

I NUOVI ORIENTAMENTI della CASSAZIONE CIVILE

a cura di
CARLO GRANELLI

I NUOVI ORIENTAMENTI della **CASSAZIONE CIVILE**

a cura di
CARLO GRANELLI

ISBN 9788828858959

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2023
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

In presenza di un contratto attraverso il quale le parti hanno modificato un precedente contratto tra le stesse vigente, quali criteri permettono di distinguere l'ipotesi in cui si sia determinata una vicenda semplicemente modificativa dell'originario rapporto obbligatorio da quella in cui si sia invece attuata una doppia vicenda estintiva del precedente e costitutiva di un nuovo ed autonomo rapporto obbligatorio? I suddetti criteri sono utilizzabili anche per valutare il tipo di effetto prodotto da una modifica dell'oggetto che ha riguardato un precedente rapporto ipotecario?

● **Cass. 14 settembre 2022, n. 27028 — Pres. Di Virgilio, Est. Giannaccari**

*La novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con nuove ed autonome situazioni giuridiche, caratterizzato dall'*animus novandi*, consistente nella inequivoca intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e dall'*aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto, dovendosi invece escludere che la semplice regolazione pattizia delle modalità di svolgimento della preesistente prestazione produca novazione. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza d'appello che, senza accertare l'effettiva presenza di un *animus novandi*, aveva ritenuto estinta un'obbligazione del soggetto preponente verso uno dei suoi coagenti solo perché il rapporto di agenzia, già facente capo a questi, era continuato con un soggetto costituito in forma societaria).*

FATTO — 1. Tizio citò in giudizio innanzi al Tribunale di Fermo la Alfa assicurazioni s.p.a., chiedendone la condanna al pagamento di una somma di danaro dovuta a titolo di indennità ex artt. 25-33 dell'Accordo Nazionale Agenti, in virtù dell'atto di recesso dal rapporto di agenzia. L'attore dedusse di essere stato nominato coagente principale unitamente a Caio in data 1° marzo 1990 e di aver costituito nel 1997 la società Beta di Tizio & Caio s.n.c., che non era subentrata nel rapporto di agenzia. In data 11 novembre 2008, l'attore comunicò il recesso alla compagnia Alfa chiedendole la corresponsione delle indennità a lui spettanti. Si costituì la società Alfa assicurazioni s.p.a. eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva e, nel merito, chiedendo volersi dichiarare il rigetto della domanda. Il Tribunale di Fermo rigettò la domanda; accertò che Tizio e Caio avevano costituito la società Beta di Tizio e Caio s.n.c. per mezzo della quale esercitavano il mandato di agenzia sicché il recesso di Tizio era qualificabile come recesso del socio dalla società agente e non già quale recesso del coagente. Dopo la costituzione della società, avvenuta nel 1997, la titolarità del rapporto apparteneva alla Beta di Tizio & Caio s.n.c. e non ai singoli agenti. Ne conseguiva che la richiesta di indennità risolutorie doveva essere rivolta

non alla società preponente quanto alla società agente, vista anche la continuazione del rapporto di agenzia in capo all'altro socio.

2. L'appello di Tizio venne rigettato dalla Corte d'Appello di Ancona, la quale affermò che pur essendo stato il contratto di agenzia con la Beta di Tizio & Caio s.n.c. costituito per *facta concludentia*, una serie di documenti dimostravano in modo inequivocabile il consenso al mutamento della titolarità del rapporto in capo alla società. Il recesso di Tizio era dunque configurabile come recesso del socio dalla società agente e non già quale recesso del coagente.

3. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso Tizio sulla base di quattro motivi. Ha resistito con controricorso la Alfa assicurazioni s.p.a.

DIRITTO — 1. Con il primo motivo di ricorso, Tizio deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1742 c.c. e dell'art. 2 dell'Accordo Nazionale Agenti di Assicurazione del 23 dicembre 2003, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 per avere la corte di merito erroneamente ritenuto che per il contratto di agenzia non fosse prevista la forma scritta, in contrasto con la previsione letterale di cui all'art. 1742 c.c. e dell'art. 2 dell'Accordo Nazionale degli Agenti di Assicurazione del 23 dicembre 2003. Secondo la tesi del ricorrente, anche per le modifiche contrattuali successive alla conclusione del contratto di agenzia dovrebbe sussistere il requisito della forma scritta, non essendo sufficiente che la fattispecie negoziale venga perfezionata per *facta concludentia*. Nel caso di specie, la Beta di Tizio & Caio s.n.c. sarebbe stata costituita dai due coagenti per la gestione amministrativa e contabile dell'agenzia, ma il mandato sarebbe stato svolto personalmente ed individualmente dai coagenti. Ne consegue l'applicabilità dell'art. 35 dell'Accordo Nazionale Agenti, il quale, in caso di scioglimento del contratto di agenzia, prevede che gli agenti mantengano "l'anzianità di gestione maturata".

2. Il motivo non è fondato.

L'art. 1742 c.c., prevede che l'incarico agenziale e le sue condizioni di esercizio devono risultare per iscritto dal contratto di agenzia.

Detta disposizione è testualmente riprodotta nell'art. 2 dell'Accordo Nazionale degli Agenti di Assicurazione del 23 dicembre 2003.

La giurisprudenza di questa Corte è consolidata nel ritenere che la forma del contratto di agenzia, essendo prevista da una fonte negoziale, deve ritenersi prescritta "*ad probationem*", atteso che la prescrizione della forma "*ad substantiam*" è prevista dal legislatore solo per alcuni contratti.

La prescrizione di forma di cui all'art. 1742 c.c. va intesa nel senso che la prova dell'esistenza del contratto deve essere data per iscritto e non già il contratto stesso, che, quand'anche stipulato verbalmente, sarebbe comunque valido ed efficace (Cass., 5165/15; Cass. 4167/96).

Osserva il collegio che la prescrizione della forma ha effetti solo sul piano processuale e, in particolare, nel caso in cui la forma sia richiesta *ad probationem*, la conseguenza consiste nell'esclusione ed inammissibilità della prova testimoniale e di quella per presunzioni (Cass. 4167/96).

Ne consegue che è valida l'esecuzione volontaria del contratto, la conferma di esso e la sua ricognizione volontaria, come pure la possibilità di ricorrere alla

confessione ed al giuramento, dovendosi escludere unicamente la possibilità della prova testimoniale (salvo che per dimostrare la perdita incolpevole del documento) e di quella per presunzioni.

L'indicato convincimento del collegio trova riscontro nell'orientamento di questa Corte che, con la decisione n. 32984/19, ha confermato l'indirizzo già manifestato con la sentenza n. 1824/13, secondo cui "la forma del contratto di agenzia, essendo prevista da una fonte negoziale, deve ritenersi prescritta *ad probationem* con la conseguenza che, in mancanza di essa, è valida l'esecuzione volontaria del contratto, la conferma di esso e la sua ricognizione volontaria, come pure la possibilità di ricorrere alla confessione ed al giuramento, dovendosi escludere unicamente la possibilità della prova testimoniale, salvo che per dimostrare la perdita incolpevole del documento e di quella per presunzioni. Ove, peraltro, risulti documentata per iscritto l'esistenza del contratto, è ammissibile il ricorso alla prova orale o per presunzioni al fine di dimostrare quale sia stata la comune intenzione della parte mediante un'interpretazione del contratto non limitata al senso strettamente letterale delle parole.

Nel caso di specie, la Corte di merito ha tratto la prova della conclusione del contratto di agenzia tra la Alfa assicurazioni s.p.a. e la Beta di Tizio & Caio s.n.c. da una serie di documenti, che dimostravano in modo inequivocabile il consenso al mutamento della titolarità del rapporto in capo alla società; in particolare, la Corte di merito ha fatto riferimento alla comunicazione del 13 giugno 2003, con cui Tizio e Caio comunicarono alla società Alfa assicurazioni s.p.a. di aver costituito tra di loro una società, la Beta di Tizio & Caio s.n.c., il cui oggetto sociale era "lo svolgimento di attività di gestione agenziale assicurativa in nome e per conto della Delta Assicurazioni".

Seguiva, nel 2004, un'appendice di variazione allegata alla lettera di incarico agenziale ed una denuncia di Tizio e Caio del 28 novembre 2005, in cui i predetti si definivano soci dell'agenzia "monomandataria della Delta Assicurazioni".

Anche dagli atti interni, e segnatamente dalla procura autenticata dal notaio, con cui veniva indicata "l'Agenzia di Fermo" e veniva attribuito ai due soci la qualità di "delegato dell'attività agenziale della predetta società", poteva evincersi il mutamento della titolarità del rapporto agenziale in capo alla società Beta di Tizio & Caio s.n.c.

3. Con il secondo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1231 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per avere la corte distrettuale erroneamente ritenuto che il contratto di agenzia con la società fosse stato costituito per *facta concludentia* e provato da una serie di documenti che dimostrerebbero il mutamento della titolarità del rapporto (esattamente dalla comunicazione del 13 giugno 2003, con cui Tizio e Caio comunicarono alla Alfa assicurazioni s.p.a. di aver costituito tra di loro una società, la Beta di Tizio & Caio s.n.c., il cui oggetto sociale era "lo svolgimento di attività di gestione agenziale assicurativa in nome e per conto della Delta Assicurazioni"). L'art. 1231 c.c., prevede invece che il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e di ogni altra modificazione accessoria non producono

novazione sicché l'esistenza di documenti scambiati per regolare aspetti accessori del rapporto non potrebbero costituire una novazione soggettiva.

Il motivo è fondato.

La novazione oggettiva richiede, per definizione, sia l'inequivoca intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, sia il mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto giuridico intercorso tra le stesse (cfr., *ex plurimis*, Cass. 17 agosto 2004, n. 16038; Cass. 21 gennaio 2008, n. 1218; Cass. 6 luglio 2010, n. 15980).

Essa si configura come un contratto al contempo estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con distinte ed autonome situazioni giuridiche, sicché ne costituiscono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, l'*animus novandi*, consistente nell'univoca e comune intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'*aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto, non potendosi, invece, attribuire alcuna rilevanza alle mere modificazioni accessorie di cui all'art. 1231 c.c.

L'esistenza di tali, specifici elementi deve essere in concreto verificata dal giudice del merito, con un accertamento di fatto che si sottrae al sindacato di legittimità soltanto se è conforme alle disposizioni contenute nell'art. 1230 c.c., commi 1 e 2, e art. 1231 c.c. e se risulta congruamente motivato (cfr., *ex plurimis*, Cass. 26 febbraio 2009, n. 4670; Cass. 11 ottobre 2012, n. 17328; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27390).

Nel caso di specie, la Corte di merito ha svolto l'indagine unicamente sul mutamento della titolarità del rapporto di agenzia, individuando una serie di documenti comprovanti la sostituzione del rapporto di coagenzia, originariamente esistente tra Tizio, Caio e la Alfa assicurazioni s.p.a. con il rapporto di agenzia con la neo costituita Beta di Tizio & Caio s.n.c.; nessuna indagine è stata, invece, svolta dal giudice di merito in ordine all'*animus novandi*, per accertare se il mutamento della titolarità del rapporto di agenzia avesse effettivamente determinato l'estinzione delle originarie obbligazioni, tra cui l'obbligazione di corrispondere l'indennità al coagente e la sua contestuale sostituzione con quella della società.

La Corte di merito non ha fornito alcun elemento idoneo a dimostrare la comune e certa intenzione delle parti di modificare l'oggetto o del titolo della prestazione dovuta dal debitore e quindi di estinguere l'obbligazione di corrispondenza delle indennità del coagente.

Al contrario, non è stata ravvisata alcuna situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente con gli agenti e quello intrattenuto con la società tale da comportare l'estinzione delle obbligazioni preesistenti ed il sorgere di obbligazioni oggettivamente diverse da quelle originarie.

La "chiara ed univoca volontà di assumere la titolarità del rapporto di agenzia" da parte della società (pag. 4 della sentenza impugnata), in assenza di ulteriori elementi rivelatori dell'*animus novandi*, non implica l'estinzione delle obbligazioni assunte dalla Alfa nei confronti dei coagenti.

Pertanto, al di fuori dell'ipotesi di un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso, il giudice di merito dovrà accertare se le parti abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, costitutivo di autonome obbligazioni, ovvero se esse si siano limitate ad apportare modifiche alle obbligazioni preesistenti senza elidere il collegamento con il precedente contratto (si veda per l'ipotesi di transazione novativa Cass., sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 21371; Cass., sez. III, 14 luglio 2011, n. 15444; Cass. 14 luglio 2006, n. 13717).

Sul piano soggettivo, deve essere quindi accertato se sussista una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ovvero che esse abbiano palesato il loro intento di instaurare tra loro un nuovo rapporto e di estinguere quello originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati.

La sentenza impugnata va, pertanto cassata con rinvio alla Corte d'appello di Ancona in diversa composizione, che si atterrà al seguente principio di diritto:

“La novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con nuove ed autonome situazioni giuridiche; di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, l'*animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'*aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto, dovendosi invece escludere che la semplice regolazione pattizia delle modalità di svolgimento della preesistente prestazione produca novazione”.

Il giudice di rinvio regolerà le spese del giudizio di legittimità. Vanno dichiarati assorbiti i restanti motivi.

NOVAZIONE OGGETTIVA E CONTRATTO MODIFICATIVO DELL'OGGETTO. IL PROBLEMA DEL TRASFERIMENTO DELL'IPOTECA

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Novazione oggettiva come contratto. Osservazioni critiche. — 3. *Aliquid novi* e *animus novandi*. Osservazioni sistematiche. — 4. Ulteriori esiti applicativi del principio generale enucleato da Cass. 14 settembre 2022, n. 27028.

1. Con la sentenza n. 27028 del 2022, la Corte di Cassazione ha deciso la lite vertente tra una compagnia di assicurazione — la società Alfa assicurazioni s.p.a. — e Tizio, al quale quest'ultima aveva precedentemente conferito un incarico di coagente.

Successivamente, Tizio e Caio — l'altro coagente — avevano tra loro costituito la società Beta di Tizio e Caio s.n.c. adibendola alla gestione del rapporto di agenzia loro riconducibile.

Più tardi, Tizio aveva comunicato il proprio recesso dal rapporto di agenzia, chiedendo ad Alfa assicurazioni s.p.a. la corresponsione delle indennità maturate. Quest'ultima tuttavia aveva disatteso la pretesa di Tizio.

In primo grado, il Tribunale rigettava la domanda proposta da Tizio in considerazione del fatto che il recesso dallo stesso formulato aveva prodotto lo scioglimento del rapporto in essere con la Beta di Tizio e Caio s.n.c., non già quello di coagenzia in precedenza in essere con Alfa assicurazioni s.p.a. Ciò in quanto, in conseguenza della costituzione della stessa Beta di Tizio e Caio s.n.c. e della gestione da parte di essa del precedente rapporto di agenzia, la titolarità della stessa agenzia si era trasferita in capo a quest'ultima.

La Corte d'Appello confermava la sentenza di primo grado, aggiungendo che il nuovo contratto di agenzia tra Alfa assicurazioni s.p.a. e Beta di Tizio e Caio s.n.c. si era costituito per fatti concludenti.

Proponeva ricorso per cassazione Tizio, deducendo la violazione dell'art. 1231 c.c., rubricato "modalità che non importano novazione" — secondo cui "Il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione" — per avere la Corte d'Appello ravvisato la costituzione per fatti concludenti di un nuovo contratto di agenzia in conseguenza della costituzione della Beta di Tizio e Caio s.n.c., anziché una modifica accessoria della precedente agenzia relativamente alla gestione amministrativa della stessa.

Con la sentenza in rassegna, la Corte di Cassazione accoglie questo motivo di ricorso e cassa con rinvio la sentenza impugnata, sul rilievo che dal fatto della costituzione della Beta di Tizio e Caio s.n.c. non poteva trarsi la conseguenza della novazione oggettiva dell'originario rapporto di agenzia, non avendo il giudice di merito accertato la ricorrenza degli elementi essenziali richiesti per il contratto di novazione oggettiva.

Nel decidere la lite, la Suprema Corte ha inteso porre il seguente principio di diritto: "La novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con nuove ed autonome situazioni giuridiche; di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, l'*animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'*aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto, dovendosi invece escludere che la semplice regolazione pattizia delle modalità di svolgimento della preesistente prestazione produca novazione".

2. Preme osservare che con questa sentenza la novazione oggettiva è qualificata come contratto; in particolare, come il contratto “al contempo estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con distinte ed autonome situazioni giuridiche”. Coerentemente alla premessa concettuale, la Suprema Corte precisa di considerare quali requisiti essenziali di detto contratto i soggetti, la causa, l'*aliquid novi* e l'*animus novandi*.

Questa sistemazione desta qualche perplessità.

Non è chiaro innanzitutto a cosa abbiano inteso riferirsi i giudici di legittimità con l'espressione “soggetti”. Più in particolare, è dubbio se con tale espressione abbiano inteso riferirsi al requisito dell'accordo previsto, per qualunque contratto, ivi compreso quello di novazione, dall'art. 1325, n. 1, c.c., o ad un dato di fatto abbastanza ovvio giacché necessario presupposto di qualunque “negozio giuridico di secondo grado” destinato ad incidere su di precedente rapporto giuridico ⁽¹⁾; ossia, e come appare preferibile, alla necessità che le parti del contratto di novazione siano le stesse che hanno concluso il contratto dal quale deriva l'obbligazione originaria, destinata ad estinguersi per lasciare spazio alla nuova ed autonoma obbligazione.

Andando oltre il silenzio che, sul punto, caratterizza la motivazione della sentenza in commento, si osserva che nel caso sottoposto al vaglio della Corte di Cassazione è difettato questo preteso requisito dei soggetti, inteso come necessaria concordanza tra le parti del primo e del secondo negozio. La parte soggettivamente complessa del primo contratto di agenzia è costituita dai due agenti Tizio e Caio; la società Beta di Tizio e Caio s.n.c. è invece presentata come parte del secondo contratto di agenzia.

Solleva qualche dubbio anche la posizione del secondo dei suddetti elementi, ossia quello della causa; più in particolare, della causa *novandi*, intesa quale interesse comune delle parti all'effetto novativo, secondo la definizione dello stesso elemento offerta da alcuni arresti giurisprudenziali, richiamati nella sentenza in esame ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Con l'espressione “negozio giuridico di secondo grado” si fa riferimento a quel negozio che è diretto a regolare in senso ampio, quindi anche a fissare, confermare, interpretare, risolvere o assorbire, un contratto concluso in precedenza fra le stesse parti (così, quasi letteralmente, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della seconda edizione, Napoli, 2002, 244).

⁽²⁾ Cass., sez. lav., 29 ottobre 2018, n. 27390, in *Banca dati One Legale*, che a sua volta richiama sul punto Cass. 9 marzo 2010, n. 5665, *ivi*; Cass. 6 luglio 2010, n. 15980, *ivi*; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2530, *ivi*. Si osserva tuttavia che la lettura di queste due ultime sentenze permette di escludere che in esse si faccia diffusamente riferimento al requisito della causa *novandi*.

E la misura della fondatezza del dubbio in ordine alla pretesa sussistenza di questo requisito della causa *novandi* si coglie nitidamente pensando al dibattito che ha impegnato la dottrina italiana in merito all'esatta qualifica che è possibile assegnare alla novazione oggettiva; sul fatto se questo istituto venga in rilievo quale "contratto" — come si sostiene senza incertezze nella sentenza in rassegna — oppure quale "effetto"; effetto, che può collegarsi al verificarsi di diverse fattispecie, e che è allo stesso tempo estintivo del precedente rapporto obbligatorio e costitutivo di un nuovo ed autonomo rapporto. Il tutto, in un contesto nel quale — come noto — la questione in questi termini appare mal posta, dal momento che se è certo che l'effetto novativo possa derivare da un contratto, il vero problema consiste nello stabilire se la novazione debba anche necessariamente provenire da un atto di autonomia privata ⁽³⁾.

Questo nodo è avviato a sciogliersi in senso negativo, considerato che non appare revocabile in dubbio il dato della complessità della fonte della novazione, potendo il suo caratteristico effetto discendere sia dal contratto, sia da ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico. Conseguentemente, accanto ad una "fonte negoziale" della novazione, non si fa fatica ad individuarne anche una di matrice "legale" ⁽⁴⁾.

3. La sentenza in rassegna si sofferma correttamente sull'analisi dei requisiti dell'*aliquid novi* e dell'*animus novandi*, i quali costituiscono i perni attorno ai quali tradizionalmente ruota la disciplina dettata dagli artt. 1230 e 1231 c.c.; disciplina che è noto si dà cura di tracciare il confine tra novazione oggettiva e contratto modificativo dell'oggetto ⁽⁵⁾.

È netta questa linea di demarcazione.

Novazione oggettiva e contratto modificativo dell'oggetto sono infatti due figure che sono irriducibili sotto il profilo sia della struttura, sia degli effetti ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 354 ss.

⁽⁴⁾ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Artt. 1230-1259*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, 61; ID., *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, in *Dir. giur.*, 1969, 701; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 97.

⁽⁵⁾ La figura del contratto modificativo dell'oggetto è senz'altro ammessa in dottrina, si v. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, nota a Cass. 7 gennaio 1957, n. 17, in *Giust. civ.*, 1957, I, 846 ss.; GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988, 69 ss.; SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 18 ss.

⁽⁶⁾ MAROTTI, *La modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio*, Napoli, 2022, 25.

Nella novazione oggettiva si ha una dualità di rapporti: l'originario rapporto obbligatorio che si estingue e quello nuovo che si costituisce. In caso di semplice modifica dell'oggetto, il rapporto obbligatorio è invece lo stesso ⁽⁷⁾.

La novazione determina l'estinzione dell'obbligazione e la nascita di una nuova ed autonoma obbligazione; la modifica importa invece la conservazione dell'originario rapporto, ancorché nelle sembianze risultanti dalla intervenuta modifica che lo ha interessato ⁽⁸⁾.

Da ciò derivano tutte le conseguenze disciplinari del caso.

Si pensi, ad esempio, al decorso del termine di prescrizione cui soggiace il diritto di credito nelle due ipotesi. La conclusione di un contratto modificativo dell'oggetto del rapporto non incide, di regola, sulla decorrenza dell'originario termine di prescrizione. Non lo interrompe, né lo sospende. Al contrario, rispetto al diritto nascente dalla nuova ed autonoma obbligazione, che risulta dalla novazione oggettiva, inizia a decorrere un nuovo termine di prescrizione.

E ancora, si pensi all'obbligo di garanzia per i vizi nell'appalto o nella vendita. Una semplice modifica di questa garanzia non inciderebbe certo sul termine di prescrizione di due anni o di un anno cui soggiace rispettivamente la relativa azione (artt. 1667, co. 3, e 1495, co. 3, c.c.). La novazione oggettiva della stessa garanzia ne importerebbe invece l'estinzione, con conseguente nascita di una nuova ed autonoma obbligazione di garanzia, soggetta questa volta alla ordinaria prescrizione decennale ⁽⁹⁾.

Secondo la sentenza in rassegna, con il requisito dell'*aliquid novi* si allude alla necessità che dal contratto concluso tra le parti derivi un mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto giuridico intercorso tra le stesse (art. 1230 c.c.). Il tutto, con la precisazione che il dedotto elemento non risulta integrato quando sia possibile accertare che le parti si sono "limitate ad apportare modifiche alle obbligazioni preesistenti senza elidere il collegamento con il precedente contratto" (art. 1231 c.c.).

La Corte sembra con ciò aderire all'orientamento dottrinale che, facendo leva sull'art. 1231 c.c., individua nel "concetto di accessorietà" il criterio che permette di distinguere per poi separare le modifiche novative, da quelle che

(7) ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist., Torino, 1999, 1 ss.; ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, s.d., ma 1950, 11 ss.

(8) Così, MAROTTI, *op. loc. cit.*

(9) Cass. 31 gennaio 2018, n. 2431, in *Imm. e propr.*, 2018, 259; Cass. 6 giugno 2017, n. 14005, in *Ced Cass.*, 2017; Cass., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, *ivi*, 2012.

novative non sono ⁽¹⁰⁾. È accessoria — nella prospettiva indicata — quella modifica che non muta l'originaria fisionomia del rapporto, che non ne incide sulla struttura ⁽¹¹⁾, che non altera l'identità dell'obbligazione ⁽¹²⁾.

La tenuta delle osservazioni appena svolte va saggiata alla luce dell'applicazione del secondo dei suddetti elementi. Infatti, come si evince dalla lettura della sentenza in esame, ad avviso della Corte di Cassazione, affinché si produca la novazione oggettiva, è necessario che ricorra anche l'elemento dell'*animus novandi*, il quale è fatto consistere "nell'univoca e comune intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova". Aggiunge la Corte che "deve essere quindi accertato se sussista una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ovvero che esse abbiano palesato il loro intento di instaurare tra loro un nuovo rapporto e di estinguere quello originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati".

Beninteso, la forma dell'*animus novandi* può essere sia espressa sia tacita, purché inequivoca, come sottolineato dal secondo comma dell'art. 1230 c.c.

Mentre la modalità espressa di esternazione della volontà non pone particolari problemi, per quanto concerne la seconda, quella tacita, si reputa generalmente che ricorre un implicito *animus novandi* tutte le volte in cui le parti abbiano pattuito un mutamento dell'oggetto o del titolo che risulti incompatibile con la conservazione del precedente rapporto obbligatorio ⁽¹³⁾.

4. La sentenza in commento è particolarmente apprezzabile perché pur ponendosi, come visto, nel solco del tradizionale orientamento assunto in materia dalla Corte di Cassazione, giunge ad enucleare il rammentato "principio di diritto".

Si tratta di un "principio di diritto" che nella sentenza in rassegna è concepito ad uso e consumo del giudice di rinvio e/o al massimo delle future decisioni di liti in tema di vicende modificative, oppure estintive/costitutive di rapporti obbligatori.

Tuttavia, in quanto espressione di un "principio di diritto", lo stesso appare potenzialmente passibile di applicazione — in via interpretativa o analogica — rispetto a "vicende modificative oppure estintive/costitutive di

⁽¹⁰⁾ FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 387.

⁽¹¹⁾ Così, CRISCUOLI, *op. cit.*, 856.

⁽¹²⁾ ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento, fra novazione e negozio modificativo dell'oggetto*, Milano, 1987, 185.

⁽¹³⁾ Nella sentenza in rassegna, si ritiene accessoria quella modifica che non importa una "situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente" e quello nuovo, "(...) tale da comportare l'estinzione delle obbligazioni preesistenti ed il sorgere di obbligazioni oggettivamente diverse da quelle originarie".

rapporti", quand'anche relative ad un rapporto giuridico non più obbligatorio, ma reale ⁽¹⁴⁾.

In particolare, si pone il problema se per individuare la disciplina che risulta applicabile in esito ad una modifica che ha interessato un rapporto giuridico nel quale si svolge un diritto reale, di godimento o di garanzia, possa essere applicato il rammentato principio di diritto enucleato dalla Cassazione in occasione dell'esegesi degli artt. 1230 e 1231 c.c.

In argomento, merita una speciale menzione il caso offerto dal "trasferimento dell'ipoteca" ⁽¹⁵⁾, con il quale si allude al trasporto di questo diritto di garanzia dal "bene uno", sul quale esso è stato costituito in conseguenza della formalità pubblicitaria dell'iscrizione, al "bene due", sul quale detto diritto si trasferisce in virtù del verificarsi del fatto rilevante contemplato dalla fattispecie di una norma giuridica ⁽¹⁶⁾, oppure da quella di un atto di autonomia privata. Non si ravvisano infatti particolari ostacoli alla conclusione di un contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca ⁽¹⁷⁾.

Anche la modifica dell'oggetto dell'ipoteca pone gli incessanti interrogativi ai quali intende rispondere la disciplina dettata dagli artt. 1230 e 1231 c.c. per la modifica dell'oggetto o del titolo del rapporto obbligatorio. In particolare, il trasferimento dell'ipoteca implica una vicenda semplicemente modificativa dell'originaria ipoteca, oppure una duplice vicenda che è ad un tempo estintiva del precedente rapporto e costitutiva di una nuova ed autonoma ipoteca?

Ecco che, in difetto di apposite norme generali in tema di diritti reali, solo applicando al trasferimento dell'ipoteca il rammentato "principio di diritto", e per il suo tramite gli artt. 1230 e 1231 c.c., sarà possibile risolvere tutta una gran quantità di problemi che lo stesso trasferimento pone. Si pensi ad es. al tema del grado (art. 2852 c.c.), a quello della pubblicità (artt. 2827 ss. c.c.), alla disciplina della rinnovazione (art. 2847 c.c.) o a quella della prescrizione dell'ipoteca (art. 2880 c.c.).

Infatti, quando la modifica dell'oggetto dell'ipoteca, pur integrando

⁽¹⁴⁾ Una parte della dottrina non ravvisa difficoltà ad applicare la disciplina della novazione oggettiva ai rapporti giuridici reali (si v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 5; CODACCI-PISANELLI, *Ampiezza del concetto di novazione*, Milano, 1950, 79 s.; PIRAS, *Appunti sulla novazione*, in *Studi sassaresi*, XXI, 1948, 16 ss. *Contra*, F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, 83 ss.).

⁽¹⁵⁾ In argomento, sia permesso rinviare ad AND. GENOVESE, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, Pisa, 2017, *passim*.

⁽¹⁶⁾ Si v. artt. 853, 2742, 2825, 2856 e 2857 c.c., 572 cod. nav., 54, l. 968 del 1953, 7, l. 156 del 1983, 9, l. 219 del 1981, 10, d.lgs. 76 del 1990 e 3, co. 1, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, come convertito in legge.

⁽¹⁷⁾ AND. GENOVESE, *op. cit.*, 85 ss. e 201-202.

l'elemento dell'*aliquid novi*, potrà dirsi accessoria, allora la stessa sarà pienamente compatibile con il precedente rapporto ipotecario; stando ai problemi sopra rammentati, la stessa modifica non inciderà sul grado originario dell'ipoteca, sarà soggetta ad annotazione, che è la formalità pubblicitaria prevista per le modifiche soltanto accessorie dell'ipoteca (art. 2843 c.c.). Il trasferimento non determinerà alcuna interruzione del decorso del termine di prescrizione dell'ipoteca e non inciderà sull'onere della rinnovazione nel ventennio.

Se invece il trasferimento potrà dirsi non più accessorio ma sostanziale, ad esempio perché sul "bene 2" risultano precedenti pregiudizievoli curate nell'interesse di terzi, allora non si sarà più in presenza di una semplice modifica dell'oggetto dell'ipoteca, ma si avrà una novazione oggettiva di essa. Si avrà quindi a che fare con una duplice vicenda del rapporto, che è estintiva della precedente ipoteca e costitutiva di una nuova ed autonoma ipoteca. Quest'ultima, in quanto tale, sarà quindi costituita attraverso una nuova iscrizione, dalla quale dipenderà anche il nuovo grado dell'ipoteca. Dal momento dell'iscrizione inizierà inoltre a decorrere il ventennio entro il quale eseguire la rinnovazione o un nuovo termine di prescrizione.

ANDREA GENOVESE