

FRANCO ANGELONI

*Professore Ordinario di Diritto Civile nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Urbino*

**Ancora sulla novazione della donazione in vendita:
*optima repetita iuvant?***

Il presente saggio viene realizzato per fare chiarezza in relazione ad una serie di dubbi che ha sollevato l'estensore di un articolo pubblicato recentemente su una rivista giuridica, relativamente ad un nostro saggio nel quale abbiamo dimostrato la piena validità, per il diritto positivo vigente, della novazione della donazione in vendita.

L'estensore dell'articolo inizia a trattare della «riqualificazione della causa»: al riguardo facciamo preliminarmente notare che a nostro avviso non ha senso parlare di «riqualificazione della causa», sia in quanto non ha alcun senso *qualificare la causa* del negozio, sia in quanto non comprendiamo che cosa debba intendersi per «riqualificazione»: forse si è in presenza di una seconda qualificazione della causa che segue ad una prima qualificazione della stessa?

La tematica della «riqualificazione della causa» viene trattata nei paragrafi 8 e ss., alle pagine 504 e ss. L'estensore esordisce manifestando delle perplessità nei confronti delle dichiarazioni reiterative e cita al riguardo il Betti, facendo riferimento, tra virgolette, ad una «apparenza esteriore» di dichiarazione reiterativa: leggendo con attenzione il passo del Betti, risulta che tale autore non ha fatto mai riferimento al concetto di «apparenza esteriore» della dichiarazione reiterativa ⁽¹⁾.

Nel paragrafo 9 l'estensore inizia a parlare della «riqualificazione causale», limitandosi ad indicare in una sola nota ⁽²⁾ che «la riqualificazione causale è figura

⁽¹⁾ Si vedano al riguardo le pagine 137 e ss. dell'opera di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Vol. XV, t. 2°, Torino, 1952, pp. 137 e ss.

⁽²⁾ Per la precisione nella nota 45 a p. 505.

emersa in più di un'occasione, nel corso dei dibattiti svoltisi nell'ambito delle prime iniziative convegnistiche sul tema»: per quale ragione non vengono inseriti riferimenti più puntuali?

In tale paragrafo l'estensore si occupa di una non meglio precisata «operazione» di recupero di un patto di famiglia, realizzata attraverso un patto «postumo», che, sempre secondo l'estensore, si realizzerebbe nel caso in cui i soggetti che hanno stipulato donazioni anteriormente all'entrata in vigore della disciplina del patto di famiglia di cui agli artt. 768-*bis* e ss. c.c., introdotta dall'art. 2 della legge 16 febbraio 2006, n. 55, intendano «riqualificarle negozialmente come patto di famiglia e attrarre, nella relativa disciplina, le attribuzioni con esse effettuate»⁽³⁾.

L'estensore si pone preliminarmente l'interrogativo della finalità cui tenderebbe la riqualificazione negoziale (che viene subito descritta con la diversa terminologia di «operazione di recupero realizzata attraverso il patto "postumo"»⁽⁴⁾) delle donazioni pregresse come patti di famiglia: tale finalità sarebbe quella di «disapplicare, in forza dell'accordo liquidativo nuovo, la disciplina ordinaria delle liberalità: in particolare per farne venir meno la normale rilevanza successoria»⁽⁵⁾.

Nell'analizzare la «fattibilità dell'operazione» l'estensore ritiene di non potere ricondurre la stessa alla riqualificazione *della causa* del contratto di donazione, argomentando tale tesi sulla base di una indimostrata insuperabilità di «limiti strutturali di disponibilità

⁽³⁾ Così G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 505.

⁽⁴⁾ In tale senso v. sempre G. AMADIO, *op. cit.*, p. 506.

⁽⁵⁾ In tale senso v. sempre G. AMADIO, *op. cit.*, loc. cit.

dell'effetto giuridico», in quanto, sempre secondo l'estensore dell'articolo, «si ipotizzerebbe una *retroazione* della modifica, non solo (probabilmente) non voluta, ma ostacolata dalla sopravvenienza normativa, che impedisce in radice di ricondurre l'applicazione del regime *ex pacto* a un tempo ad essa anteriore»⁽⁶⁾.

Subito dopo, tuttavia, l'estensore dell'articolo si contraddice palesemente, in quanto, dopo avere sbrigativamente escluso di ricondurre l'«operazione» all'area della reiterazione negoziale⁽⁷⁾, ritiene appunto ammissibile la riqualificazione, come patti di famiglia, di donazioni pregresse, affermando che «l'ammissibilità dell'accordo liquidativo posteriore discende, *de plano*, dal riconoscimento normativo del patto»⁽⁸⁾.

Ci limitiamo a fare osservare che è corretto parlare di qualificazione del contratto o del negozio, e non della causa dello stesso, in quanto appunto la qualificazione *del negozio giuridico* consiste nella «sussunzione della fattispecie nel tipo astratto»⁽⁹⁾, mentre non ha alcun senso fare riferimento alla qualificazione *della causa* del negozio giuridico.

Nel successivo paragrafo 9 l'estensore si occupa della novazione della donazione della quale abbiamo trattato in un nostro precedente lavoro⁽¹⁰⁾, che l'estensore inizia subito a classificare in termini di *riqua-*

⁽⁶⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, p. 506.

⁽⁷⁾ V. al riguardo sempre G. AMADIO, *op. cit.*, p. 506, il quale, dopo avere affermato che un «confronto analitico» sarebbe «in questa sede precluso», si limita ad affermare apoditticamente che l'operazione in esame «ha ben poco a che fare» sia con la *ripetizione*, sia con la *rinnovazione*, sia con la *modificazione pura*.

⁽⁸⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, p. 508.

⁽⁹⁾ Così CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s. a. (ma 1950), p. 686.

⁽¹⁰⁾ Ci riferiamo al nostro lavoro *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2007, pp. 933 e ss. nonché sulla rivista telematica DIRITTOeGIUSTIZI@ del 2 giugno 2007.

lificazione causale ⁽¹¹⁾, mentre in nessuna parte del nostro saggio abbiamo fatto riferimento a tale discutibile ed apodittica classificazione (al riguardo precisiamo che abbiamo utilizzato per ben dieci volte il termine «qualificazione» ma come riferito espressamente ed esclusivamente solo al contratto o al negozio).

Nel vagliare la tesi da noi sostenuta, l'estensore dell'articolo precisa che la nostra argomentazione «tende a essere assertiva (e sostanzialmente apodittica)» ⁽¹²⁾.

L'estensore considera come apodittica la nostra affermazione relativa alla *sicura* validità della novazione del contratto. All'estensore sfugge tuttavia che non vi è coincidenza tra disposizione e norma ⁽¹³⁾, per cui la disciplina giuridica di un determinato istituto può e deve ricavarsi anche da disposizioni normative che disciplinano istituti diversi, come avviene, ad es., con riferimento alla disciplina della rappresentanza apparente, istituto relativo al contratto in genere ma che viene ritenuto ammissibile in base alla disposizione normativa di cui all'art. 1189 c.c., che disciplina il pagamento al creditore

⁽¹¹⁾ In tale senso v. G. AMADIO, *op. cit.*, p. 508.

⁽¹²⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, p. 509.

⁽¹³⁾ Infatti, come ha osservato la migliore dottrina dell'interpretazione giuridica, la norma non è oggetto dell'attività interpretativa, ma solo il risultato della stessa, la quale appunto consiste nell'attribuzione di un significato ad uno o più enunciati che costituiscono le «disposizioni di legge» o i «documenti normativi» (in tale senso v. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. del dir.*, Vol. XIII, Milano, 1964, p. 196; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Vol. I, t. 2, Milano, 1980, pp. 8-9 e R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1974, disposizioni sulla legge in generale, artt. 10-15, p. 215, il quale così testualmente afferma: «premesso che intendiamo riferirci a ciò che si indica come interpretazione della legge, che vogliamo cioè riferirci allo *jus scriptum*, s'impone una precisazione di notevole importanza teorica. Nel linguaggio comune dei giuristi è d'uso che si parli di interpretazione di «norme» giuridiche. Ora questo modo di dire è senza dubbio inesatto perché scambia l'oggetto con il risultato della attività interpretativa. La legge non è un complesso di norme, ma un complesso di «disposizioni» che debitamente interpretate e integrate le une con le altre consentono di scoprire la *norma agendi*, cioè il diritto»).

apparente, ossia in base ad una disposizione che disciplina letteralmente solo l'obbligazione e non il contratto.

La stessa tecnica argomentativa, a nostro avviso, è applicabile alla fattispecie della novazione contrattuale (o negoziale), che, pur non essendo prevista da una precisa disposizione normativa, è considerata valida anche sulla base della normativa sulla novazione dell'obbligazione di cui agli artt. 1230 e ss.

Inoltre all'estensore sfugge che abbiamo ampiamente argomentato la nostra tesi sull'ammissibilità della novazione contrattuale (o negoziale) proprio facendo riferimento alla disciplina della novazione ⁽¹⁴⁾.

Sempre secondo l'estensore dell'articolo, la giurisprudenza da noi citata a favore della tesi

⁽¹⁴⁾ Per comodità dei nostri lettori riportiamo di seguito il passo della nostra motivazione:

«L'ammissibilità della novazione contrattuale diretta a sostituire la causa di un precedente contratto con una nuova causa, a nostro avviso, trova inoltre una inequivocabile conferma nella previsione, da parte dell'art. 1230 c.c., della cosiddetta «novazione causale» (su tale definizione della novazione con la quale viene mutato il titolo dell'obbligazione v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, t. 1, Padova, 2004, p. 110), con la quale le parti estinguono l'obbligazione sostituendo all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con *titolo diverso* (in tale senso v. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 449-450, il quale afferma che «la diversità del titolo deve intendersi come diversità del titolo sostanziale, ossia della causa dell'obbligazione. La causa dell'obbligazione si identifica nella causa del contratto, e l'obbligazione novata ha un «titolo diverso» quando la causa del contratto novativo non è riconducibile a quella del precedente rapporto (es.: l'obbligo di pagare una somma di denaro per canoni anticipati di locazione si converte in obbligo di pagare il prezzo dell'immobile)»). Ora, se è ammessa la novazione causale relativamente ad un'obbligazione derivante da un contratto ad effetti solo obbligatori, deve anche ammettersi la novazione causale in relazione ad un contratto ad effetti anche reali, e ciò per la fondamentale considerazione che l'effetto reale di cui all'art. 1376 c.c., che si verifica in virtù del principio consensualistico, non è altro che il risultato di una lunga evoluzione normativa che trae le sue origini dal contratto con effetti obbligatori, il quale un tempo produceva il trasferimento della proprietà solo attraverso la mediazione di un'obbligazione di dare in senso tecnico, avente ad oggetto il trasferimento della proprietà dal debitore al creditore, che andava adempiuta mediante la *traditio*. L'attuale principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., infatti, costituisce il risultato finale di un processo di progressiva spiritualizzazione e successiva eliminazione della *traditio*, in esito al quale il negozio giuridico è divenuto idoneo a produrre anche effetti traslativi immediati; il negozio ad effetti traslativi immediati, pertanto, ben può essere descritto come «negozio obbligatorio ad adempimento automatico, per così dire, rispetto all'obbligazione di compiere l'atto di trasferimento» (così CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Vol. 9, 1984, p. 67, il quale evidenzia che in tale modo «l'effetto reale viene ad occupare il luogo che spetterebbe all'obbligazione a produrlo, come se tale obbligazione fosse sorta ed estinta in modo soddisfacente in unico baleno»).

dell'ammissibilità della novazione contrattuale (o negoziale) sarebbe sempre e solo riferita «ad ipotesi di novazione di un *rappporto obbligatorio* nascente dal contratto»⁽¹⁵⁾.

Anche tale ultima affermazione è assolutamente priva di fondamento ed è assolutamente apodittica in quanto, evidentemente, l'estensore non ha letto la parte del nostro saggio (in particolare la nota 21) che cita la giurisprudenza in materia, né ha effettuato ricerche dirette ad individuare successive pronunce⁽¹⁶⁾.

L'estensore dell'articolo continua la sua critica alla nostra tesi, secondo la quale, nel caso della novazione di una precedente novazione, non si sarebbe in presenza di una risoluzione del contratto per mutuo dissenso, ma si una semplice novazione causale del precedente contratto, ritenendo che la nostra tesi contrasterebbe con l'essenziale effetto estintivo che caratterizzerebbe sempre la novazione⁽¹⁷⁾: ma, come è ammesso dallo stesso estensore, la novazione, quand'anche riferita alle obbligazioni, estingue un precedente rapporto obbligatorio, senza al contempo determinare anche la risoluzione del contratto o del negozio che ne costituisce la fonte, ciò che si verifica invece nel caso del mutuo dissenso. L'art. 1230, comma 1° c.c., infatti, dispone inequivocabilmente che con la novazione «*l'obbligazione* si estingue quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione *con oggetto o titolo diverso*», deno-

⁽¹⁵⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, p. 510.

⁽¹⁶⁾ In tale senso v., per tutte, le decisioni di Cass., 25 maggio 2011, n. 11513, in *Cassazione civile*, la quale afferma la configurabilità della novazione del contratto di vendita; Cass., 18 luglio 1997, n. 6618, in *Cassazione civile*, la quale ammette la novazione negoziale del contratto preliminare da parte del contratto definitivo; Cass., 4 maggio 1994, n. 4474, in *Foro it.*, 1995, I, cc. 2963 e ss., la quale afferma la configurabilità della novazione del contratto di appalto.

⁽¹⁷⁾ V. al riguardo sempre G. AMADIO, *op. cit.*, p. 510.

tando in modo incontestabile che può essere sostituita una precedente obbligazione da un'altra obbligazione modificando il titolo fonte della nuova obbligazione che sostituisce appunto la precedente.

Lo stesso estensore riconosce implicitamente l'assoluta inconsistenza della propria tesi in quanto, subito dopo, afferma che non si sarebbe in presenza di un negozio risolutorio che determina la risoluzione della donazione per mutuo dissenso, poiché afferma testualmente che «il che equivale a ipotizzare una semplice *modificazione* del rapporto originario, che ne presuppone necessariamente la persistenza. Si tratterebbe, in altri termini, di un contratto meramente modificativo» ⁽¹⁸⁾. Dunque l'estensore concorda con la nostra tesi per cui la novazione della donazione modifica la causa della donazione in quella della vendita, mediante appunto la sostituzione della causa stessa. A questo punto l'estensore è costretto ad «arrampicarsi sugli specchi» pur di negare la validità della nostra tesi. Per dimostrare l'inammissibilità di novare la donazione in vendita, l'estensore, infatti, afferma innanzitutto che «novare la causa della donazione equivale a modificare pattiziamente il titolo di una proprietà acquisita: esito *certamente precluso* sia allo strumento novativo, sia a quello meramente modificativo» ⁽¹⁹⁾.

L'affermazione che precede è apodittica ed errata: apodittica in quanto l'estensore non motiva la propria tesi sulla inammissibilità di «modificare pattiziamente il titolo di una proprietà acquisita», errata in quanto è lo stesso diritto positivo vigente che prevede espressamente tale modifica, come avviene, ad esempio, nel caso della

⁽¹⁸⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, loc. cit.

⁽¹⁹⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, p. 511.

figura delle obbligazioni convertibili in azioni di cui al vigente art. 2420-*bis* c.c., che, secondo il prevalente orientamento, andrebbero configurate come obbligazioni con la contestuale presenza di un'opzione di novazione di un rapporto di mutuo in un rapporto di società⁽²⁰⁾, che vede come soggetti attivi dell'opzione i titolari delle obbligazioni convertibili. Nel caso delle obbligazioni convertibili in azioni viene addirittura consentito di sostituire pattiziamente al titolo di un'obbligazione il titolo di una proprietà, in quanto appunto le azioni, secondo il prevalente orientamento, sono dei veri e propri beni di proprietà degli azionisti.

Resosi evidentemente conto della inconsistenza del proprio apparato argomentativo, l'estensore nega che sia consentito alle parti di un negozio il potere di «ridefinire il significato della regola contrattuale (e dell'operazione economica che esprime)»⁽²¹⁾, in quanto tale potere sarebbe un «potere riservato alla legge e al giudice»⁽²²⁾.

Anche tale affermazione è apodittica ed errata, sia in quanto l'estensore non motiva la tesi appena esposta, sia in quanto il diritto positivo vigente riconosce un ampio rilievo all'autonomia privata (addirittura con una disciplina dotata di copertura costituzionale, sia in campo patrimoniale (*ex* art. 41 Cost.), sia in campo non patri-

⁽²⁰⁾ In tale senso v., per tutti, ROSSELLA CAVALLO BORGIA, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del cod. civ.*, artt. 2410-2420-ter, Bologna-Roma, 2005, pp. 214-215, secondo la quale «conclusivamente, si deve rilevare che nella fattispecie negoziale in cui si concreta l'emissione di obbligazioni convertibili è contenuto, oltre ad un contratto di mutuo obbligazionario, un contratto di opzione relativo alla partecipazione alla società le cui azioni sono oggetto della conversione. Al momento della sottoscrizione del prestito si perfeziona tra società ed obbligazionisti anche un contratto di opzione di azioni risultanti dalla conversione, in virtù del quale il sottoscrittore diviene titolare del diritto potestativo di esercitare appunto la conversione, la quale deve venire obbligatoriamente concessa dalla società».

⁽²¹⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, p. 512.

⁽²²⁾ Così sempre G. AMADIO, *op. cit.*, loc. cit.

moniale (*ex art. 2 Cost.*) ⁽²³⁾, dal momento che l'art. 1322 c.c. consente alle parti non solo di «liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge», ma addirittura di «concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Ora, mentre nel caso della conclusione di contratti (o negozi) atipici occorre vagliare la compatibilità, con il nostro ordinamento, di una causa atipica, nessun problema si pone nel caso di ricorso a contratti (o negozi) tipici, per i quali il legislatore ha già effettuato il vaglio di liceità del regolamento negoziale, sotto il profilo causale, e ciò, evidentemente, avviene anche nel caso della sostituzione della causa della donazione a quella della vendita. Qualcuno potrebbe tuttavia obiettare che mentre sono sicuramente lecite la causa della donazione e quella della vendita, nel caso del negozio che determina la *sostituzione della causa* è rispetto al negozio che determina tale sostituzione che deve porsi il problema della sussistenza di una causa lecita: a tale obiezione è facile replicare sia che è lo stesso legislatore che, nel prevedere, nell'art. 1230, comma 1° c.c., la novazione causale, ossia la novazione che determina la sostituzione del titolo o causa, ha affermato inequivocabilmente la validità di tale negozio sostitutivo, sia che il legislatore si è spinto sino a sostenere la validità del negozio con il quale si inserisce *ex novo* una causa, come avviene nel caso della transazione su un contratto nullo per mancanza di causa ma non illecito, che viene considerata valida dall'art. 1972, comma 2° c.c., purché

⁽²³⁾ In tale senso v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, pp. 146 e ss.

le parti fossero consapevoli della nullità del contratto per mancanza di causa.

A questo punto l'estensore tenta «il tutto per tutto», affermando conclusivamente che «nel nostro ordinamento (che non conosce la distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*), il trasferimento della proprietà si fonda sulla causa della regola d'autonomia che lo dispone: in diritto italiano è la causa del contratto traslativo a fungere da causa efficiente (e da ragione giustificativa) dell'attribuzione: e non è neppure pensabile che essa possa venir meno (o mutare) senza rimettere in discussione l'effetto ad essa ricollegato»⁽²⁴⁾.

Anche tale ultima affermazione è apodittica ed errata: apodittica, in quanto l'estensore non motiva la tesi appena esposta, affermando testualmente che «non è neppure pensabile» una tesi diversa da quella da lui sostenuta.

L'affermazione è inoltre errata in quanto l'art. 922 c.c. annovera espressamente i *contratti* tra i modi di acquisto della proprietà: forse la vendita non è un valido contratto tipico idoneo a determinare il trasferimento della proprietà? Se la vendita può determinare un trasferimento di proprietà, *a fortiori* la causa di tale contratto potrà essere idonea a non fare venire meno un trasferimento di proprietà già avvenuto per effetto di una donazione, che viene appunto novata in vendita.

Circa poi la presunta mancata conoscenza, da parte del nostro ordinamento, della differenza tra *titulus* e *modus acquirendi* (ciò che peraltro è tutto da dimostrare, in quanto vi sono delle zone del nostro territorio nazionale dove vige ancora il cosiddetto «sistema tavolare», in cui

⁽²⁴⁾ Così G. AMADIO, *op. cit.*, p. 512.

abbiamo ancora la scissione tra *titulus* e *modus adquirendi* ⁽²⁵⁾), come direbbe un personaggio esperto di questioni giuridiche, «*che c'azzecca*» con la problematica dalla novazione della donazione in vendita?

⁽²⁵⁾ V. al riguardo l'art. 2, comma 1° del regio decreto 28 marzo 1929, n. 499, ai sensi del quale «a modificazione di quanto è disposto dal codice civile italiano, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con la iscrizione del diritto nel libro fondiario».