIO-TA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1958, 257 e 441; Cass. 18 gennaio 1982, n. 326, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass. 17 dicembre 1985, n. 6412, in *Foro it.*, 1986, I, 1582; Cass. 7 luglio 1997, n. 6145, in *Foro it.*, 1997, I, 3209; Cass. 25 novembre 2003, n. 17913, in *Contr.*, 2004, 927, con nota di D.A. MANGIALARDI, *La novazione nel contratto di locazione*; Cass. 11 luglio 1989, n. 3266, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, 1, 192, con nota di M. MARIANI, *Riduzione a termine dell'orario di lavoro e protrazione di fatto della riduzione oltre il termine*; Cass. 19 aprile 2003, n. 6369, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 775, con nota di A. RONDO.



ra fissa per la trascrizione di rettifica relativa alla nuova causa e non sarebbe soggetto ad alcuna imposta catastale.

La visione appena esposta si rivela però particolarmente audace, in quanto si basa su un presupposto – quale l’ammissibilità della novazione contrattuale – che non è così pacifico in dottrina¹⁸.

Infatti, secondo antitetico orientamento, non sarebbe concepibile la novazione del contratto, data la diversità rispetto al fenomeno descritto dal legislatore *ex art.* 1230 c.c.

La novazione dell’obbligazione è istituto caratterizzato dalla estinzione e costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio e dalla sostituzione degli effetti, mentre la novazione contrattuale è priva del momento estintivo, essendo invece connotata dalla permanenza degli effetti già prodotti dal contratto. Quindi la novazione sarebbe riferibile solo a rapporti obbligatori di durata e a vicende non esaurite.

La totale divergenza della natura dei due fenomeni suggerisce pertanto che la fattispecie *de qua* non venga qualificata come novazione, ma tutt’al più come modificazione del rapporto originario.

Si tratterebbe però di una modificazione non mera, che compromette l’esistenza stessa del negozio giuridico, in quanto gli elementi di novità incidono in maniera significativa sulla struttura e sulla configurazione giuridica del contratto. Difatti nel momento in cui si intacca la causa, l’intero acquisto viene meno.

Pertanto è chiaro che, così inquadrata, non sarebbe possibile nemmeno una modificazione della donazione in compravendita in quanto essa equivarrebbe a ridefinire causa e tipo di un negozio già pienamente attuato, senza risolverne gli effetti, avocando alle parti un potere riservato alla legge e al giudice.

Occorre però sottolineare che, anche qualora si ammettesse la novazione contrattuale, la soluzione innanzi proposta potrebbe rivelarsi pericolosa.

Non può dubitarsi, infatti, che il meccanismo donazione– accordo novativo– compravendita di fatto realizza un trasferimento immobiliare a titolo oneroso, anche se la novazione in sé non è traslativa. Pertanto sotto il profilo urbanistico, bisognerebbe far fronte all’assenza delle dichiarazioni prescritte *ex d.p.r. n. 380/2001* e delle relative allegazioni, nell’atto di donazione di terreni tra coniugi e parenti in linea retta, così come bisognerebbe ridefinire la questione della tassazione della novazione, in quanto essa potrebbe realizzare una elusione della disciplina fiscale in materia di compravendita.

¹⁸F. ALCARO-A. ALAMANNI, *Della novazione*, in *Comm. al cod. civ., Delle obbligazioni*, diretto da E. Gabrielli, Utet Giuridica, Torino, 2013, 384; G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e “riqualificazione della causa”*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 505.