

IL NEGOZIO DI ACCERTAMENTO DI PRECEDENTI LIBERALITÀ INDIRETTE E IL MUTUO DISSENSO DI DONAZIONE

di Alessandro Torroni

Relazione svolta al Convegno “Dialogo tra notai sulla circolazione degli immobili di provenienza donativa: nuove soluzioni e riflessi sull’attività negoziale”, svoltosi a Rimini l’11 aprile 2014.

1. La rilevanza della donazione nella successione del donante.

La donazione presenta uno stretto collegamento con la disciplina successoria del donante come si ricava da diverse norme fondamentali del sistema successorio, e precisamente dalle norme che disciplinano la riunione fittizia del *relictum* al *donatum* (art. 556 c.c.), l’imputazione *ex se* (art. 564, comma 2 c.c.) e la collazione (artt. 737 ss.). Queste norme sono accomunate dalla finalità di attrazione, nella successione a causa di morte, delle liberalità compiute dal defunto in vita¹.

L’operazione centrale per determinare la consistenza del patrimonio del *de cuius* e la quota di riserva spettante ai legittimari è disciplinata dall’art. 556 c.c. e consiste nella i) formazione di una massa di tutti i beni che appartenevano al defunto al tempo della morte; ii) nella detrazione dei debiti; iii) nella riunione fittizia, cioè contabile, dei beni di cui il defunto ha disposto per donazione, direttamente o indirettamente, secondo il loro valore al tempo dell’apertura della successione; iv) sull’asse così formato si calcola il valore della quota di riserva e di quella disponibile.

L’istituto dell’imputazione *ex se* impone al legittimario, prima di poter chiedere la riduzione delle disposizioni che assume essere lesive della sua quota di legittima, l’obbligo di imputare alla sua porzione legittima le donazioni a lui effettuate, salvo che sia stato espressamente dispensato (art. 564, comma 2 c.c.). La ragione dell’istituto va cercata nell’intento legislativo di circoscrivere l’ambito dell’azione di riduzione². Deve, cioè, presumersi che le donazioni fatte in vita dal *de cuius* a favore di un legittimario siano delle anticipazioni della sua quota di legittima; non ci sarà, pertanto, lesione se le predette liberalità riescano a formare il valore della legittima stessa.

La donazione in favore dei figli legittimi e naturali, dei loro discendenti legittimi e naturali e del coniuge è soggetta a collazione, salvo che vi sia stata dispensa da parte del defunto. La dispensa non produce effetti se non nei limiti della disponibile (art. 737).

Secondo la tesi prevalente in dottrina, il fondamento della collazione dei beni donati deve rinvenirsi nel considerare come una sorta di *anticipazione di eredità* la donazione effettuata in favore di persone legate da stretti vincoli di parentela: pertanto, se non risulta una dispensa da parte del donante, all’apertura della successione il bene donato deve essere considerato come un acconto, se non il saldo, della quota ereditaria³.

Già da questa premessa appare evidente la delicatezza del ruolo del notaio che si appresta a stipulare una donazione. Il notaio, quale libero professionista e consulente delle parti, dovrà richiamare la loro attenzione sulla rilevanza successoria della donazione e sulla correttezza, almeno attuale o potenziale, dell’assetto di interessi che deriva dalla donazione. Dovrà avvertirle che un

¹ G. Capozzi, *Successioni e Donazioni*, Milano, 2002, 731 s.

² Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, vol. III, parte seconda, 335.

³ Anticipazione di eredità non va intesa nel senso di subordinare la donazione all’effettiva partecipazione del donatario all’eredità, bensì nel senso sostanziale di concessione anticipata di una parte del proprio patrimonio a chi, presumibilmente, potrà essere designato erede. Ciò spiega la facoltà concessa dalla legge al discendente donatario di ritenere l’intera donazione anche quando essa superi il valore della quota ereditaria a lui spettante (salvo che essa non leda la quota legittima degli altri coeredi) mediante la rinuncia all’eredità. Infatti, la collazione non paralizza o limita in alcun modo il carattere pieno ed irrevocabile della donazione ma limita soltanto la partecipazione del coerede alla successione subordinandola al conferimento della donazione (P. Forchielli e F. Angeloni, *Divisione*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2000, 368 ss. e nota 4 a pag. 371).

regolamento di interessi non equilibrato produrrà una temporanea incommerciabilità del bene donato.

2. L'atto ricognitivo di precedenti donazioni indirette.

2.1. Le donazioni indirette e la riunione fittizia finalizzata alla determinazione della legittima.

Il meccanismo di tutela dei legittimari è imperniato sulla *riunione fittizia al relictum* dei beni di cui il defunto ha disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore al tempo dell'apertura della successione, determinato secondo le regole stabilite per la collazione dagli articoli da 747 a 750 del codice civile. L'art. 809 c.c. estende la riunione fittizia anche alle donazioni indirette, risultanti da atti diversi dalla donazione formale.

Al riguardo, è stato evidenziato in dottrina che questo sistema di tutela del legittimario funziona nella prospettiva in cui le donazioni indirette sono una categoria residuale⁴. Questa residualità delle donazioni indirette dovrebbe essere garantita dall'art. 458 c.c., che sancisce il divieto di patti successori, e precisamente, per l'aspetto in esame, il divieto di disporre della successione con atto tra vivi. Non a caso, la disposizione del patrimonio in vista della successione del *de cuius* è effettuata con negozi formali, quali il testamento e la donazione.

Se cadesse il divieto dei patti successori, la successione potrebbe essere regolata da una molteplicità di vicende contrattuali per le quali, a posteriori, sarebbe difficile effettuare una ricostruzione del patrimonio sul quale calcolare i diritti dei legittimari⁵.

Un altro ostacolo alla riunione fittizia è rappresentato dalle donazioni indirette, risultanti da atti diversi dalla donazione, che pure sono espressamente soggette alle regole della riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari.

Spesso, il problema di "far emergere" una precedente donazione indiretta si presenta proprio quando il genitore intende effettuare una donazione formale a favore di un figlio o discendente. A quel punto, ci si rende conto che la difficoltà di provare una precedente donazione indiretta - ad esempio, effettuata mediante adempimento del debito del discendente di pagamento del prezzo della compravendita e rinuncia all'azione di restituzione oppure mediante dazione di una somma di denaro di non modico valore e dalla rinuncia all'azione di restituzione o dalla prescrizione della stessa - crea un ingiustificato squilibrio fra i due donatari e un'insicurezza nella successiva circolazione del bene oggetto di donazione formale.

Non esiste, infatti, alcun obbligo per le parti di indicare la causa liberale o donativa in un atto collegato ad una donazione indiretta al fine della sua corretta qualificazione sul piano degli effetti e della disciplina⁶. È, inoltre, pacifico che non si possa ricorrere ad una presunzione dell'esistenza dell'*animus donandi*, in presenza di una fattispecie che, astrattamente, potrebbe essere qualificata come donazione indiretta⁷. La parte che ha interesse a qualificare una determinata operazione come liberalità ha l'onere di provare l'*animus donandi* di colui che ha effettuato la prestazione.

⁴ M. Ieva, *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. not.*, 2005, 934 ss.

⁵ M. Ieva, *Divieto di patti successori*, cit., 934 s.

⁶ Cfr. G.A.M. Trimarchi, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Il Sole 24 ore, n. 1/2008, 163.

⁷ G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 163; M. Krogh, *Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle donazioni e degli atti ricognitivi di liberalità*, studio n. 107-2009/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 22 aprile 2009, in Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali, quaderni trimestrali, Ipsos, n. 3/2009, 1018.

D'altra parte, la dimostrazione dell'intento liberale è indispensabile per evitare di ampliare eccessivamente l'ambito di applicazione dell'art. 809 c.c., con l'effetto di assoggettare ad una potenziale azione di riduzione ulteriori operazioni economiche prive di qualunque intento liberale⁸

2.2. Caratteri del negozio di accertamento.

Il negozio di accertamento è l'atto con cui le parti precisano l'esistenza, l'essenza, il contenuto e gli effetti di un fatto o di un rapporto giuridico preesistente, e convengono di rimanere vincolate a quanto hanno stabilito, con preclusione di ogni pretesa contrastante, allo scopo di eliminare l'incertezza intorno ad una data situazione giuridica⁹. Funzione del negozio di accertamento è rimuovere la situazione di incertezza e fissare in maniera vincolante per le parti l'esistenza del fatto o negozio accertato e la relativa disciplina giuridica.

Il negozio di accertamento ha il suo referente normativo nella transazione con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già iniziata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Se è ammesso transigere un rapporto precedente, facendosi reciproche concessioni, non si vede perché non dovrebbe essere ammesso il semplice accertamento dell'esistenza di quel precedente rapporto, senza alcun atto di disposizione¹⁰.

Secondo l'orientamento prevalente l'accertamento ha efficacia dichiarativa e retroattiva¹¹: il negozio non fa nascere una nuova situazione giuridica ma si limita a fissare il contenuto di quella preesistente; non ci sarebbe, cioè, intento modificativo come nella transazione ma la creazione di una concorrente fonte di regolamento della situazione precedente. Il negozio di accertamento ha quale conseguenza l'obbligo per le parti di attenersi alla situazione giuridica quale risulta dall'accertamento negoziale e non produce effetti vincolanti nei confronti dei terzi.

È ammesso in dottrina¹² ed in giurisprudenza¹³ il negozio di accertamento unilaterale quando la dichiarazione proviene dalla parte che aveva interesse alla rimozione dell'incertezza, essendo ben possibile, per un soggetto, vincolarsi unilateralmente a considerare in un determinato modo e per il futuro una certa situazione.

Il negozio di accertamento è un negozio causale e non astratto: la sua funzione è quella di conferire certezza ad una situazione giuridica preesistente. Ne deriva che sarà senz'altro nullo, per mancanza di causa, il negozio che accerti una situazione giuridica inesistente o che accerti una situazione giuridica certa alle parti.

Il negozio di accertamento può avere ad oggetto il riconoscimento della titolarità di diritti reali ma *deve indicare il rapporto da cui deriva il diritto reale*. Infatti, il negozio di accertamento ha efficacia dichiarativa e non può mai sostituire la fonte precettiva originaria del diritto reale, non essendo ammessi, nel nostro ordinamento, trasferimenti immobiliari astratti, cioè non sorretti da una causa¹⁴.

⁸ Cfr. M. Krogh, *op. cit.*, 1008; V. Roppo, *Le liberalità fra disciplina civilistica e norme fiscali: una sfida per il ceto notarile*, in *Notariato*, 2000, 428.

⁹ G. Manzini, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, in *Riv. not.*, 1996, 1427; Giorgianni, *Negoziato di accertamento*, in *Enc. del dir.*, voce Accertamento, 227. Per l'ammissibilità del negozio di accertamento si vedano in giurisprudenza, Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Riv. not.*, 1998, 240; Cass., 29 gennaio 1991, n. 885, in *Foro it.*, 1991, I, col. 111, in *Corriere giur.*, 1991, 558 con nota di Granelli, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 449 con nota di Granelli; Cass., 7 dicembre 1991, n. 13212, in *Arch. Civ.*, 1992, 550.

¹⁰ G. Manzini, *op. cit.*, 1428.

¹¹ Giorgianni, *op. cit.*, 233; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 1948, 275 ss.; per l'affermazione della natura dichiarativa del negozio di accertamento in giurisprudenza cfr. Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, cit.; Cass., 7 dicembre 1991, n. 13212, cit.

¹² Giorgianni, *op. cit.*, 238;

¹³ Cass., 6 maggio 1980, n. 2976, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, col. 253; Cass. 29 ottobre 1979, n. 5663, in *Riv. not.*, 1980, 566.

¹⁴ Cfr. Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Il Corriere giur.*, 1993, 174 ss., con nota di V. Mariconda; per l'inammissibilità di un atto unilaterale di riconoscimento di un diritto di proprietà, Cass., 11 giugno 2007, n. 13625, in *Riv. not.*, 2008, 445 ss.; per la chiara affermazione che il negozio di accertamento ha la funzione di rendere definitiva,

Quanto alla forma, secondo la giurisprudenza dominante, in mancanza di prescrizioni di legge, *vige il principio di libertà delle forme*, anche se, in ipotesi, l'accertamento avesse ad oggetto diritti immobiliari¹⁵.

Parte della dottrina ritiene che la forma del negozio debba essere determinata, *per relationem*, con riferimento alla forma adottata per il negozio che viene accertato, essendo il negozio di accertamento un negozio di secondo grado che si innesta su un preesistente rapporto contrattuale. D'altra parte, considerata la funzione stessa del negozio di accertamento, di precludere ulteriori contestazioni sul rapporto che viene accertato, sembra difficile che le parti non adottino almeno la forma scritta.

2.3. La fede privilegiata dell'atto pubblico e l'invasione della competenza dell'autorità giudiziaria.

È opportuno chiedersi, soprattutto per gli atti unilaterali con cui una parte riconosca determinati fatti o rapporti giuridici, in cui non è certo il confine tra l'atto di accertamento e la confessione stragiudiziale, quali siano i limiti di ricevibilità di tali atti e se non via sia il rischio di invasione della competenza dell'autorità giudiziaria.

In base al disposto dell'art. 2700 c.c. l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Va sottolineato che la fede privilegiata dell'atto pubblico, che può essere vinta solamente dalla querela di falso, riguarda esclusivamente il fatto storico che certe dichiarazioni sono state rese al notaio da quel determinato soggetto, in conformità all'attestazione che il notaio ne fa nell'atto pubblico, ma *non riguarda il merito, cioè il contenuto delle dichiarazioni che è liberamente valutabile dal giudice*.

È stato chiaramente affermato in dottrina che, in ultima analisi, il documento notarile è un "verbale di constatazione"¹⁶. «Visto dalla visuale notarile il documento è la verbalizzazione di tutto quanto avvenuto in relazione all'attività documentale, comprese le dichiarazioni rese dai comparenti che sono accadimenti da registrare nel verbale, non fedelmente, ma in sintesi giuridica.

L'atto ridotto ai minimi termini è come se dicesse: "Io notaio attesto che il giorno... nel luogo... il signor A ha dichiarato... il signor B ha dichiarato...; inoltre è stato compiuto questo e fatto quest'altro... La pubblica fede copre solamente le attestazioni dei fatti che il notaio dichiara avvenuti in sua presenza, non anche la corrispondenza a verità delle dichiarazioni rese"¹⁷.

La pubblica fede non si estende al contenuto delle dichiarazioni rese dalla parte: mentre è di immediata percezione del notaio il fatto storico della dichiarazione resa davanti a lui non altrettanto può dirsi circa la corrispondenza a verità della dichiarazione resa; pertanto non occorrerà querela di falso per dimostrare che i fatti dichiarati non corrispondono a verità.

Esemplare, al riguardo, appare la ricostruzione operata dalla giurisprudenza¹⁸ del valore delle dichiarazioni rese dalle parti al notaio circa l'esistenza di un testamento orale, come tale nullo, che le parti intendevano confermare.

Ha affermato la giurisprudenza che l'atto con cui il notaio riceve le dichiarazioni dei legittimari dirette a confermare le disposizioni testamentarie rese in forma orale dal *de cuius*, non

eliminando gli elementi di incertezza, una situazione giuridica preesistente e non ha mai effetto traslativo della proprietà con la conseguenza che l'acquisto derivativo di un diritto non può discendere da un negozio di mero accertamento, cfr. Cass., 16 dicembre 1987, n. 9358, in *Vita not.*, 1988, 235.

¹⁵ Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, cit.; Cass., 7 dicembre 1991, n. 13212, cit.; Cass., 16 dicembre 1987, n. 9358, cit.

¹⁶ G. Santarcangelo, *La forma degli atti notarili*, Roma, 1988, 23.

¹⁷ G. Santarcangelo, *op. cit.*, 23 e 24.

¹⁸ Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Riv. not.*, 1997, 163 ss. con nota di L. Scalia; in *Notariato*, 1996, 509 ss. con nota di G. Celeste.

invade i compiti di accertamento riservati all'autorità giudiziaria, in ordine all'esistenza ed alla nullità del testamento nuncupativo, nonché alla intervenuta realizzazione della fattispecie sanante *ex art. 590 c.c.*, e non è quindi suscettibile di essere disciplinarmente sanzionato, *ex artt. 1 e 138 l.n.*, atteso che la convalida non presuppone alcuna preventiva attività di accertamento circa la nullità delle disposizioni convalidate, né preclude un tale accertamento da parte dell'autorità giudiziaria, in caso di successiva contestazione, e tenuto conto che la fede privilegiata propria dell'atto notarile non si estende al contenuto della dichiarazione di convalida, rispetto al quale non è quindi configurabile alcuna attività di accertamento da parte del notaio.

In definitiva, la fede pubblica che assiste l'atto notarile non impedisce al giudice di svolgere la normale attività istruttoria sul merito delle dichiarazioni rese al notaio.

Maggiore prudenza è necessaria al notaio nel ricevere atti di notorietà e altre dichiarazioni giurate, fuori dai casi in cui essi siano espressamente previsti da norme di legge, onde evitare che siano considerate come assunzioni di testimonianze a futura memoria.

In tema di negozi di accertamento, potrebbero generare responsabilità per il notaio negozi di accertamento della sussistenza di diritti reali che non contengano la menzione del negozio originario costitutivo del diritto, stante il ricordato principio di causalità nei trasferimenti immobiliari, oppure negozi di accertamenti posti in essere per sopperire alla nullità del titolo originario.

Si può, dunque, concludere per la piena ammissibilità degli atti di accertamento di precedenti donazioni indirette i quali producono, normalmente, salvo quanto si dirà tra breve, effetti sostanziali consistenti nella definizione del rapporto dipendente dalla donazione indiretta, eliminando la precedente situazione di incertezza, con un regolamento vincolante per le parti¹⁹.

2.4. L'accertamento di una precedente donazione indiretta.

Nel caso di cui si sta trattando l'accertamento consiste nella dichiarazione con cui donante e donatario indiretto "svelano" la donazione indiretta collegata ad una vendita effettuata in precedenza.

Le modalità con cui può realizzarsi indirettamente l'arricchimento del donatario sono molto varie: solo per citare gli esempi più diffusi nella pratica, il donante può provvedere direttamente al pagamento del prezzo di una compravendita effettuata dal donatario indiretto oppure può sostituire a sé il donatario indiretto dopo avere concluso un contratto preliminare di compravendita ed avere pagato interamente il prezzo oppure può consegnare al donatario indiretto la somma necessaria al pagamento del prezzo, senza la forma dell'atto pubblico notarile richiesta per la donazione non di modico valore. In quest'ultima fattispecie la donazione diretta del denaro è nulla per difetto di forma (art. 782 c.c.) ma può trasformarsi in donazione indiretta con la rinuncia del donante alla restituzione della somma o con la prescrizione dell'azione di restituzione.

La figura della donazione indiretta non può essere ricondotta ad una categoria unitaria né può essere esemplificata in maniera tassativa ma può essere definita come una serie di atti, contratti ed atti unilaterali, diversi dalla donazione tipica, che producono in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione, ovvero arricchimento del donatario ed impoverimento del donante²⁰.

Il perno delle figure in esame, al di là del mezzo utilizzato, è *il risultato liberale perseguito*. Elemento centrale per l'individuazione di una donazione indiretta è stato individuato nel tipo di interesse perseguito: *deve trattarsi di un interesse di natura non patrimoniale del disponente*. Tale

¹⁹ Per l'ammissibilità dei negozi di accertamento di precedenti donazioni indirette, cfr. G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 163 ss.; M. Krogh, *op. cit.*, 1016 ss.

²⁰ Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961, 914; Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Rescigno, Torino, 2000, 601; Palazzo, *Le donazioni*, in *Cod. civ. comm.* diretto da Schlesinger, Milano, 2000, 348; Cataudella, *Successioni e donazioni, La donazione*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Bessone, Torino, 2005, 56; Torrente, *La donazione*, edizione aggiornata da Carnevale e Mora, Milano, 2006, 21.

interesse, in quanto “oggettivato” nell’accordo (o comunque obiettivamente percepibile dal complessivo comportamento contrattuale delle parti), trascende la sfera dei motivi individuali per caratterizzare la causa concreta dell’operazione negoziale²¹.

È stato affermato, in dottrina, che l’interesse non economico del disponente individua il fine dell’atto ed ha un ruolo fondamentale sul piano operativo: di fronte all’impiego di strutture attributive onerose (come l’intestazione di beni a nome altrui) o anche neutre (come le rinunce, la cessione del credito, il contratto a favore di terzo), il notaio sarà dunque chiamato, in primo luogo, a un’attività ricognitiva degli interessi rilevanti, che condurrà ad enunciare in atto il carattere non patrimoniale, identificandone così la funzione concretamente perseguita²².

Si può dunque affermare che la fattispecie donazione indiretta si compone di tre elementi: i) il trasferimento immobiliare con cui il donatario acquista l’immobile da un terzo, soggetto diverso dal donante, che integra l’arricchimento del donatario; ii) la diminuzione del patrimonio del donante corrispondente a tutto o parte del prezzo della compravendita; iii) l’accordo tra donante e donatario diretto a realizzare la liberalità ed in particolare ad esplicitare l’*animus donandi*. Nella normalità dei casi è, infatti, difficilmente contestabile che si formi, se non *verbis*, almeno *re*, un accordo tra le parti della liberalità²³.

Attraverso il negozio di accertamento posto in essere successivamente al perfezionamento della fattispecie, donante e donatario indiretto manifestano e rendono evidente, in un atto notarile successivo, la donazione indiretta che non era stata evidenziata nell’atto di compravendita.

Non si vede per quale ragione non dovrebbe ritenersi ammissibile la formalizzazione successiva dell’accordo diretto a realizzare la donazione indiretta, accordo che certamente potrebbe essere contenuto nello stesso negozio mezzo, quale ad esempio, la compravendita, essendo espressamente previsto e disciplinato, sotto l’aspetto tributario, dall’art. 1, comma 4-*bis* d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 che sancisce l’esenzione dall’imposta di donazione dell’atto di accertamento della liberalità indiretta collegata ad un atto avente ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali o il trasferimento di aziende²⁴.

È stato chiaramente affermato in dottrina che «ciò che era possibile al momento dell’atto non può che essere legittimo anche successivamente. Non v’è ragione d’inibire l’esplicitazione successiva, dal momento che essa, sul piano della disciplina conseguente, si considera addirittura auspicabile al momento della stipulazione originaria»²⁵.

L’atto ricognitivo di una precedente donazione indiretta serve a documentare, da una parte, l’arricchimento del donatario ed il corrispondente impoverimento del donante, e dall’altra parte l’*animus donandi* dell’autore della liberalità.

Nel caso della precedente dazione di somma di denaro senza il rispetto dalla forma vincolata dell’atto pubblico ricevuto in presenza dei testimoni, l’atto di accertamento non sanerà la nullità conseguente al difetto di forma ma integrerà la fattispecie della donazione indiretta di cui all’art. 809 c.c., se alla ricognizione dell’avvenuta dazione della somma di denaro seguirà la rinuncia del

²¹ Checchini, *L’interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 262 ss. *L’interesse non economico del disponente* consente di cogliere la distinzione tra le liberalità e gli atti gratuiti non liberali, in cui l’attribuzione senza corrispettivo è sorretta da un *interesse economico del disponente*: si possono ricordare i premi alla clientela, le operazioni gratuite poste in essere dalle società in favore del gruppo al quale appartengono (cfr. G. Amadio, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in Fondazione Italiana per il Notariato, *Liberalità non donative e attività notarile*, cit., 16 s.).

²² G. Amadio, *La nozione di liberalità*, cit., 18 s.

²³ Cristiani, Labriola e Sideri, *Il pagamento del prezzo della compravendita. Problematiche connesse alla mancata coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore*, Studio n. 711-2008/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 4 marzo 2009, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali*, quaderni trimestrali, Ipsa, n. 3/2009, 921.

²⁴ Dispone l’art. 1, comma 4-*bis* d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, aggiunto dall’art. 69, comma 1, lett. a) della legge 21 novembre 2000, n. 342 «Ferma restando l’applicazione dell’imposta anche alle liberalità indirette risultanti da atti soggetti a registrazione, l’imposta non si applica nei casi di donazioni o di altre liberalità collegate ad atti concernenti il trasferimento o la costituzione di diritti immobiliari ovvero il trasferimento di aziende, qualora per l’atto sia prevista l’applicazione dell’imposta di registro, in misura proporzionale, o dell’imposta sul valore aggiunto».

²⁵ G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 164.

donante alla restituzione della somma stessa, in modo che nel suo complesso potrà essere qualificata come donazione indiretta attuata mediante remissione di debito²⁶.

Pertanto, l'accertamento sarà normalmente effettuato con un atto bilaterale da donante e donatario indiretto. In tal caso avrà effetti sostanziali, nel senso che accerterà in maniera definitiva l'esistenza della liberalità, eliminando la precedente situazione di incertezza circa la sussistenza della stessa, e consentirà di applicare alla liberalità indiretta la disciplina di cui all'art. 809 c.c.

Va sottolineato che il negozio di accertamento nella liberalità indiretta può avere una importante funzione di composizione degli interessi, fissando, in maniera definitiva, una fattispecie assolutamente incerta sotto l'aspetto probatorio. Infatti, mentre può essere agevole dimostrare l'arricchimento del donatario e l'impoverimento del donante, non è altrettanto agevole dimostrare l'*animus donandi*.

Non sempre è possibile porre in essere un negozio bilaterale successivo che documenti la liberalità indiretta intervenuta tra le parti, ad esempio, per l'aggravarsi delle condizioni di salute del donante oppure per l'indisponibilità del donatario a riconoscere l'avvenuta donazione indiretta.

Occorre, quindi, chiedersi se sia ammissibile e che valore abbia una dichiarazione unilaterale che riconosca l'esistenza della precedente donazione indiretta.

Certamente è ammissibile una dichiarazione unilaterale del donatario indiretto il quale riconosca l'esistenza della donazione. Dottrina e giurisprudenza ammettono la configurabilità di un negozio di accertamento unilaterale quando la dichiarazione proviene dalla parte che aveva interesse alla rimozione dell'incertezza, essendo ben possibile, per un soggetto, vincolarsi unilateralmente a considerare in un determinato modo e per il futuro una situazione incerta.

Il riconoscimento della precedente donazione indiretta *effettuato dal donatario* che dichiara ad esempio "*riconosco che in occasione del mio acquisto dell'appartamento in... mio padre ha provveduto al pagamento del prezzo pari a... in favore del venditore per spirito di liberalità*", ha natura di negozio di accertamento, in quanto elimina l'incertezza sull'esistenza del precedente negozio indiretto, in forza del riconoscimento da parte del soggetto che poteva avere interesse contrario all'accertamento della donazione indiretta²⁷.

Viceversa, il riconoscimento della precedente donazione indiretta *da parte del donante* non sembra in grado di accertare definitivamente la situazione precedente con efficacia tipica del negozio di accertamento. Ciò, in quanto manca la dichiarazione di volontà della parte che ha un interesse contrario all'accertamento della fattispecie. Appare, quindi, più corretto inquadrare la dichiarazione unilaterale del donante nella disciplina della *confessione stragiudiziale*, ex artt. 2730 e ss. c.c., trattandosi dell'ammissione di un fatto sfavorevole per il dichiarante, nel senso che comporta per lui una diminuzione patrimoniale, essendogli preclusa, dopo la dichiarazione, qualunque azione di restituzione nei confronti del beneficiario. Secondo quanto dispone l'art. 2735 c.c., trattandosi di una confessione stragiudiziale che non viene resa nei confronti della parte, quale mezzo di prova, è liberamente apprezzato dal giudice.

La stessa valenza probatoria è attribuita alla dichiarazione del donante contenuta in un testamento. È abbastanza frequente nella prassi, e risponde ad una esigenza meritevole di tutela, che il donante, dopo avere operato la sistemazione patrimoniale tra i figli con vari atti tra vivi, tra cui una o più donazioni indirette, senta il desiderio di "fare il punto della situazione" all'interno del suo testamento, riassumendo le liberalità dirette o indirette effettuate in vita e procedendo agli ultimi aggiustamenti.

Ora, un riconoscimento delle donazioni indirette, contenuto nel testamento, deve qualificarsi, ai fini probatori, come una confessione stragiudiziale liberamente apprezzata dal giudice (art. 2735 c.c.).

Sarebbe preferibile un accertamento delle precedenti liberalità indirette a cui partecipi anche il beneficiario della liberalità, in quanto atto qualificabile come negozio di accertamento che

²⁶ M. Krogh, *op. cit.*, 1015.

²⁷ Cfr. G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 166.

fissa in maniera definitiva l'accordo delle parti in ordine alla donazione indiretta e, quindi, dotato di forza probatoria piena e non presuntiva.

Chiarita questa differenza probatoria, non va disconosciuta l'utilità di un riconoscimento delle donazioni indirette fatte in precedenza che sia contenuto nel testamento al fine di "mettere ordine" alla sistemazione patrimoniale compiuta dal testatore. Se è vero che, come elemento di prova, sarà liberamente valutato dal giudice, è altrettanto certo che assolverà alla funzione di disincentivare i legittimari ad azioni di riduzione infondate che si basino sulla difficoltà di provare donazioni indirette effettuate in vita dal *de cuius*.

Quanto alla forma dell'atto di accertamento di precedenti liberalità indirette, si è visto in precedenza che secondo la giurisprudenza dominante, in mancanza di prescrizioni di legge, vige il principio di libertà delle forme, anche se, in ipotesi, l'accertamento avesse ad oggetto diritti immobiliari. In ogni caso, le esigenze sottese al negozio di accertamento, che mira ad eliminare una situazione di incertezza, consigliano di ricorrere alla forma scritta.

Anche volendo seguire l'opinione, espressa in dottrina, secondo la quale la forma del negozio debba essere determinata, *per relationem*, con riferimento alla forma adottata per il negozio che viene accertato, sarà sufficiente la forma della scrittura privata autenticata o quella dell'atto pubblico, cioè la forma adottata per l'atto di compravendita a cui era collegata la donazione indiretta, su cui si innesta il negozio di accertamento. Non sarà necessario l'atto pubblico ricevuto in presenza dei testimoni, trattandosi di accertare una donazione indiretta che non è soggetta alla forma della donazione ma a quella del negozio mezzo che viene utilizzato.

Sotto il profilo fiscale, va evidenziato che il collegamento tra la liberalità indiretta e l'atto concernente il trasferimento o la costituzione di diritti immobiliari ovvero il trasferimento di aziende *esclude l'assoggettamento della liberalità indiretta all'imposta di donazione* (art. 1, comma 4-bis d.lgs. n. 346/1990). Non sembra che si possa disconoscere l'esenzione dall'imposta di donazione all'atto di accertamento della liberalità indiretta, collegata ad un trasferimento immobiliare, solo perché l'accertamento non è contestuale all'atto traslativo. Al contrario, *l'atto di accertamento serve proprio ad evidenziare il collegamento esistente tra liberalità indiretta ed atto traslativo posto in essere in precedenza*, oltre, naturalmente, ad eliminare una situazione di incertezza circa l'esistenza della liberalità indiretta. Si può, dunque, affermare che l'atto di accertamento della liberalità indiretta scontrerà l'imposta di registro in misura fissa quale atto non avente contenuto patrimoniale.

2.5. Il riconoscimento delle migliorie e delle spese straordinarie effettuate dal donatario.

All'apertura della successione si procede alla riunione fittizia del *relictum* con i beni di cui il defunto ha disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate dagli articoli da 747 a 750 c.c. (art. 556 c.c.). In virtù del rinvio operato dall'art. 556, per la determinazione del valore dei beni donati in vita dal defunto si seguono le regole proprie della collazione. Com'è noto, la valutazione dei beni, ai fini della collazione e della riunione fittizia, si fa sulla base del loro valore al tempo dell'apertura della successione (artt. 747 e 750 c.c.).

È espressamente prevista la deduzione dal valore del bene donato delle migliorie apportate alla cosa e delle spese straordinarie sostenute dal donatario (art. 748 c.c.). La norma si basa sul principio che *oggetto di collazione, e quindi di riunione fittizia, può essere soltanto quel valore che il donatario ha ricevuto in dono*. Sarebbe assurdo ed iniquo imporgli la "restituzione" di un valore dovuto unicamente alla sua iniziativa ed al corrispondente sacrificio economico da lui sopportato²⁸. Il valore dei miglioramenti, di cui si deve tener conto, è *quello accertabile al momento dell'apertura della successione, essendo a questo momento riportata anche la stima del bene da imputarsi*.

²⁸ P. Forchielli e F. Angeloni, *Divisione*, in *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, 2000, 657.

Deve trattarsi di opere che aumentino il valore della cosa²⁹ oppure di opere che ne abbiano impedito una diminuzione di valore³⁰; possono essere realizzate dal donatario o anche da terzi; l'incremento di valore deve sussistere al momento dell'apertura della successione. Restano fuori dal rimborso le spese di manutenzione ordinaria, il che si spiega con la circostanza che al donatario compete il godimento del bene e dei relativi frutti fino al momento dell'apertura della successione³¹.

Nella prassi non è infrequente che il donatario abbia incrementato a proprie spese, anche di molto, il valore del bene donato. Si pensi alla donazione di un fabbricato in pessime condizioni che venga completamente ristrutturato dal donatario.

Ci si chiede se sia possibile fissare in un atto notarile il valore delle spese sostenute dal donatario per i miglioramenti apportati al bene donato. Evidentemente non è possibile stabilire convenzionalmente il valore dei miglioramenti "al momento dell'apertura della successione". Ciò nonostante, gli interessati possono ritenere utile accertare definitivamente il valore delle migliorie apportate dal donatario, in un momento anteriore a quello effettivamente rilevante, al fine di una maggiore chiarezza nei rapporti tra i legittimari. *Si tratterebbe di porre in essere un negozio di accertamento con cui il donatario e gli altri legittimari riconoscano "la spesa storica" sostenuta dal donatario per incrementare il valore del bene donato oppure "il valore attuale" dell'incremento apportato dal donatario.*

Certamente il negozio appare meritevole di tutela avendo una finalità, quella di evitare ingiustificati arricchimenti degli altri legittimari o depauperamenti del donatario, tenuta presente dal legislatore nella disciplina della collazione e della riunione fittizia.

Occorre chiedersi se una tale convenzione possa essere in contrasto con il divieto dei patti successori, cioè se, in qualche modo, i legittimari stiano disponendo di diritti che possono loro spettare su una successione non ancora aperta (art. 458 c.c.).

Si è affermato in dottrina che l'accordo dei legittimari sui miglioramenti o sulle spese straordinarie apportate ai beni donati non appare congegnato per precludere l'azione di riduzione: all'apertura della successione occorrerà assegnare ai beni donati il valore a quel momento e, sulla base di quel valore, calcolare il diritto dei legittimari³². «L'accordo pregresso lungi dal perseguire uno scopo in conflitto con quello della norma [cioè dell'art. 557, comma 2 c.c.], addirittura ne facilita la realizzazione, dal momento che esso mira a rendere più chiari i rapporti tra i beneficiari evitando le difficoltà probatorie che il tempo o il disordine, inevitabilmente, possono comportare. Non si favorisce la rinuncia all'azione di riduzione, al più si ottiene l'uso corretto e non strumentale del relativo esercizio»³³.

Un accordo di tal genere dovrebbe aumentare la sicurezza nella circolazione degli immobili oggetto di donazione, consacrando in un atto notarile l'accordo familiare sulla sistemazione patrimoniale effettuata in vita dal donante.

L'accordo sul valore dei miglioramenti apportati al bene donato dal donatario riguarda il donatario e gli altri legittimari. Sembra preferibile che rimanga estraneo a tale negozio il donante, il quale non ha più alcun interesse giuridicamente rilevante ad accertare il valore attuale della donazione.

Dovrebbe ritenersi ammissibile anche un negozio unilaterale con cui un legittimario riconosca il valore dei miglioramenti e delle spese straordinarie sostenuti da un donatario, trattandosi di una dichiarazione resa dalla parte che aveva un interesse contrario all'accertamento negoziale.

L'accertamento del valore delle migliorie apportate dal donatario presenta una qualche affinità con l'accordo dei legittimari sul valore dell'azienda che costituisce l'essenza del patto di

²⁹ Cass., 5 ottobre 1974, n. 2621, in *Giust. civ.*, 1975, I, 51; in dottrina Giannattasio, *Successioni. Divisione-Donazione*, in *Commentario Utet*, 2^a edizione, 146.

³⁰ Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, 1990, Napoli, 785.

³¹ P. Forchielli e F. Angeloni, *op. cit.*, 658 s.

³² G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 169.

³³ G.A.M. Trimarchi, *op. cit.*, 169.

famiglia. Secondo autorevole dottrina, è ammissibile anche un accordo successivo alla donazione d'azienda che "trasforma" una precedente donazione d'azienda in patto di famiglia, escludendo quindi per essa l'applicazione della disciplina della riunione fittizia, collazione e riduzione. Si afferma che la contestualità del regolamento viene comunque recuperata nell'accordo liquidativo posteriore attraverso la nuova e diversa rideterminazione del valore del bene produttivo, che deve essere attualizzata al momento del patto, per poter essere assunta a base della liquidazione dei legittimari non assegnatari³⁴.

3. Il mutuo dissenso di donazione.

Vi sono delle ipotesi in cui l'unica soluzione praticabile, per poter recuperare la commerciabilità del bene immobile, appare essere lo scioglimento della precedente donazione per mutuo dissenso. Si pensi ad una donazione effettuata in maniera avventata, senza un'adeguata pianificazione del patrimonio familiare, oppure ad una situazione di conflitto familiare in cui uno o più legittimari abbiano notificato e trascritto opposizione alla donazione.

Per poter valutare l'utilità del mutuo dissenso al fine di recuperare la piena commerciabilità dell'immobile occorre individuare con sicurezza la natura giuridica e gli effetti del mutuo dissenso.

3.1. Natura giuridica del mutuo dissenso.

Secondo una tesi seguita da autorevole dottrina, gli effetti negoziali, una volta prodottisi, non possono essere più eliminati³⁵. Si afferma che la retroattività, propria del mutuo dissenso, potrebbe essere prevista soltanto per i contratti ad effetti obbligatori o per i contratti che non hanno avuto ancora esecuzione³⁶. Il mutuo dissenso sarebbe precluso dalla circostanza che il contratto ha già prodotto l'effetto traslativo. Per tornare alla situazione precedente rispetto alla donazione che si intende eliminare dalla realtà giuridica, sarebbe necessario un negozio avente contenuto uguale e contrario. Nel nostro caso, sarebbe necessaria una contro-donazione a parti invertite, in cui il donatario assuma il ruolo di donante ed il donante assuma il ruolo di donatario. È evidente che una contro-donazione non sarebbe affatto idonea a recuperare la piena commerciabilità dell'immobile. Al riguardo è stato prospettato il seguente esempio: Tizio dona all'amico Caio il fondo Tuscolano e Caio, subito dopo, glielo restituisce con una contro donazione. Non solo i figli di Tizio, ma anche i figli di Caio potranno agire in riduzione, i primi impugnando la donazione originaria, i secondi impugnando la contro-donazione³⁷. Il mutuo dissenso lungi dal risolvere i problemi creati dalla precedente donazione avrebbe l'effetto di aggravarli.

Si è osservato in dottrina come, anche da un punto di vista degli effetti, la tesi del *contrarius actus* non consenta di realizzare appieno la volontà delle parti che intendano, in virtù di un ripensamento nella sistemazione dei loro interessi, risolvere un contratto concluso in precedenza tra le stesse parti.

Il *contrarius actus* – non eliminando il precedente negozio con effetto retroattivo ma dando vita ad un negozio uguale e contrario – non consente di ristabilire la situazione precedente alla donazione ma «progredisce a posizioni nuove, eventualmente eguali e non comunque identiche alle posizioni precedenti; così una contro vendita (nella quale il compratore diventerà venditore e

³⁴ Cfr. G. Amadio, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, il Sole 24 ore, n. 2-3/2006, 82; sul tema cfr. anche A. Torroni, *Il patto di famiglia: aspetti di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 2008, 491.

³⁵ Dejana, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, 91 ss., Mirabelli, *Il contratto in generale*, Torino, 1980, 290; Rubino, *La compravendita*, Milano, 1962, 1024; Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961, 519; più di recente M. Ieva, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Riv. not.*, 1998, 1137 s.

³⁶ Carresi, *Il contratto*, Milano, 1987, 871 ss.

³⁷ G. Capozzi, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, 640.

viceversa) una controdonazione (nella quale il donatario diverrà donante e viceversa, ecc.)»³⁸. Risulta evidente l'artificialità della tesi che pretenda di qualificare come donante il donatario che accetti di risolvere la precedente donazione, eliminandola dal mondo giuridico, per recuperare la piena commerciabilità dell'immobile donato. Non è certo ravvisabile nel donatario un *animus donandi* ma più semplicemente la volontà di porre nel nulla la precedente donazione³⁹.

Secondo un'altra impostazione sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento il mutuo dissenso di un negozio traslativo che abbia già prodotto i propri effetti, essendo previsto espressamente da alcune norme del codice civile⁴⁰.

L'art. 1321, nel dare la definizione di contratto, stabilisce che è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o *estinguere* tra loro un rapporto giuridico patrimoniale ed è evidente che il contratto estintivo rappresenta il mutuo dissenso di cui si sta trattando.

In base all'art. 1372 il contratto non può essere sciolto che per *mutuo consenso* o per altre cause ammesse dalla legge. Si descrive, in questa norma, l'efficacia del mutuo dissenso che serve a risolvere un precedente contratto.

Si consideri anche il meccanismo di revoca unilaterale del contratto disciplinato dall'art. 1373 c.c.

Secondo la tesi prevalente, accolta anche dalla giurisprudenza della Cassazione⁴¹, sarebbe consentito, anche nei contratti ad effetti reali immediati, attribuire ad una delle parti la facoltà di recedere dal contratto, *ex art. 1373 c.c.*, dopo che il contratto abbia avuto esecuzione. Si tratterebbe di una facoltà di revoca del contratto che, a differenza del recesso, non agisce sul rapporto obbligatorio ma direttamente sulla fonte, cioè sul contratto, eliminandolo dal mondo giuridico⁴². L'ammissibilità di un esercizio della facoltà di revoca del contratto dopo che lo stesso ha avuto esecuzione si ricaverebbe testualmente dall'ultimo comma dell'art. 1373 c.c. che, nel disporre "*È salvo in ogni caso il patto contrario*", consentirebbe di derogare alla regola prevista dal primo comma dello stesso articolo che stabilisce "*Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione*".

Un'importante obiezione all'ammissibilità del mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali è data dal supposto principio del *numerus clausus* dei negozi traslativi, da cui discenderebbe l'inidoneità del mutuo dissenso – che avrebbe solamente effetti risolutivi – ad operare il ritrasferimento del diritto a favore dell'alienante. Secondo questa tesi, quando il contratto ha già prodotto effetti traslativi, per eliminarne gli effetti, non è possibile ricorrere al mutuo dissenso come negozio risolutorio, essendo necessario, invece, un *contrarius actus* che abbia una tipica causa traslativa⁴³. Uno sviluppo di questa teoria è quello proposto da Gazzoni secondo il quale, nei negozi

³⁸ G. Capozzi, *Il mutuo dissenso*, cit., 639.

³⁹ Particolarmente efficace è l'esempio proposto da Guido Capozzi: «Tizio dona a Caia, sua amante, alcuni gioielli. Troncata la relazione per il comportamento offensivo di Tizio, Caia non vuole più possedere quei doni ed entrambi, d'accordo, ne decidono la restituzione. È assurdo ravvisare nel loro accordo una nuova donazione e ritrovare, perciò, un anacronistico *animus donandi* in Caia che ormai odia Tizio, come, d'altra parte, è assurdo pensare che l'ordinamento giuridico non consenta loro altro mezzo per raggiungere l'intento che perseguono» (G. Capozzi, *Il mutuo dissenso*, cit., 639).

⁴⁰ Cfr. G. Capozzi, *Il mutuo dissenso*, cit., 635 ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 25; Messineo, voce *Contratto (dir. priv.)*, in Enc. dir. civ., vol. IX, Milano, 1961, 815, Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, 217; Bianca, *Il contratto*, Milano, 1984, 700; F. Patti, *Il mutuo dissenso*, in *Vita not.*, 1999, 1658 ss.; F. Alcaro, *Il mutuo dissenso*, studio n. 434-2012/C, in Consiglio nazionale del notariato, *Studi e materiali*, 3/2013, 643 ss. per un ampio panorama del dibattito in dottrina sulla natura giuridica e sugli effetti del mutuo dissenso.

⁴¹ Cass., 25 gennaio 1992, n. 812, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, col. 128; Cass., 24 gennaio 1980, n. 588, in *Riv. not.*, 1980, 953.

⁴² Cfr. M.C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 519 ss. ed autori *ivi* citati.

⁴³ Scognamiglio, *Contratti in generale*, Milano, 1972, 211 ss. È stato osservato, in contrario, che non è certo la tipicità dei diritti reali a rendere tipico il contratto con effetti reali; una cosa è il diritto reale, per il quale vige il principio di tipicità, altra è il veicolo che costituisce o trasferisce il diritto reale (cfr. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella*

traslativi, il mutuo dissenso non sarebbe in grado di operare il ritrasferimento ma occorrerebbe un ulteriore negozio definito “negozio astratto di trasferimento *solutionis causa*”, per cui per realizzare il mutuo dissenso sarebbero necessari due negozi: un negozio obbligatorio dal quale nascerebbe per l’acquirente l’obbligazione di ritrasferire il bene all’alienante ed un secondo negozio di adempimento *solutionis causa* idoneo a far rientrare il bene nel patrimonio di chi fu alienante⁴⁴.

Ora, l’art. 2655 c.c. prevede che, qualora un atto trascritto sia risolto, la risoluzione deve annotarsi in margine alla trascrizione. L’annotazione si opera in base alla sentenza o alla *convenzione* da cui risulta l’avvenuta risoluzione del contratto. Questa disposizione, dettata proprio ed unicamente per i negozi traslativi o costitutivi di diritti reali, sembrerebbe ammettere, in modo implicito ma inequivocabile, che i contraenti possono risolvere siffatti negozi anche a mezzo di una convenzione, ossia a mezzo di un contratto risolutorio⁴⁵. E non può certo trattarsi di un *contrarius actus* perché questo sarebbe soggetto a trascrizione ai sensi dell’art. 2643 c.c.

Un altro argomento addotto contro l’ammissibilità del mutuo dissenso è l’impossibilità di eliminare il precedente negozio con effetto retroattivo perché la retroattività avrebbe carattere eccezionale e potrebbe essere operata soltanto dalla legge, non dall’autonomia privata⁴⁶. In contrario si può osservare che non vi sono ostacoli alla retroattività convenzionale, non essendo proibito alla volontà delle parti di stabilire che un effetto da ricollegare al momento del consenso retroagisca ad un momento precedente⁴⁷. A ben vedere, però, *la retroattività convenzionale è una retroattività obbligatoria e non reale*, secondo il noto principio di relatività dei contratti in base al quale “il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge” (art. 1372, comma 2, c.c.). Ciò significa che *la risoluzione del contratto non pregiudica i diritti acquistati dai terzi*, in conformità a quanto disposto dall’art. 1458, comma 2, c.c.: “la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvo gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione”⁴⁸.

Secondo una tesi dottrinale⁴⁹ non sarebbe più possibile procedere al mutuo dissenso se il donatario abbia disposto del diritto donato, ad esempio, con un atto di costituzione di diritti reali limitati oppure con una concessione di ipoteca. In tal caso, il mutuo dissenso sarebbe precluso dall’atto di disposizione compiuto dal donatario che rende impossibile tornare alla situazione giuridica precedente alla donazione. Neppure con l’intervento del terzo acquirente sarebbe possibile procedere alla conclusione dell’atto di mutuo dissenso, in quanto il terzo non è stato parte del contratto di donazione da risolvere e, inoltre, ha acquistato il diritto in forza di una fattispecie acquisitiva autonoma e distinta dalla donazione precedente. Non si potrebbe addivenire al “contratto eliminativo” qualora la donazione abbia già spiegato effetti verso i terzi⁵⁰.

Sembra preferibile un’interpretazione più liberale ispirata al paradigma normativo dell’art. 1458 c.c.: la retroattività della risoluzione è una retroattività obbligatoria che opera tra le parti e non può pregiudicare i diritti acquistati dai terzi⁵¹. La risoluzione convenzionale della donazione non

teoria del negozio giuridico, Milano, 1966, 249); cfr. anche Roppo, *Contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 119.

⁴⁴ Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, 420

⁴⁵ G. Capozzi, *Il mutuo dissenso*, cit., 639; Natoli, *Della tutela dei diritti, trascrizione-prove*, in *Commentario del codice civile*, Utet, libro VI, I, Torino, 1959, 179.

⁴⁶ Dejana, *op. cit.*, 104 ss.

⁴⁷ Perlingieri, *Il fenomeno di estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, 101; G. Capozzi, *Il mutuo dissenso*, cit., 641.

⁴⁸ Cfr. F. Patti, *op. cit.*, 1662 il quale precisa che «la specifica funzione del contratto di mutuo dissenso è di risolvere un precedente contratto e, pertanto, essa ha istituzionalmente efficacia retroattiva... Infatti, se le parti intendono sciogliere il contratto originario e ripristinare lo *status quo ante*, lo scioglimento deve necessariamente operare *ex tunc*, giacché l’effetto voluto non potrebbe essere raggiunto, dal punto di vista tecnico, se non estinguendo alla radice la situazione effettuale creata dal negozio di primo grado».

⁴⁹ A. Luminoso, *Il mutuo dissenso*, Milano, 2002, 119, nota 45; A. Magnani, *op. cit.*, 121.

⁵⁰ A. Magnani, *op. cit.*, 121.

⁵¹ Cfr. F. Alcaro, *Il mutuo dissenso*, cit., 652 ss.

sarebbe, quindi, impedita da eventuali atti di disposizione posti in essere dal donatario: si pensi, ad esempio, alla concessione di un diritto personale di godimento oppure alla costituzione di una servitù. L'eventuale risoluzione della donazione per mutuo dissenso non potrebbe pregiudicare coloro che abbiano trascritto a proprio favore delle formalità sull'immobile quali ipoteche giudiziali, sequestri, pignoramenti (art. 1372, comma 2, c.c. e art. 1458, comma 2, c.c.)⁵². In tali fattispecie, la risoluzione della donazione per mutuo dissenso nei loro confronti sarebbe assolutamente inopponibile e, quindi, i creditori ipotecari e coloro che hanno proceduto a pignoramento o sequestro conserverebbero i loro diritti di soddisfarsi con preferenza su quel determinato immobile oggetto del mutuo dissenso.

Si può, quindi, affermare che, secondo la tesi preferibile, il mutuo dissenso ha effetti eliminatori del negozio che si intende risolvere ed ha efficacia retroattiva tra le parti in quanto il negozio viene eliminato dalla realtà giuridica fin dalla sua conclusione, fatti salvi i diritti dei terzi.

La questione della natura giuridica e degli effetti del mutuo dissenso è stata affrontata da una recente sentenza della Cassazione che aderito all'impostazione secondo la quale *il mutuo dissenso costituisce espressione dell'autonomia negoziale dei privati i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, indipendentemente dalla sussistenza di vizi funzionali della causa, cioè di situazioni patologiche connesse all'esecuzione del contratto, a prescindere dalla circostanza che il contratto da risolvere abbia già prodotto i propri effetti, trattandosi di un contratto ad efficacia reale*⁵³.

Afferma la Cassazione che «la risoluzione convenzionale integra... un contratto autonomo con il quale le stesse parti o i loro eredi ne estinguono uno precedente, liberandosi del relativo vincolo e “la sua peculiarità è di presupporre un contratto precedente fra le medesime parti e di produrre effetti estintivi delle posizioni giuridiche create da esso” (cfr. Cass., III sez., 27.11.2006).

L'effetto ripristinatorio è, peraltro, espressamente previsto (art. 1458 c.c.) per il caso di risoluzione per inadempimento anche dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali, non essendo dato pertanto riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale».

Dall'adesione alla tesi della natura del mutuo dissenso come autonomo contratto risolutorio convenzionale finalizzato ad estinguere un precedente rapporto giuridico patrimoniale e ad eliminare, con efficacia retroattiva, gli effetti giuridici prodotti, derivano alcuni corollari applicativi di fondamentale importanza.

a) Dovranno partecipare all'atto di mutuo dissenso le stesse parti dell'atto di donazione che si intende risolvere o gli eredi del donatario. Qualora il donatario sia deceduto dopo l'atto di donazione, il contratto di mutuo dissenso sarà posto in essere dal donante e dall'erede o legatario del donatario, i quali subentrano nel diritto del donatario⁵⁴.

b) Il donante riacquista il diritto in precedenza donato con effetto *ex tunc* e sarà titolare del diritto in forza del titolo di provenienza originario, precedente rispetto alla donazione, considerata la neutralità del mutuo dissenso che serve, esclusivamente, ad eliminare la donazione dalla realtà giuridica e non produce alcun effetto traslativo.

c) Un eventuale vizio o inadempimento relativo al primo contratto viene cancellato dal mutuo dissenso, diversamente dal *contrarius actus* nel quale le parti conserverebbero reciprocamente tutte le azioni derivante dal precedente inadempimento, salvo che il secondo contratto non sia stipulato anche a titolo transattivo⁵⁵.

⁵² A. Magnani, *op. cit.*, 123 s.

⁵³ Cass., 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Notariato*, 2/2013, 138, con nota di F. Magliulo; in senso conforme Cass., 31 ottobre 2012, n. 18844. In passato la giurisprudenza della Cassazione aveva affermato che il negozio di mutuo dissenso avrebbe un contenuto uguale e contrario a quello del contratto originario (Cass., 30 agosto 2005, n. 17503; Cass., 15 maggio 1998, n. 4906).

⁵⁴ Per l'ammissibilità dell'intervento nell'atto di mutuo dissenso degli eredi del donatario, A. Magnani, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale in commerciabilità degli immobili provenienti da donazione)*, in *Riv. not.*, 2004, 121, nota 21.

⁵⁵ F. Patti, *op. cit.*, 1661.

d) Sarà irrilevante l'eventuale mutamento del regime patrimoniale del donante, intervenuto dopo la stipula della donazione, poiché il mutuo dissenso non realizza un nuovo trasferimento del bene dal donatario al donante ma ha funzione esclusivamente risolutoria e diretta a ripristinare la situazione giuridica precedente alla donazione. Ne deriva che, se il bene era personale del donante, anche dopo il mutuo dissenso rimane bene personale, ancorché il donante risulti, attualmente, in regime di comunione legale dei beni. Se il bene apparteneva a due coniugi in comunione legale, e dopo la donazione gli stessi abbiano contratto una convenzione di separazione dei beni oppure si siano separati legalmente, il bene tornerà nel patrimonio dei donanti in comunione ordinaria ed in quote uguali.

e) Il contratto di mutuo dissenso è un negozio di secondo grado che si innesta su un altro negozio al fine di annientare gli effetti giuridici prodotti. Ne consegue che «oggetto del mutuo dissenso deve essere l'originario contratto nella sua integrale formulazione, talché il nuovo contratto non ammette l'inserimento di termini o condizioni la cui presenza muterebbe la sua qualificazione trasformandolo in un atto modificativo del precedente»⁵⁶. Sulla base della ricostruzione che precede, per i contratti traslativi, non è ammissibile un mutuo dissenso parziale, cioè riferito solamente ad una parte dei beni oggetto dell'originario contratto di donazione⁵⁷. Si ritiene, invece, ammissibile un mutuo dissenso parziale nei contratti di durata, in quanto il mutuo dissenso non determina l'eliminazione di tutti gli effetti del contratto (art. 1372, comma 2, c.c.). Da ciò conseguirebbe che il mutuo dissenso possa avere ad oggetto solo una parte del regolamento contrattuale⁵⁸.

3.2. La forma del mutuo dissenso.

Sulla forma che deve rivestire il contratto di mutuo dissenso non c'è concordanza di opinioni in dottrina ed in giurisprudenza.

Da una parte, vige nel nostro ordinamento il principio cd. di libertà delle forme⁵⁹ e di eccezionalità delle prescrizioni formali che non possono essere estese analogicamente oltre i casi espressamente previsti dalla legge.

La giurisprudenza della Cassazione sembra orientata a richiedere come requisito minimo per la validità dei negozi risolutivi di contratti con efficacia reale, aventi ad oggetto il diritto di proprietà su beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, sulla base di esigenze di certezza, in quanto dal negozio risolutivo devono risultare chiaramente tutti gli elementi della risoluzione convenzionale (immobile oggetto del mutuo dissenso, prezzo, volontà di risolvere il precedente contratto)⁶⁰. Esigenze di natura squisitamente pratica, cioè la necessità di pubblicizzare nei registri immobiliari l'avvenuta risoluzione del contratto originario che ha già prodotto effetti reali, richiedono l'utilizzo della forma minima dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (cfr. art. 2657 c.c. richiamato per l'annotazione dall'art. 2656 c.c.).

Secondo la tesi che appare preferibile il mutuo dissenso dovrà, però, rivestire *la stessa forma richiesta dalla legge per la donazione, e quindi la forma dell'atto pubblico ricevuto in presenza di due testimoni* (art. 782 c.c. e artt. 47 e 48 legge 16 febbraio 1913, n. 89). Imporrebbe la forma solenne il cd. "principio di simmetria"⁶¹ in base al quale il negozio accessorio mutua la forma dal

⁵⁶ F. Patti, *op. cit.*, 1661.

⁵⁷ In senso conforme, F. Alcaro, *Il mutuo dissenso*, cit., 657; A Luminoso, *Il mutuo dissenso*, cit., 243 ss.

⁵⁸ F. Alcaro, *Il mutuo dissenso*, cit., 657.

⁵⁹ Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, 257; Sandulli, *Forma del negozio risolutivo di un preliminare di vendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 1967, I, 429.

⁶⁰ La giurisprudenza della Cassazione sembra fondare la necessità della forma scritta *ad substantiam* sull'effetto di ritrasferimento della proprietà dell'immobile al precedente proprietario che deriverebbe dal contratto di mutuo dissenso (cfr. Cass., 6 ottobre 2011, n. 20445; Cass., 31 ottobre 2012, n. 18844; Cass., 15 maggio 1998, n. 4906; Cass, sezioni unite, 28 agosto 1990, n. 8878, in *Giust. civ.*, 1990, I, 945, con nota di M. Costanza).

⁶¹ Il principio di simmetria si ricava da tutta una serie di norme che prescrivono per il negozio accessorio, a pena di nullità, la stessa forma richiesta per il negozio principale: cfr. art. 1351 (contratto preliminare), art. 1392 (forma

negozio principale sul quale è destinato ad incidere: il negozio di mutuo dissenso è un negozio di secondo grado il quale va a risolvere la donazione che rappresenta il negozio di primo grado⁶². Inoltre, appare necessario rispettare quelle stesse esigenze formali che sono alla base della forma solenne della donazione: la garanzia di una sufficiente certezza sulla seria e ponderata determinazione delle parti circa gli effetti del negozio che vanno a realizzare oltre ad una efficiente documentazione del negozio posto in essere.

3.3. La pubblicità del mutuo dissenso.

Secondo la tesi preferibile, il contratto di mutuo dissenso non è va qualificato come una controdonazione ma come un nuovo contratto che determina la risoluzione del contratto di donazione che viene eliminato dal mondo giuridico con effetto retroattivo.

Ai sensi dell'art. 2655 c.c., qualora un atto trascritto o iscritto sia risoluto, la risoluzione deve annotarsi in margine alla trascrizione o all'iscrizione dell'atto. L'annotazione si opera in base alla sentenza o alla convenzione da cui risulta la risoluzione.

L'annotazione prescritta dall'art. 2655 ha come funzione quella di garantire la continuità delle trascrizioni, come risulta dal comma 3 dell'art. 2655 che, riproducendo il contenuto dell'art. 2650 c.c., dispone che se tali annotazioni non sono eseguite, non producono effetto le successive trascrizioni o iscrizioni a carico di colui che ha ottenuto la risoluzione; eseguita l'annotazione, le trascrizioni o iscrizioni già compiute hanno il loro effetto secondo l'ordine rispettivo.

Senonché la pubblicità del mutuo dissenso assolve anche una funzione di opponibilità dello scioglimento convenzionale del contratto ai terzi.

Si consideri che, secondo l'art. 1458, comma 2, c.c., la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione. Da questa norma si può ricavare agevolmente il principio in base al quale il mutuo dissenso non può pregiudicare i diritti dei terzi finché non sia stata attivata la pubblicità idonea a pubblicizzare la risoluzione del contratto. Nel caso della domanda giudiziale di risoluzione del contratto, la trascrizione della domanda ha la funzione di prenotazione degli effetti della sentenza. Qualora non sia stata trascritta la domanda giudiziale, "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa" (art. 2909 c.c.)⁶³. Al contrario, il contratto di mutuo dissenso, per essere opponibile ai terzi, dovrà essere soggetto a pubblicità legale.

Per questo motivo, secondo una tesi, il mutuo dissenso di un contratto traslativo sarebbe soggetto non ad annotazione ma a trascrizione con funzione di opponibilità, *ex art.* 2644 c.c., da parte dell'alienante che riacquista il diritto per effetto del mutuo dissenso, ad eventuali aventi causa o creditori dell'acquirente che perde il diritto⁶⁴.

Si ritiene, infatti, che la convenzione annotabile in margine alla trascrizione dell'atto risoluto, ai sensi dell'art. 2655, comma 4, c.c., non sia il mutuo dissenso che determina la risoluzione volontaria del contratto ma esclusivamente la convenzione che *accerta* l'avverarsi di una causa di risoluzione legale del contratto⁶⁵. Si afferma, inoltre, che la pubblicità del contratto risolutorio deve produrre gli stessi effetti della pubblicità di un normale contratto di alienazione, cioè gli effetti previsti dall'art. 2644 per la trascrizione imposta dagli artt. 2643 e 2645. Tale

della procura), art. 1399 (ratifica), art. 1403 (forma e pubblicità) che disciplina la dichiarazione di nomina e la procura o l'accettazione della persona nominata.

⁶² Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 80 ss.; A. Luminoso, *op. cit.*, 316; G. Capozzi, *Il mutuo dissenso*, cit., 641 s.; A. Magnani, *op. cit.*, 122 s.

⁶³ Cfr. G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, in Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, Utet, 2012, 125 ss.

⁶⁴ De Rubertis, *Risoluzione di contratto immediatamente traslativo e pubblicità immobiliare*, in *Vita not.*, 1984, 812 s.; L. Ferri, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1955, 283.

⁶⁵ L. Ferri, *op. cit.*, 283.

funzione, nel nostro sistema pubblicitario immobiliare, sarebbe affidata solamente alla trascrizione e non all'annotazione⁶⁶.

Sembra più coerente con gli effetti propri del mutuo dissenso, consistenti nell'annientamento del primo negozio con efficacia retroattiva tra le parti, l'impostazione che ammette l'annotazione del mutuo dissenso a margine della trascrizione dell'atto risolto. Secondo questa tesi «all'annotazione delle convenzioni che dispongono l'eliminazione dell'efficacia di un contratto trascritto dovrebbe riconoscersi, pur nel silenzio della legge al riguardo, il ruolo di cui all'art. 2644»⁶⁷. In dottrina è stato segnalato che l'art. 2655 c.c. assolvere alla funzione di opponibilità ai terzi della risoluzione dell'atto trascritto anche nell'ipotesi in cui non si trascriva la domanda giudiziale di risoluzione *ex art. 2652 c.c.* ma si proceda direttamente all'annotamento della sentenza *ex art. 2655 c.c.*⁶⁸. Da quel momento non opera più la salvezza dei diritti acquistati dai terzi dall'acquirente il cui acquisto è stato risolto. Per la risoluzione dei conflitti non può che valere il principio dell'art. 1458, comma 2, c.c. secondo cui «la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi». Ma naturalmente tale principio può valere solo fino a che l'annotamento non sia stato eseguito.

3.4. Profili fiscali del mutuo dissenso.

Le imposte indirette - La tassazione del contratto di mutuo dissenso presente una difficoltà interpretativa dovuta non solo all'incertezza sulla natura giuridica dell'istituto in esame ma anche alla formulazione dell'art. 28 del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro) che disciplina espressamente la risoluzione del contratto.

Ai sensi del primo comma dell'art. 28 citato la risoluzione del contratto è soggetta ad imposta di registro in misura fissa solamente se i) *dipende da clausola o condizione risolutiva espressa contenuta nel contratto stesso oppure* ii) *è stipulata mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata entro il secondo giorno non festivo successivo a quello in cui è stato concluso il contratto*. Stabilisce il secondo comma che «*In ogni altro caso l'imposta è dovuta per le prestazioni derivanti dalla risoluzione, considerando comunque, ai fini della determinazione dell'imposta proporzionale, l'eventuale corrispettivo della risoluzione come maggiorazione delle prestazioni stesse*».

Sulla questione l'Agenzia delle entrate si è espressa una prima volta con la risoluzione n. 239/E del 14 novembre 2007 affermando che l'atto di risoluzione sarebbe assoggettato all'imposta di registro in misura proporzionale, ai sensi dell'art. 28, comma 2, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131⁶⁹.

Recentemente l'Agenzia delle entrate è tornata sulla questione con la risoluzione n. 20/E del 14 febbraio 2014 con la quale ha affrontato il problema del mutuo dissenso in maniera analitica e ampiamente argomentata. In premessa l'Agenzia ha richiamato l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale è pienamente ammissibile, anche per i contratti ad effetti reali, un negozio risolutorio convenzionale che viene concluso dalle parti al fine di estinguere un precedente rapporto giuridico patrimoniale ed eliminarne gli effetti giuridici prodotti. In base a questa impostazione, per

⁶⁶ De Rubertis, *op. cit.*, 816 s.

⁶⁷ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, cit., 170; A. Luminoso, *Il mutuo dissenso*, cit. 365 s.; M. Girolami, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 221 s.

⁶⁸ F. Magliulo, *La natura del mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Notariato*, 2/2013, 138.

⁶⁹ La citata risoluzione n. 329/E del 14 novembre 2007 sostiene anche che la facoltà di risolvere il contratto di donazione perfezionatosi tra donante e donatario non sia trasmissibile *mortis causa* agli eredi del donatario. Secondo la citata risoluzione, la facoltà negoziale di risolvere il contratto non potrebbe considerarsi un bene o un diritto e nemmeno un rapporto giuridico patrimoniale, come tali suscettibili di essere trasmessi agli eredi; la titolarità di tale facoltà compete, in modo esclusivo, al donatario, quale espressione della sua autonomia contrattuale e si sarebbe estinta con la morte del medesimo. L'argomentazione appare decisamente errata poiché le facoltà ed i poteri che derivano alle parti dalla conclusione di un contratto, sono suscettibili di essere trasmessi agli eredi *mortis causa*, si pensi, ad esempio, alla facoltà di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, ai sensi degli artt. 1453 e ss. cc. (Per la trasmissibilità agli eredi della facoltà di risolvere il contratto, A. Busani, *L'imposta di registro*, Ipsa, 2009, 926, nota 1351; A. Magnani, *op. cit.*, 121, nota 21).

effetto della conclusione dell'atto risolutivo, gli effetti prodotti dall'originario contratto sono eliminati, per volontà delle parti, *ab origine*. Quindi la risoluzione ministeriale - dopo avere precisato che la risoluzione per mutuo dissenso non costituisce presupposto per la restituzione delle imposte corrisposte in occasione del precedente atto di trasferimento che viene risolto dalle parti, e che le disposizioni previste dall'art. 28 del d.p.r. n. 131/1986 trovano applicazione anche con riferimento agli atti di risoluzione per mutuo consenso, senza corrispettivo, di atti di donazione - ha precisato la portata applicativa dell'art. 28 citato in relazione al mutuo dissenso di una donazione. Secondo la citata risoluzione «nel caso di risoluzione per “*mutuo consenso*” di un precedente atto di donazione avente per oggetto un bene immobile, senza previsione di un corrispettivo, le parti si obbligano, in linea generale, alla sola restituzione del bene immobile.

Tenuto conto dell'effetto eliminativo che esplica l'atto di risoluzione per “*mutuo consenso*”, si ritiene che tale fattispecie non integra il presupposto per l'applicazione della disciplina prevista per i trasferimenti immobiliari dall'art. 1 della tariffa, parte prima, allegata al TUR, e la consegna dell'immobile all'originario proprietario non assume rilievo ai fini dell'imposta proporzionale di registro.

Premesso quanto sopra, si precisa quindi che l'atto di risoluzione per “*mutuo consenso*” afferente ad un atto di donazione per il quale non è previsto... alcun corrispettivo, deve essere assoggettato a registrazione in termine fisso, con applicazione dell'imposta in misura fissa⁷⁰.

Diversamente, nell'ipotesi in cui dalla risoluzione del contratto derivino prestazioni patrimoniali in capo alle parti, ovvero venga pattuito un corrispettivo per la risoluzione del precedente atto di donazione, troverà applicazione, secondo il disposto dell'art. 28, comma 2, del TUR, l'imposta proporzionale di registro...

Considerato l'effetto retroattivo prodotto dalla risoluzione convenzionale per “*mutuo consenso*”, che elimina *ab origine* gli effetti prodotti dal primo contratto, si precisa, infine, che per la risoluzione per “*mutuo consenso*” relativa ad un atto di donazione avente ad oggetto un diritto reale immobiliare, le imposte ipotecaria e catastale devono essere applicate nella misura fissa di euro 200».

Le imposte dirette - La più volte citata circolare affronta *ex professo* anche il problema delle plusvalenze immobiliari che possono derivare dall'atto di alienazione posto in essere dal donante che ha recuperato il bene immobile per effetto del mutuo dissenso.

Com'è noto, l'art. 67, comma 1, lett. b) del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi) assoggetta a tassazione tra i redditi diversi le plusvalenze realizzate mediante cessione a titolo oneroso di beni immobili acquistati o costruiti da non più di cinque anni, esclusi quelli acquistati per successione e le unità immobiliari urbane che per la maggior parte del periodo intercorso tra l'acquisto o la costruzione e la cessione sono state adibite ad abitazione principale del cedente o dei suoi familiari.

Partendo dall'inquadramento del mutuo dissenso come negozio risolutorio e ripristinatorio, con effetti retroattivi, in forza del quale il donante è ripristinato nella proprietà e nel possesso del bene donato con decorrenza dall'atto di donazione *ex tunc*, si afferma che *il periodo di cinque anni rilevante ai fini della tassazione della plusvalenza deve essere determinato a partire dalla data di acquisto dell'immobile da parte dell'originario donante*. Quanto alla determinazione della plusvalenza, ai sensi dell'art. 68, comma 1, d.p.r. n. 917/1986, la stessa è costituita dalla differenza fra i corrispettivi percepiti nel periodo d'imposta e il costo sostenuto dall'originario donante.

A ben vedere, ai fini della tassazione delle plusvalenze immobiliari di cui agli artt. 67 e 68 del d.p.r. n. 917/1986 il mutuo dissenso della donazione è del tutto ininfluenza poiché la normativa già prevedeva, in funzione antielusiva, la neutralità della donazione dell'immobile, cioè la inidoneità della stessa a realizzare un surrettizio incremento del valore iniziale dell'immobile sul

⁷⁰ Si era già pronunciata per la tassazione del mutuo dissenso con imposta fissa di registro la risoluzione ministeriale n. 250475 del 23 marzo 1988 Direzione Generale registro; per la registrazione a tassa fissa si veda anche Comm. trib. reg. Basilicata, 7 gennaio 2009, n. 4; Comm. trib. prov. Matera, 14 ottobre 2005, n. 157, in *Boll. Trib.*, 2006, 2384; Casino, *Il mutuo dissenso e la legge di registro*, in *Notariato*, 2008, 549.

quale calcolare la plusvalenza. L'art. 67, comma 1, lett. b), secondo periodo del d.p.r. n. 917/1986⁷¹ stabilisce che in caso di cessione a titolo oneroso di immobili ricevuti per donazione, il periodo di cinque anni decorre dalla data di acquisto da parte del donante. L'art. 68, comma 1, secondo periodo⁷² dispone che per gli immobili di cui alla lettera b) del comma 1 dell'art. 67 acquisiti per donazione si assume come prezzo di acquisto o costo di costruzione quello sostenuto dal donante.

⁷¹ Introdotta dal comma 38 dell'art. 37 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223.

⁷² Introdotta dal comma 39 dell'art. 37 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 come modificata dalla relativa legge di conversione.