

LA RISOLUZIONE DELLA DONAZIONE PER MUTUO DISSENSO

1. I problemi derivanti dalle donazioni

La soppressione dell'imposta di successione e di donazione con effetto dalle successioni aperte e dalle donazioni effettuate successivamente al 25 ottobre 2001 ha moltiplicato a dismisura le donazioni immobiliari. Sono in conseguenza notevolmente aumentati e potranno ancora aumentare con l'aumentare delle donazioni anche gli atti immobiliari le cui provenienze consistano in donazioni.

In questi casi sono noti i problemi che possono potenzialmente derivare agli aventi causa dai donatari e da chi ha acquistato dai donatari, siano essi acquirenti di un diritto di proprietà o di un diritto reale parziario o titolari di un diritto reale di garanzia (ipoteca) su immobili provenienti da donazioni. I problemi derivano dalle conseguenze dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione da parte del legittimario leso e dal correlativo esperimento dell'azione di restituzione sugli immobili, che furono oggetto di donazione con la sua tipica retroattività reale. Come noto, in dipendenza dell'esperimento dell'azione di riduzione i legittimari possono chiedere la restituzione degli immobili trasferiti con l'atto di donazione anche nei confronti di coloro che abbiano a loro volta acquistato i beni dal beneficiario della donazione, qualora il patrimonio personale del donatario sia insufficiente a far fronte alla pretesa del legittimario, salva solo la facoltà del terzo acquirente aggredito con l'azione di restituzione di liberarsi dall'obbligo di restituire il bene in natura pagando l'equivalente in denaro (ex art. 563 Cod. Civ.). Inoltre l'immobile viene restituito libero da qualsiasi vincolo, peso o ipoteca di cui il donatario o, in caso di successiva alienazione, l'acquirente dal donatario (o il suo eventuale avente causa) può averlo gravato, compresa ad esempio l'ipoteca accesa a garanzia di un mutuo e concessa dal donatario o dal suo avente causa a qualsiasi titolo (art. 561 Cod. Civ.).

Le azioni che competono ai legittimari lesi possono inoltre essere esercitate in via surrogatoria ex art. 2900 Cod. Civ. anche dai creditori dei legittimari (che vanno compresi tra gli aventi causa contemplati dal comma 1 dell'art. 557).

Si ritiene anche che la rinuncia all'azione di riduzione possa essere revocata dai creditori dei legittimari.

2. La difficile tutela dell'acquirente di un immobile pervenuto al venditore per donazione.

I principi del nostro ordinamento a tutela dei legittimari lesi rendono potenzialmente impossibile la tutela di chi ha acquistato l'immobile a qualsiasi titolo da un soggetto che, a sua volta, ha avuto l'immobile per donazione per le seguenti ragioni:

A) il nostro ordinamento assicura alla categoria dei legittimari una protezione assoluta; il codice civile prevede che in nessun caso si possano pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari (art. 457 comma 2 Cod. Civ.) e che il testatore non può imporre pesi e condizioni sulla quota spettante ai legittimari (art. 549 Cod. Civ.); si parla al riguardo di successione necessaria, perché alcuni familiari (i legittimari), cioè il coniuge, i figli (legittimi, naturali, legittimati ed adottivi) e, in assenza di figli, gli ascendenti legittimi non possono non ricevere una quota del patrimonio ereditario fissata dalla legge, anche contro la diversa volontà del de cuius che non potrebbe disporre diversamente o con il testamento o con donazioni effettuate in vita pena l'inefficacia delle disposizioni lesive in caso di esperimento vittorioso dell'azione di riduzione da parte del legittimario leso; il sistema di tutela dei legittimari lesi (basato, come detto, sulla possibilità di esperimento dell'azione di riduzione offre una sola eccezione per gli acquirenti di beni immobili con provenienza da atto di donazione: nel caso in cui la trascrizione della domanda di riduzione della donazione sia eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione periodo corrispondente a quello di

prescrizione dell'azione la sentenza che l'accoglie non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti sull'immobile in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda; e ciò a prescindere dalla buona fede del terzo, cioè dall'eventuale conoscenza che il terzo abbia della lesione di legittima e/o del giudizio pendente. La regola dettata dall'art. 2652 comma 1 n. 8 Cod. Civ. vale sia nel caso di alienazione sia nel caso di costituzione di pesi ed ipoteche (art. 561 Cod. Civ.), poiché il predetto art. 2652 comma 1 n. 8, oltre alle trascrizioni, fa salve, alle stesse condizioni, le iscrizioni.

Nell'ipotesi in esame, trovano applicazione le seguenti regole:

- 1) è irrilevante, ai fini della non soccombenza dei terzi subacquirenti, la priorità della trascrizione del loro titolo rispetto alla trascrizione della domanda di riduzione avvenuta entro dieci anni dall'apertura della successione. Il legislatore, in tale ipotesi, ha derogato al principio generale della prevalenza dell'antiorità della trascrizione, per consentire al legittimario leso di sfruttare a pieno, anche nei confronti dei terzi, il termine concessogli per l'esercizio delle azioni di riduzione e di restituzione;
- 2) nel caso in cui la trascrizione della domanda di riduzione avvenga dopo dieci anni dall'apertura della successione, la salvezza dei terzi subacquirenti è subordinata alla normale condizione che costoro abbiano trascritto il loro acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione;
- 3) la tutela dei terzi subacquirenti è subordinata all'onerosità dell'acquisto (la norma in esame parla infatti di terzi che hanno acquistato a titolo oneroso);
- 4) non è richiesta nel terzo la buona fede;
- 5) la sentenza di accoglimento della domanda di riduzione produce l'opponibilità del giudicato ai subacquirenti dal convenuto soccombente;

B) Il privilegio totale nel nostro sistema giuridico delle ragioni dei legittimari rispetto a quelle degli aventi causa dei donatari, compromette la commerciabilità dei beni che hanno formato oggetto di donazione.

La disciplina codicistica si risolve in una sostanziale incommerciabilità degli immobili che abbiano formato oggetto di donazione. Si può allora affermare che il sistema attuale, da un lato, colpisce il principio della libera commerciabilità dei beni, dall'altro, viene a frustrare qualsiasi volontà di sistemazione successoria familiare per la quale si ritenga opportuno e conveniente adottare lo strumento della donazione; queste considerazioni hanno determinato la presentazione, su iniziativa ministeriale, al Senato della Repubblica del disegno di legge, denominato Nuove norme in materia di trascrizione dell'azione di riduzione. Il disegno di legge mantiene l'attuale disciplina solo limitatamente alle disposizioni testamentarie, introducendo, dopo il n. 8 del comma 1 dell'art. 2652 un n. 8-bis, dove si disciplina la sola ipotesi dell'azione di riduzione nei confronti di donazioni, con la previsione che l'avente causa a titolo oneroso del donatario in base a un atto trascritto e iscritto prima della trascrizione della domanda di riduzione non sarà pregiudicato dalla sentenza che accoglie tale domanda, rendendo così inapplicabile il disposto degli artt. 561 e 563 Cod. Civ.; il disegno di legge elimina in tal modo la situazione di incertezza e la sostanziale inalienabilità che incide pesantemente sui beni acquisiti dal donatario e dai suoi aventi causa a qualsiasi titolo, contemperando come sottolineato nella relazione ministeriale al disegno di legge la ratio di una migliore circolazione dei beni con l'indiscusso favor del legittimario leso;

C) la delimitazione dei soggetti, aventi diritto alla legittima, può essere effettuata solo al momento della morte del donante (e quindi anche dopo molti anni dall'atto di donazione). Se al momento della donazione non esistono soggetti aventi diritto alla legittima, potrebbe essere sempre possibile che ne sopraggiungano: non solo dopo l'atto di donazione (come nei casi di sopravvenienza di figli, anche naturali, di

dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturali nei confronti del donante, di successivo matrimonio del donante), ma anche dopo la morte del donante (come nei casi di riconoscimento per testamento di un figlio naturale o di esperimento vittorioso dell'azione post mortem del donante ex art. 270 Cod. Civ. di riconoscimento di paternità o maternità naturale);

D) la delimitazione dell'entità del patrimonio sul quale effettuare il calcolo della quota di legittima deve essere effettuata solo con riferimento al momento della morte del donante; può pertanto accadere che il pur notevole patrimonio personale del donante al momento della donazione in base al quale era difficile, in quel momento, prevedere una potenziale lesione dei diritti dei legittimari successivamente si riduca drasticamente, in modo tale da determinare la lesione stessa;

E) non è consentito rinunciare alla facoltà di impugnare la donazione prima della morte del donante (ex art. 557 Cod. Civ.); i legittimari, in base al comma 2 dell'art. 557 Cod. Civ. non possono rinunciare nell'atto di donazione o in un atto separato a questo diritto finché viva il donante (né direttamente, con una dichiarazione espressa, né indirettamente, prestando il loro consenso alla donazione). L'azione è irrinunciabile durante la vita del de cuius perché il diritto a cui mirerebbe la rinuncia non è ancora sorto (cosiddetta inattualità del diritto): il legittimario, prima della morte del de cuius, è solo un potenziale successore e come tale non ha alcun diritto sul patrimonio del soggetto ancora in vita né può sindacare il modo in cui quest'ultimo gestisce i propri beni, essendo, il legittimario potenziale, titolare solo di una aspettativa di fatto non tutelata giudizialmente. Inoltre la rinuncia anticipata all'azione di riduzione vivendo il de cuius concretizzandosi in una rinuncia, in tutto o in parte, alla quota di legittima, consisterebbe in un patto successorio nullo ex art. 458 Cod. Civ. in quanto attuato prima dell'apertura della successione.

3. Lo scioglimento volontario della donazione: il mutuo dissenso

Quale rimedio per recuperare la commerciabilità dell'immobile o per consentire che sull'immobile possa essere concessa ipoteca a garanzia di un finanziamento si è prospettata la necessità che le parti dell'atto di donazione (donante e donatario) addivengano al preventivo scioglimento consensuale della donazione effettuata, in modo da ripristinare la situazione anteriore alla donazione e per far alienare il bene direttamente dal donante anziché dal donatario o per far concedere direttamente dal donante la garanzia ipotecaria sull'immobile. Con l'espressione scioglimento del contratto per mutuo consenso o per mutuo dissenso ci si riferisce all'accordo con cui le parti della donazione (donante e donatario) estinguono il precedente atto (l'art. 1372 Cod. Civ. prevede che il contratto, che ha forza di legge tra le parti, non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge). Con l'atto di mutuo dissenso della donazione si produce pertanto la risoluzione consensuale della donazione, il suo annientamento ed il ripristino con effetto retroattivo dello status quo ante. Si tratta di un negozio ripristinatorio a mezzo di un accordo risolutorio che comporta la riviviscenza dell'atto di provenienza originario e anteriore all'atto di donazione.

L'immobile ritorna in tal modo al donante che, proprietario in base al primitivo suo titolo di provenienza, può addivenire all'atto di alienazione con il terzo.

Il terzo con l'alienazione a lui fatta diventa in tal modo proprietario dell'immobile nei cui titoli di provenienza dei precedenti proprietari sono escluse donazioni (sottoposte come visto potenzialmente alla possibilità dell'esperimento delle azioni di riduzione e di restituzione dei legittimi lesi).

Si eliminerebbero così i problemi su esposti.

4. La struttura dell'atto di scioglimento volontario (mutuo dissenso) della donazione. Il negozio risolutorio.

L'atto di mutuo dissenso del contratto di donazione ha le seguenti caratteristiche:

a) l'efficacia estintiva

alle parti è dal nostro sistema giuridico consentito estinguere un rapporto giuridico patrimoniale sciogliendo per mutuo consenso o, per meglio dire, per mutuo dissenso un contratto (artt. 1321 e 1372 Cod. Civ.).

Oltre che costituire e regolare rapporti giuridici patrimoniali, alle parti è come noto permesso con il loro potere estintivo disporre in senso inverso a quanto precedentemente pattuito, ponendo fine al contratto già stipulato o meglio eliminandolo dal mondo giuridico. Il nuovo accordo consiste in una ritrattazione consensuale del precedente contratto. Gli effetti che si producono consistono come detto precedentemente nel ripristino della situazione anteriore: è come se il primo contratto non fosse mai intervenuto, gli effetti vengono cancellati con l'eliminazione del contratto. Si può parlare di effetti eliminativi o di contratto eliminativo o di contratto a controvicenda o di contratto tendente all'annientamento del precedente o di negozio di secondo grado e neutro per contrapporlo al negozio di primo grado (la donazione oggetto di mutuo dissenso);

b) l'efficacia retroattiva

La donazione si risolve con effetto retroattivo (*ex tunc*) ed il donante è ripristinato nella proprietà e nel possesso del bene donato con decorrenza dall'atto di donazione, continuando il donante a rimanere titolare del diritto in base al suo titolo primitivo, col quale il medesimo donante aveva acquistato e quindi ab origine. Nella redazione dell'atto di scioglimento volontario della donazione si dovrà mettere ben in evidenza lo scopo perseguito dalle parti se naturalmente è questo lo scopo voluto di ripristinare la situazione giuridica identica a quella precedente, eliminando il primo atto (la donazione) dal mondo giuridico e ricostituendo la situazione *quo ante*;

c) la non efficacia traslativa

Poiché l'atto di mutuo dissenso ripristina la situazione precedente con effetti eliminativi il mutuo dissenso non determina alcun effetto traslativo. Non si verifica cioè un ritrasferimento dell'immobile dal donatario al donante come vuole la teoria che si esaminerà più avanti del *contrarius actus*;

d) la partecipazione all'atto di risoluzione per mutuo dissenso di tutti i soggetti che sono stati parti del contratto da rimuovere ed il permanere della fattispecie in capo alle parti originarie. Se dopo la donazione il donatario ha alienato la proprietà del bene a terzi, il donatario non ha più il potere di disposizione in ordine alla situazione giuridica da rimuovere. Il problema in questo caso non potrebbe essere risolto attraverso l'intervento del solo terzo subacquirente, anziché del donatario: il terzo subacquirente non ha più alcun potere dispositivo, sia in quanto egli non è stato parte del contratto da risolvere per mutuo dissenso, sia in quanto ha acquistato il diritto in forza di una fattispecie acquisitiva autonoma e distinta dalla donazione precedente.

Analogamente non si potrà addivenire all'atto eliminativo nell'ipotesi in cui si è disposto dell'immobile concedendovi un'ipoteca o costituendo un diritto reale parziario, come l'usufrutto o una servitù passiva. Non si potrà, pertanto, addivenire al contratto eliminativo qualora la donazione ha già spiegato effetti verso terzi.

Se con l'intervento del donante e del donatario e se dopo la donazione il donatario non ha disposto del bene ricevuto a favore di terzi è possibile addivenire allo scioglimento della donazione per mutuo dissenso, naturalmente a fortiori è possibile eliminare la donazione nel caso in cui il contratto di donazione non si sia ancora

perfezionato, come nell'ipotesi di donazione unilaterale, nella quale non è ancora intervenuta l'accettazione del donatario: in questo caso, tuttavia, si dovrà utilizzare l'istituto della revoca della donazione non ancora accettata dal donatario ad opera del donante (art. 782 commi 2 e 3 Cod. Civ.);

e) la forma dell'atto pubblico alla presenza dei testimoni

La risoluzione per mutuo dissenso dovrà rivestire la forma scritta, avendo per oggetto diritti reali su beni immobili ex art. 1350 nn. 1, 2, 3, 4 e 5 Cod. Civ. in armonia al principio generale presente nel nostro diritto civile in base al quale qualsiasi tipo di vicenda che ha per oggetto diritti reali su beni immobili comporta la necessità della forma scritta. Sarà necessaria poi la forma della scrittura privata autenticata e dell'atto pubblico se si vuol procedere alla trascrizione dell'atto per renderlo opponibile ai terzi ex art. 2657 comma 1 2659 comma 1 n. 2 e 2655 Cod. Civ.

Ma, con riferimento al mutuo dissenso di un atto di donazione come la donazione deve rivestire la forma dell'atto pubblico alla presenza di due testimoni, a cui le parti non possono rinunciare a pena di nullità (art. 782 comma 1 Cod. Civ. ed artt. 47 e 48 legge notarile 16 febbraio 1913 n. 89) anche la risoluzione della donazione per mutuo dissenso dovrà rivestire la stessa forma dell'atto pubblico alla presenza dei testimoni.

Tale forma deve essere adottata anche per il contratto di annientamento della donazione, poiché quest'ultimo l'atto di mutuo dissenso (il cosiddetto negozio di 2 grado) e il negozio annientato l'atto di donazione (il cosiddetto negozio di 1 grado) investono lo stesso assetto di interessi, pur regolandolo in modo opposto e conseguentemente vale il principio di simmetria per cui il negozio accessorio mutua da quello principale, sul quale è destinato ad incidere, la forma;

f) la non produzione di effetti sfavorevoli per i terzi.

La stipula dell'atto di mutuo dissenso non produce effetti sfavorevoli a danno dei terzi. E ciò in base al principio generale di cui all'art. 1372 comma 2 Cod. Civ. che il contratto non può produrre effetti rispetto ai terzi, salvi i casi previsti dalla legge; e anche in base alla norma di cui all'art. 1458 comma 2 Cod. Civ. secondo la quale la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non può pregiudicare i diritti acquistati dai terzi. Quindi, i terzi che hanno acquistato diritti sugli immobili, oggetto dell'atto di mutuo dissenso, non potranno essere pregiudicati. Neppure potranno essere pregiudicati i creditori che, prima della conclusione dell'atto di mutuo dissenso, abbiano ipotecato, pignorato o sottoposto a sequestro conservativo l'immobile oggetto dell'atto di donazione, poi risolto per mutuo dissenso.

5. Trascrizione dell'atto di mutuo dissenso della donazione

La pubblicità immobiliare ex art. 2643 ss. Cod. Civ. dell'atto di mutuo dissenso della donazione si potrà attuare attraverso l'annotazione in margine alla trascrizione dell'atto di donazione (art. 2655 Cod. Civ.). Secondo il nostro sistema di pubblicità immobiliare, qualora un atto trascritto o iscritto sia dichiarato in base a una sentenza o a una convenzione nullo o annullato o risolto o rescisso o revocato o sia soggetto a condizione risolutiva, la dichiarazione di nullità e l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revocazione e l'avveramento della condizione devono annotarsi in margine alla trascrizione o all'iscrizione dell'atto (art. 2655 comma 1 Cod. Civ.). Titoli per l'annotazione sono, oltre alla sentenza, anche la convenzione da cui risultino i fatti che hanno causato il venir meno degli effetti prodotti dall'atto precedentemente trascritto. Nella nozione di convenzione impiegata dall'art. 2655 comma 4 Cod. Civ. va ricompreso anche il contratto di mutuo dissenso, che produce la risoluzione del precedente contratto di donazione.

L'annotazione così eseguita, con il suo collegamento alla trascrizione, produce la conoscibilità legale dell'atto di risoluzione.

6. La teoria del contro-negozio e quella dell'atto di adempimento traslativo

In merito all'atto di risoluzione per mutuo dissenso è diffusa la teoria secondo la quale gli effetti negoziali una volta verificatisi non potrebbero ormai essere più eliminati. Ne deriverebbe che la risoluzione del contratto per mutuo dissenso si concretizzerebbe non in un negozio risolutorio, ma in un contronegozio, vale a dire in un negozio (il negozio di 2 grado) avente un contenuto uguale e contrario al primo negozio (negozio di 1 grado) e definito come *contrarius actus*.

Secondo questa teoria, le parti, per ritornare alla posizione giuridica preesistente, potrebbero soltanto concludere un altro contratto con effetti traslativi *ex nunc*, in cui l'attuale proprietario che assumerebbe la figura di alienante trasferirebbe l'immobile al precedente proprietario che pertanto assumerebbe la figura di acquirente.

Questo indirizzo si basa sul principio della irreversibilità degli effetti negoziali già prodotti e sulla natura eccezionale della retroattività, che non rientrerebbe nella competenza dispositiva dei privati, se non in presenza di una espressa previsione normativa. Il potere di influire sul passato secondo questa dottrina sarebbe un potere eccezionale per gli stessi organi dello Stato, potere che, a maggior ragione, non potrebbe essere riconosciuto ai privati, escludendosi sempre secondo questo orientamento che l'autonomia privata negoziale possa disporre la retroattività.

Questo indirizzo, inoltre, evidenzia gli effetti gravi che un atto retroattivo avrebbe nei confronti dei terzi. Secondo altro orientamento, la retroattività ammessa da alcuni autori del negozio di mutuo dissenso potrebbe essere prevista soltanto per i contratti ad effetti obbligatori o per i contratti che non hanno ancora avuto esecuzione. Secondo altra teoria che ritiene possibile porre nel nulla gli effetti di un contratto, traslativo o costitutivo, solo se gli effetti non si siano ancora prodotti per addivenire all'estinzione del contratto, occorrerebbero due negozi: un negozio obbligatorio (l'atto di mutuo dissenso) dal quale nascerebbe esclusivamente l'obbligo di ritrasferimento e un successivo atto di adempimento al precedente che farebbe rientrare il bene nel patrimonio dell'alienante.

Questa teoria è stata definita dell'atto di adempimento traslativo.

7. La teoria del negozio risolutorio

L'orientamento qui sostenuto al § 4 si basa sulla teoria del mutuo dissenso come negozio avente natura giuridica di negozio risolutorio diretto ad eliminare il precedente negozio e di negozio ripristinatorio diretto a ripristinare completamente la situazione precedente con effetti retroattivi rimuovendo ab origine la fattispecie contrattuale. La teoria del negozio risolutorio seguita da una dottrina numerosa si basa su fondamenti normativi e su argomenti logici che giustificano la preferenza della teoria del negozio risolutorio rispetto alla teoria del *contrarius actus*. In merito ai fondamenti normativi, l'indirizzo qui sostenuto si basa sul disposto degli artt. 1321, 1372 comma 1 seconda parte, 2655 commi 1 e ultimo Cod. Civ.

L'art. 1321 nel definire il contratto come l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale prevede fra le varie figure di contratto, la figura del contratto estintivo che ha lo scopo di estinguere, eliminandolo, un precedente contratto, qualunque sia la sua efficacia, obbligatoria o reale. La norma fa riferimento, indistintamente, ad una figura unitaria di contratto e, pertanto, a tutti i tipi di contratto, compresi i contratti ad effetti reali. Se la norma avesse voluto limitare la sua previsione solo ad alcuni tipi di contratti come quelli che non hanno prodotto effetti reali e quelli ad esecuzione continuata (come è sostenuto dall'indirizzo dottrinale contrario) lo avrebbe previsto inserendo un limite che il testo di legge non riporta (si ricorda che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

La portata della norma deve considerarsi quindi di carattere generale.

Anche l'art. 1372 dispone in modo generico ed onnicomprensivo (prevedendo che il contratto non può essere risolto che per mutuo dissenso o per cause ammesse dalla legge). Invece secondo l'esaminata teoria contraria (quella del *contrarius actus*) l'istituto del mutuo dissenso risolutorio non troverebbe applicazione quando il diritto reale sia già stato trasferito o costituito (e si sono, pertanto, prodotti gli effetti reali): le parti secondo questo indirizzo potranno realizzare il risultato voluto (l'eliminazione degli effetti reali del negozio) solo attraverso un altro negozio giuridico traslativo dall'attuale titolare del diritto reale al precedente titolare o con una donazione in senso opposto o con una compravendita in senso opposto.

Alla teoria del *contrarius actus* si può però opporre che l'atto contrario non permette di instaurare, con la retrocessione del diritto reale, la situazione giuridica anteriore come avviene nel mutuo dissenso risolutorio ma instaura una nuova posizione giuridica, non identica a quella anteriore, seppur eventualmente simile: con una controdonazione, nella quale il donatario diventa donante, e con una controvendita, nella quale l'acquirente diventa venditore, non si ripristina esattamente la situazione precedente. L'atto contrario è, infatti, sottoposto ad una specifica e propria disciplina e può portare a risultati sconcertanti: alla prima donazione ma anche alla seconda donazione potrebbero infatti ritenersi applicabili gli istituti dell'azione di riduzione, della collazione e della revocazione per sopravvenienza di figli, essendo e rimanendo un negozio autonomo rispetto al successivo *contrarius actus*.

A questo riguardo, in dottrina, è stato riportato un efficace esempio. Si pensi al caso di Tizio che dona a Caio il fondo Tuscolano (unico suo bene) e di Caio che successivamente glielo restituisce con una controdonazione. I figli di Tizio, dopo la sua morte, non trovando il fondo nel patrimonio di Tizio, avendolo egli dopo la controdonazione alienato a terzi, potranno agire in riduzione nei confronti del donatario Caio, nonostante questi abbia restituito il fondo a Tizio.

Ma la cosa si complica con l'esame del secondo negozio (la controdonazione): anche i figli di Caio (e non solo i figli di Tizio per il primo negozio) potranno agire in riduzione, con l'impugnazione della controdonazione. E ciò perché il *contrarius actus* in questa ipotesi ha natura giuridica di donazione, potendo anche in questo caso riproporsi i problemi relativi alla revocazione, alla collazione ed all'azione di riduzione. È chiaro, pertanto, che nell'ipotesi in cui le azioni fossero accolte, gli effetti sarebbero devastanti: non solo non si raggiungerebbero gli effetti voluti con il *contrarius actus*, ma, addirittura, si creerebbero altri problemi.

Questi problemi vengono evitati se si aderisce alla tesi del mutuo dissenso come negozio giuridico avente natura risolutoria e, in conseguenza, anche ripristinatoria, con l'effetto ultimo di ripristinare completamente la situazione precedente: poiché è stata eliminata, dal mondo giuridico, la donazione, non si potrà più agire con l'azione di riduzione. Inoltre nel *contrarius actus* la causa è diversa: la causa non è l'eliminazione del contratto precedente, come nel mutuo dissenso risolutorio, ma la causa è quella del contronegocio che in concreto si vuole compiere. Per contrastare la teoria del *contrarius actus*, è stato riportato in dottrina un esempio scherzoso:

Tizio ha donato a Caia, sua amante, alcuni gioielli; troncata la relazione per il comportamento offensivo di Tizio, Caia, non intendendo tenere quei doni, d'accordo con Tizio, decide di restituirglieli. Ebbene è assurdo ravvisare nel secondo atto una nuova donazione, mancando l'*animus donandi* di Caia, che è ormai in cattivi rapporti con Tizio. La teoria del *contrarius actus* può essere facilmente confutata anche con le seguenti osservazioni. Come è possibile ravvisare un atto contrario nella maggior parte dei contratti ad effetti obbligatori? Come è stato efficacemente sottolineato per risolvere un contratto di locazione o di appalto, utilizzando la teoria del *contrarius actus*, il locatore diventerà, locatario? Il committente diventerà appaltatore?; si

sostiene, inoltre, che con la restituzione il donante e i suoi eredi abbiano raggiunto lo scopo a cui tenderebbe l'azione di riduzione per lesione della legittima. Soluzioni lontane dall'effettiva volontà delle parti.

Altro fondamento normativo a sostegno della teoria del negozio risolutorio lo si desume come già accennato dall'art. 2655 Cod. Civ. da cui risulta testualmente l'ammissibilità di una convenzione risolutoria con particolare riferimento a fortiori al trasferimento di beni immobili. Il comma 1 dispone che la risoluzione di un atto trascritto o iscritto deve essere annotata in margine alla trascrizione o alla iscrizione dell'atto. L'ultimo comma dispone inoltre che l'annotazione si opera sia in base a sentenza sia in base a convenzione da cui risulti la risoluzione. Poiché la norma è dettata per i negozi traslativi o costitutivi di diritti reali, è così dimostrato in modo inequivocabile che questi tipi di contratto possono essere oggetto di un contratto risolutorio. Non può certo sostenersi a confutazione della tesi del negozio risolutorio che l'art. 2655 commi 1 e 2 del Cod. Civ. si riferisca al contrarius actus, poiché quest'ultimo negozio deve essere oggetto di una trascrizione autonoma ex art. 2643 Cod. Civ., mentre il negozio risolutorio in base al disposto dell'art. 2655 è oggetto di annotazione, che è una pubblicità accessoria rispetto all'altra pubblicità principale, che ne è il presupposto. Nella teoria che si sostiene il negozio risolutorio produce come detto effetti retroattivi, eliminando ab origine il negozio che si vuole risolvere dal mondo giuridico. Alla dottrina che nega questa retroattività basandosi sull'argomento del carattere eccezionale della retroattività (che potrebbe essere operata solo dal legislatore e non dall'autonomia privata) e sull'argomento della salvaguardia dei diritti dei terzi acquistati medio tempore (tra il 1 e il 2 negozio) si può efficacemente opporre che la retroattività convenzionale non è inibita da alcuna norma: il nostro ordinamento non impedisce che la volontà delle parti possa prevedere che gli effetti del negozio stipulando retroagiscano ad un momento precedente. In merito all'altra osservazione (la salvaguardia dei diritti acquistati dai terzi medio tempore), va osservato che i diritti dei terzi non sono in ogni caso pregiudicati: in base al principio della relatività degli effetti del contratto, di cui all'art. 1372 comma 2 Cod. Civ., il contratto non può produrre effetti rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge; principio ribadito anche all'art. 1458 comma 2 del Cod. Civ., secondo cui la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi (salvo gli effetti della trascrizione).

Gli effetti della risoluzione retroagiscono solo tra le parti (salvo l'ipotesi di esecuzione continuata, in cui le prestazioni già eseguite restano ferme) e pertanto l'acquisto dei terzi non può essere pregiudicato dalla volontà delle parti stesse.