

## NOVAZIONE OGGETTIVA E DONAZIONE

1. L'occasione delle riflessioni che seguono deriva da un incarico ricevuto in ordine ad una probabile vendita (ma l'acquirente non è stato ancora trovato) di un immobile che attualmente appartiene ad un minore per essergli pervenuto per donazione a suo tempo ricevuta dalla madre.

Parlando con la cliente, mentre le esponevo la complicazione per la circolazione dell'immobile data dalla possibile soggezione di questo agli effetti dell'azione di riduzione e conseguente azione di restituzione, che avrebbero potuto esperire gli altri legittimari di essa donante dopo la sua morte, ove si fossero ritenuti lesi nella quota ad essi riservata dall'ordinamento, e della difficoltà che il Giudice Tutelare potesse autorizzare un atto di mutuo dissenso, per effetto del quale il minore verrebbe di fatto a perdere l'immobile a suo tempo ricevuto in donazione, mi è venuta l'idea della novazione oggettiva e cioè di un atto con il quale le parti di una donazione già stipulata convengono di sostituire l'oggetto della donazione: non più quell'immobile ma un altro, o una somma di danaro, ed ho pensato che rispetto a questo atto poteva porsi una possibile valutazione in termini, se non propriamente di necessità, quanto meno di utilità evidente nell'interesse del minore da sottoporre al Giudice Tutelare.

La possibilità di applicare l'istituto della novazione oggettiva anche alla donazione potrebbe rivelarsi utile anche al di fuori della particolare fattispecie sopra esposta e così, ad esempio, potrebbero le parti di una donazione stipulare una novazione oggettiva relativa alla causa del negozio, che, fermo l'effetto traslativo a suo tempo prodottosi, potrebbe trovare la sua "nuova" giustificazione causale in un rapporto oneroso: se una dazione di danaro può mutare per novazione oggettiva la sua causa da quella di un prestito fruttifero a quella liberale e viceversa, occorre verificare se anche un trasferimento immobiliare possa mutare per novazione oggettiva la sua causa da donativa a quella di una compravendita, cioè quale attribuzione corrispettiva di un prezzo, che potrebbe, in ipotesi, essere pagato contestualmente alla novazione.

2. Ritornando alla fattispecie concreta sopra esposta, la richiesta dell'autorizzazione al mutuo dissenso potrebbe essere sostenuta e motivata con l'esigenza di vendere (più agevolmente) il bene per destinare il ricavato alle necessità del minore (ad esempio per il pagamento di costose cure mediche) o per una sua utilità evidente, quale

potrebbe essere il reinvestimento del ricavato in un altro immobile più redditizio da intestare sempre al minore. Anche così motivata, l'istanza tende, in sostanza, a prospettare l'esigenza di una sostituzione dell'oggetto della precedente attribuzione liberale: non più quell'immobile, ma somma di danaro; non più quell'immobile, ma altro immobile; ma in entrambi i casi, a ben vedere, l'autorizzazione pura e semplice al mutuo dissenso non tutelerebbe a sufficienza il minore, perché non vi sarebbe alcuna certezza che, successivamente al compimento del mutuo dissenso, venisse effettivamente posto in essere il negozio da cui ricavare le somme necessarie o utili per il minore e cioè la vendita del bene da parte dell'originario donante, né potrebbe forse giuridicamente imporsi il reimpiego nell'interesse del minore di somme (quelle derivanti dalla vendita) che *stricto iure*, una volta perfezionatosi il mutuo dissenso, apparterebbero all'originario donante.

Con riguardo alla fattispecie concreta sopra esposta, continua, quindi, ad apparire utile la verifica della fruibilità dell'istituto della novazione oggettiva.

E' noto che gli elementi costitutivi della novazione sono l'*animus novandi*, l'*aliquid novi* e la *causa novandi*.

Il primo elemento si ricava chiaramente dal secondo comma dell'art. 1230 cod. civ., per il quale "la volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco". La dottrina ha precisato, da un lato, che l'intento novativo non deve risultare necessariamente da un'espressa dichiarazione di volontà, ritenendosi sufficiente anche una manifestazione tacita di tale intento, e, dall'altro lato, che il semplice fatto della oggettiva incompatibilità della nuova obbligazione con la precedente non rende superflua l'indagine sulla presenza dell'*animus novandi*, in quanto l'effetto estintivo non consegue *ope legis* dalla mera incompatibilità delle due obbligazioni, dovendo anche in siffatte ipotesi essere presente la volontà novativa delle parti del precedente rapporto, in assenza della quale non può aversi novazione (cfr., per tutti, Bianca, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, 446, 448, testo e nota 22; Magazzù, *Novazione*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 810). Si è ulteriormente chiarito che, in assenza dell'elemento soggettivo dell'*animus novandi*, il solo mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione potrà comportare una semplice modifica del rapporto obbligatorio e non certamente la sua estinzione e sostituzione con un

nuovo rapporto (cfr. Zaccaria, *Novazione*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 285); in assenza dell'*animus donandi* potranno così darsi le ipotesi di una semplice surrogazione oggettiva non novativa della prestazione (cfr. Bianca, *op. cit.*, 448) o di una obbligazione alternativa o congiuntiva alla precedente (cfr. Di Prisco, *Novazione*, in *Tratt. Rescigno*, 9, 1, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1999, 345).

Dall'esame della dottrina sull'*animus novandi* si ricava chiaramente la natura negoziale del fenomeno novativo e cioè che l'effetto estintivo-costitutivo ad esso proprio non può prescindere dalla volontà delle parti del precedente rapporto, e cioè tanto del soggetto attivo quanto del soggetto passivo dello stesso. Ma se l'effetto novativo non può prescindere dal consenso di entrambi tali soggetti, allora la novazione trova la sua fonte in un vero e proprio contratto, la cui causa costante (c.d. *causa novandi*) è da cogliersi proprio nell'interesse delle parti alla sostituzione del rapporto obbligatorio preesistente con un nuovo rapporto (cfr. Bianca, *op. cit.* 454; Magazzù, *op. cit.*, 801). E' rimasta, infatti, isolata la tesi, pur autorevolmente sostenuta (cfr. Rescigno, *Novazione*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, 434), secondo cui la novazione costituirebbe un mero effetto giuridico derivante dalla incompatibilità del nuovo rapporto con quello originario, effetto giuridico che potrebbe derivare anche da fonti non contrattuali.

Quanto all'*aliquid novi*, dallo stesso primo comma dell'art. 1230 cod. civ. si ricava che la nuova obbligazione deve avere, rispetto alla precedente, un carattere di novità in relazione all'oggetto (c.d. novazione reale) ovvero al titolo (c.d. novazione causale).

Con riguardo alla prima ipotesi (novazione reale), dottrina e giurisprudenza affermano che il fenomeno novativo può ricorrere solo qualora rispetto all'oggetto dell'obbligazione originaria intervengano mutamenti di natura qualitativa e non meramente quantitativa, non potendo questi ultimi incidere sulla natura dell'obbligazione e quindi produrre novazione (cfr., per tutti, in dottrina, Magazzù, *op. cit.*, 814, e, in giurisprudenza, Cass., 12 settembre 2000, n. 12039; *contra* Bianca, *op. cit.*, 452, per il quale potrebbe darsi novazione anche nel caso in cui la nuova obbligazione non presenti caratteri di sostanziale diversità rispetto all'obbligazione originaria, purchè la volontà delle parti sia inequivocabilmente diretta all'effetto estintivo-costitutivo).

Più recentemente si è affermato, riprendendo l'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, che la modifica del rapporto obbligatorio non può comportare novazione nel caso in cui tale modifica non faccia venir meno l'identità del rapporto obbligatorio, lasciando inalterato lo sco-

po economico perseguito dalle parti (cfr. Zaccaria, *op. cit.*, 285), come, ad esempio, nel caso in cui la modifica consista nella sostituzione della *res fungibile* oggetto della prestazione originaria con altra appartenente allo stesso genere.

Con riguardo alla seconda ipotesi (novazione causale), in cui la diversità del titolo attiene alla causa dell'obbligazione, si è chiarito in dottrina che la nuova obbligazione avrà un titolo diverso qualora la causa del contratto novativo non possa essere riconducibile a quella del precedente rapporto (cfr. Bianca, *op. cit.*, 450; Di Prisco, *op. cit.*, 348). Gli esempi che vengono solitamente fatti in dottrina sono quelli dell'obbligazione di pagare una certa somma di danaro a titolo di prezzo, che viene novata con l'obbligazione di restituire la somma stessa a titolo di mutuo (novazione del titolo dell'obbligazione di pagamento da contratto di compravendita a contratto di mutuo) e dell'obbligazione di consegnare la cosa venduta che viene novata con l'obbligazione di restituire la cosa stessa a semplice richiesta del proprietario, trovando così l'obbligazione di consegna la sua nuova fonte nel comodato, sopravvenuto proprio in sede di novazione del titolo (cfr. Pompilio, *La novazione*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, vol. III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, 264-265).

3. Occorre, a questo punto, chiedersi se l'istituto della novazione, la cui disciplina viene collocata dal codice civile nell'ambito del capo IV del libro IV, relativo ai modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, sia un fenomeno unicamente proprio del rapporto obbligatorio e non esportabile al di fuori di questo campo, ovvero costituisca l'effetto di un particolare atteggiamento o esplicazione dell'autonomia negoziale, riscontrabile, come tale, anche in altri ambiti o rispetto ad altre situazioni giuridiche soggettive.

La questione, peraltro, ove non venisse posta correttamente, rischierebbe di essere foriera di gravi equivoci e fraintendimenti, come quello relativo al preteso contrasto tra il principio di tipicità dei diritti reali e l'affermazione, riscontrabile anche nella pratica, della atipicità dei negozi ad effetti reali.

Così, con riguardo alla novazione non avrebbe senso chiedersi se la stessa possa riguardare soltanto le obbligazioni o anche i diritti reali, poiché non ha senso pensare che possa estinguersi per novazione il diritto di proprietà o un altro diritto reale.

In verità la novazione si riferisce sempre ad una precedente relazione giuridica intersoggettiva, derivante per lo più da un precedente negozio, anche se non può escludersi che possa derivare da un semplice fatto giuridico precedente, come nel

caso dell'obbligazione di risarcimento da illecito aquiliano.

L'oggetto della novazione è sempre, dunque, costituito da una precedente relazione giuridica intersoggettiva, rispetto alla quale viene a prodursi, per volontà delle parti, un effetto estintivo-costitutivo.

Ma l'essenza dell'istituto non è stata, nel corso di queste riflessioni, ancora toccata. Dispone l'art. 1234, co. 1°, cod. civ., che "la novazione è senza effetto, se non esisteva l'obbligazione originaria". Tale norma sembra del tutto ovvia, ma racchiude, a ben vedere, proprio il cuore, l'essenza dell'istituto. Se, infatti, l'obbligazione originaria non esisteva, nessun effetto estintivo di una precedente relazione giuridica intersoggettiva si è potuto produrre; ma, se nessun effetto estintivo si è prodotto, appare priva di adeguata giustificazione causale la costituzione di un nuovo rapporto giuridico, che, pertanto, viene sanzionata di nullità dall'ordinamento. Ciò significa che i due momenti, quello estintivo e quello costitutivo, per quanto astrattamente dissociabili in senso logico ed in senso cronologico, costituiscono effetti *inscindibili ed interdipendenti* della novazione (cfr. Bianca, *op. cit.*, 444, nota 6; Di Prisco, *op. cit.*, 345). E non è un caso che la dottrina sia arrivata a ricomprendere il negozio novativo nella categoria dei negozi a titolo oneroso ovvero a prestazioni corrispettive, evidenziando come l'effetto estintivo e quello costitutivo si trovino su un piano di reciprocità ovvero di sinallagmaticità (cfr. Bianca, *op. cit.*, 453; Perlingieri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1230, Bologna-Roma, 1975, 67). Se questa è l'essenza del fenomeno novativo, e cioè l'interdipendenza tra effetto estintivo di una precedente relazione giuridica intersoggettiva ed effetto costitutivo di una nuova, allora tale fenomeno potrà, senz'altro, trovare applicazione anche a situazioni analoghe o corrispondenti alla fattispecie concreta sopra esposta, a nulla rilevando che questa riguardi una donazione che abbia già definitivamente prodotto i suoi effetti reali, in quanto è stata già ampiamente dimostrata in dottrina (cfr., per tutti, Capozzi, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, I, 635 ss.; Luminoso, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 49 ss.) l'ammissibilità dei negozi risolutivi dei contratti con effetti reali, riducendosi la particolarità del negozio novativo ipotizzato nella fattispecie concreta sopra esposta soltanto nella interdipendenza della risoluzione-estinzione della precedente donazione rispetto alla nuova donazione avente ad oggetto un altro immobile o una somma di danaro. L'interdipendenza dei due momenti, quello estintivo e quello costitutivo, ne rispetta, tuttavia, la loro distinta natura giuridica di momento nego-

ziale risolutivo il primo e di nuova donazione il secondo, in quanto non si vuole incidere direttamente sui diritti, ponendo in essere una permuta o una compravendita, ma sulle relazioni giuridiche intersoggettive, estinguendo o meglio risolvendo quella precedente e costituendone una nuova avente un oggetto qualitativamente diverso. La configurazione assunta dal negozio novativo, nella fattispecie concreta sopra esposta, consente così di ritenere non violato il disposto dell'art. 323, co. 1°, cod. civ., per il quale "i genitori esercenti la potestà sui figli non possono, neppure all'asta pubblica, rendersi acquirenti direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del minore".

4. Rimane, infine, da chiedersi se possano ravvisarsi ostacoli a concepire una novazione causale di una precedente donazione in un negozio oneroso. La particolarità di questa ipotesi novativa consisterebbe nel fatto che, mentre nel caso della novazione reale si determina l'estinzione-risoluzione di un precedente effetto reale, costituente la inscindibile premessa logica e giuridica del contestuale prodursi di un nuovo effetto reale (altro immobile) o obbligatorio (somma di danaro), nel caso della novazione causale l'effetto reale già prodottosi rimarrebbe fermo, ma soltanto troverebbe la sua "nuova" giustificazione causale, non già nella donazione, ma in un rapporto oneroso. In altri termini, si darebbe vita ad un fenomeno, non propriamente novativo-sostitutivo, ma novativo-trasformativo. Non sembra, tuttavia, consentito mettere in dubbio l'ammissibilità di tale ultimo possibile atteggiarsi del fenomeno novativo, in quanto in tutte le ipotesi esemplificative fatte dalla dottrina con riferimento alla novazione causale, il fenomeno novativo è proprio un fenomeno evolutivo-trasformativo, che mantiene ferme le situazioni effettuali già prodottesi; e così, quando l'obbligazione di consegnare la cosa venduta viene novata con l'obbligazione di restituire la cosa stessa a semplice richiesta dell'acquirente, ormai proprietario-comodante, non si verifica certamente una consegna del bene dal venditore al compratore, seguita da una riconsegna dello stesso bene a titolo di comodato, ma, fermo l'effetto obbligatorio già prodottosi avente ad oggetto la consegna del bene, questo trova la sua causa non più nella originaria compravendita, ma nel nuovo comodato; e quando l'obbligazione di pagare una certa somma di danaro a titolo di prezzo viene novata nell'obbligazione di restituire la somma stessa a titolo di mutuo, non si verifica certamente il pagamento del prezzo, seguito contestualmente dall'erogazione a titolo di prestito della stessa somma, ma fermo l'effetto obbligatorio già prodottosi di dare una somma di danaro, questo trova la

sua causa non più nella originaria compravendita, ma nel nuovo mutuo: in altri termini, in questo caso si sostituisce il titolo, ma non l'effetto già prodotto; e come, nell'ipotesi di novazione dell'obbligazione di pagamento del prezzo nell'obbligazione di rimborso del mutuo, le parti possono porre a carico del debitore l'onere del pagamento di interessi, prima, per patto espresso, non dovuti (cfr. art. 1499 cod. civ.), così, fermo l'effetto traslativo

a suo tempo già prodotti, questo, per volontà delle parti, potrà trovare la sua nuova giustificazione causale non più in una liberalità, ma in una compravendita, ponendosi a carico del destinatario dell'effetto reale, già prodotti, l'onere del pagamento del corrispettivo, prima, secondo l'originario assetto negoziale, non dovuto.

Fabio Valenza