

SULL'OPERATIVITÀ DELL'EFFETTO NOVATIVO NELLA SEQUENZA PRELIMINARE-DEFINITIVO

di Marzia Savini

Molto diffusa nella prassi contrattuale è la sequenza preliminare-definitivo, mediante la quale i contraenti pongono in essere una prima cristallizzazione del rapporto contrattuale per poi approfondirla e svilupparla quale regolamentazione dei propri interessi in sede di contrattazione definitiva. Talvolta, tuttavia, il contratto definitivo espunge dal suo contenuto talune pattuizioni espresse in sede di preliminare. Da ciò sorge un'interessante vexata quaestio: il contratto definitivo produce effetti novativi sul preliminare qualora manchi di riprodurre talune clausole contrattuali precedentemente individuate? È di tutta evidenza come il quesito non sia di pronta soluzione, se solo si considera la differente conclusione alla quale potrebbe giungersi a seconda della tesi che si intende sposare sul punto. L'effetto novativo sarà da escludersi qualora si ritenga preminente il vincolo contrattuale definito nel preliminare, viceversa sarà da considerarsi operativo qualora si propenda per la tesi che postula la figura del contratto definitivo quale unica fonte di obblighi. Allora sarà ben auspicabile che l'interprete si avvalga dei canoni predisposti dal legislatore codicistico in tema di interpretazione contrattuale (v. art. 1362 c.c.), onde valutare quali interessi debbano considerarsi preminenti così da escludere o affermare l'avvenuto effetto novativo.

SOMMARIO: 1. LA NOVAZIONE: STRUTTURA ED EFFETTI DELL'ISTITUTO. 2.

IL CONTRATTO PRELIMINARE. 3. PRELIMINARE E DEFINITIVO: EFFETTO NOVATIVO?

1. LA NOVAZIONE: STRUTTURA ED EFFETTI DELL'ISTITUTO

L'art. 1230 c.c. sancisce che l'obbligazione si estingue qualora le parti sostituiscano all'obbligazione originaria una nuova obbligazione avente oggetto o titolo diverso, purché la volontà di estinzione risulti in modo non equivoco (art. 1230, 2° co. c.c.). La **natura giuridica** di tale istituto non può prescindere dall'osservazione della sua collocazione codicistica. La sezione I dedicata alla novazione è ubicata nel Capo IV rubricato espressamente "*Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*".

Essa prefigura un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento consistente nell'accordo tra creditore e debitore, volto a sostituire alla medesima una nuova obbligazione avente titolo o natura diversa.

Tale ipotesi identifica una novazione di tipo oggettivo. Tradizionalmente, tuttavia, va rilevato come essa possa assumere, id god, altresì una conformazione soggettiva, qualora la modificazione del rapporto obbligatorio concerna i soggetti (art. 1235 c.c.), in tal senso può certamente cogliersi la minoritaria rilevanza di tale tipologia, dato il rinvio del legislatore codicistico alle norme sulla delegazione, espromissione ed acollo, che oggi risultano assorbire completamente tale figura.

Quanto alla natura giuridica dell'istituto della novazione sono presenti diversi orientamenti dottrinali.

Vi è chi ritiene che la novazione non sia altro che un effetto, Fake ID, non potendo la stessa assurgere a specifica figura contrattuale.

A tal riguardo, precisa autorevole dottrina, come la conferma di un simile assunto

possa trovare conferma nella previsione normativa in tema di transazione ex art. 1965 co. 2 c.c.

La dottrina maggioritaria pare essersi assestata, viceversa, sulla qualifica contrattuale dell'istituto in esame; si tratterebbe, dunque, di un contratto avente natura solutoria.

Infine un ultimo contributo dottrinale perviene ad una fusione tra le due teorie precedentemente enunciate.

La novazione atterrebbe sia alla fattispecie, [Scannable Fake ID](#), in quanto andrebbe ad incidere sulla modificazione del vincolo contrattuale precedentemente contratto, quanto all'effetto.

Due gli elementi che la caratterizzano: l'uno di tipo soggettivo, il c.d. *animus novandi* e l'altro di carattere oggettivo il c.d. *aliquid novi* (Cass. 6550/2007).

Il primo è da rinvenire nella volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione e sostituirla con la nuova.

L'estinzione, invero, non si qualifica quale effetto legale, al contrario, deve conseguire dalla volontà del soggetto diretta inequivocabilmente in tal senso come facente parte del contenuto dell'accordo medesimo (art.1230, 2° co. c.c. «la volontà di estinguere l'obbligazione deve risultare in modo non equivoco»). Tale volontà diretta all'estinzione può certamente individuarsi anche per *facta concludentia*, come sostenuto in modo unanime dalla giurisprudenza.

È proprio tale elemento a distinguere la novazione oggettiva dalla *datio in solutum*.

Ciò in quanto, nella prestazione in luogo di adempimento, il debitore resterà comunque obbligato all'esecuzione della prestazione originaria, qualora non dovesse eseguire quanto oggetto di *datio in solutum*, diversamente da quanto accadrebbe qualora si verificasse una novazione.

Volgendo alla trattazione dell'elemento oggettivo, il c.d. *aliquid novi*, le parti devono costituire una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso, non basterebbe al riguardo il rilascio di un documento, la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione dell'obbligazione. Si discute in dottrina ed in giurisprudenza se sia sufficiente al riguardo una semplice modificazione accessoria.

La novazione, ai sensi dell'art. 1234 c.c. è senza effetti qualora l'obbligazione originaria sia inesistente. Qualora, viceversa, l'obbligazione originaria derivi da un titolo annullabile, essa è valida se il debitore ha assunto validamente il nuovo debito conoscendo il vizio del titolo originario. Verrebbe, così a delinarsi una convalida tacita del contratto originario annullabile.

La novazione assume particolare rilievo in merito alla contrattazione afferente la sequenza preliminare-definitivo com'è ben possibile notare dal caso che ci si propone in questa sede di analizzare.

2. IL CONTRATTO PRELIMINARE.

Come ben può evidenziarsi, il legislatore codicistico non ha ritenuto di dover dettare una definizione puntuale di contratto preliminare.

L'unica disposizione contenuta nel codice civile ed espressamente rubricata "contratto preliminare" concerne quel dettato normativo che impone al medesimo, a pena di nullità, la stessa forma che, poi, sarà utilizzata per il definitivo (art.1351 c.c.).

Esso consiste, come sottolineato dalla dottrina civilistica, in quel vincolo contrattuale proteso alla stipulazione di un contratto definitivo, onde cristallizzare la volontà dei contraenti in attesa della successiva pattuizione alla quale si addiverrà in futuro.

L'interrogativo che, in tal senso, sorge spontaneo all'interprete è se il contratto definitivo sostituisca totalmente il preliminare.

Negli ultimi decenni, invero, il legislatore ha avvertito l'esigenza di introdurre alcune disposizioni tendenti ad una rivalutazione del ruolo del contratto preliminare.

Mediante la L. 30/1997 ha fatto ingresso nel nostro sistema l'art. 2645 *bis* c.c., il quale ha previsto che l'istituto della trascrizione operi anche per tale contratto, con efficacia prenotativa.

Altra disposizione, di notevole rilevanza, è l'art. 2932 c.c. Essa sancisce che, qualora il soggetto obbligato a concludere il contratto definitivo risulti inadempiente, la parte non inadempiente possa rivolgersi all'autorità giudiziaria onde ottenere «*una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*». Trattasi, dunque, di una sentenza costitutiva che, tuttavia, non assume la qualifica di titolo contrattuale; il vincolo quanto al suo contenuto trarrà origine, infatti, esclusivamente dal contratto preliminare originario.

Da ultimo l'art. 1362 c.c., il quale, ai fini della determinazione dell'intenzione dei contraenti, richiede la valutazione del loro comportamento complessivo, dal quale si deduce che questo sia comprensivo altresì di quello tenuto al momento della conclusione del preliminare.

Vi sono, inoltre, figure contrattuali in tema di preliminare, le quali sempre più risultano perseguire l'obiettivo di rafforzarne la vincolatività.

Possono citarsi al riguardo, certamente, le figure di contratto preliminare ad effetti anticipati e di preliminare di preliminare.

Quanto alla prima, è da intendersi quale schema di creazione giurisprudenziale e riguardante l'ipotesi del preliminare di compravendita immobiliare, nel quale sia avvenuta la consegna dell'immobile in un lasso temporale antecedente alla

stipulazione del contratto definitivo.

La giurisprudenza si è ampiamente interrogata in ordine alla posizione rivestita dal promissario acquirente.

Si è addivenuti solo mediante la pronuncia delle Sezioni Unite 27 marzo 2008 n. 7930 alla qualificazione di tale figura, con particolare attenzione alla figura del futuro acquirente.

In particolare la posizione rivestita da quest'ultimo veniva qualificata alla stregua di una detenzione qualificata, non ritenendo sussistenti i presupposti applicativi della disciplina dedicata al possesso, seppure ipotizzando un possibile mutamento della detenzione in possesso ex art. 1141 c.c.

Quanto, invece, alla figura del preliminare di preliminare, ossia all'accordo preparatorio relativo alla stipulazione di un ulteriore accordo della stessa natura, può ravvisarsi come sul punto vi fossero due distinti orientamenti.

Un primo indirizzo ermeneutico riteneva lo schema contrattuale valido, seppure da considerare quale contratto atipico a contenuto obbligatorio; un secondo, viceversa, ne affermava la nullità in ragione dell'assenza di causa.

Sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite con la pronuncia del 6 marzo 2015 n. 4628. Il Giudice nomofilattico ha sancito che, qualora si sia in presenza della stipula di un contratto preliminare, successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex artt. 1351 e 2932, ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Ne consegue che il giudice dovrà ritenere valido il vincolo contrattuale qualora sia possibile ravvisare un interesse delle parti alla formazione progressiva dello stesso.

Dalle argomentazioni sopra enunciate si evince, pertanto, un rapporto piuttosto controverso quanto alla sequenza preliminare-definitivo. Particolarmente discusso è il ruolo del contratto definitivo qualora esso manchi di riprodurre in toto il contenuto del preliminare.

Ed è proprio tale questione a costituire l'oggetto del presente scritto.

3. PRELIMINARE E DEFINITIVO: EFFETTO NOVATIVO?

Come già precedentemente evidenziato, mediante il richiamo all'art. 1230, 2° co. c.c., *“la volontà di estinguere l'obbligazione deve risultare in modo non equivoco”*. La presenza di equivocità, pertanto, sarebbe sintomatica della realizzazione del mancato effetto novativo.

Basti pensare al caso in cui vi sia stata la stipulazione di un contratto preliminare avente ad oggetto una cessione d'azienda per la quale fosse emersa la pattuizione relativa ad un'allegazione specifica della nuova situazione patrimoniale aggiornata all'atto del definitivo, onde valutare l'eventuale corresponsione di crediti maturati nel lasso di tempo tra il preliminare ed il suddetto definitivo a favore del cessionario.

Qualora, tuttavia, ne derivassero effettivamente nuovi crediti ampiamente consistenti, ma nel definitivo non vi fosse traccia della pattuizione prevista nel preliminare, pur avendo le parti allegato la nuova situazione patrimoniale, certamente potrebbe escludersi l'effetto novativo del contratto preliminare sul definitivo.

L'assunto sopra esposto risulta tanto più avvalorato se solo si considera come la Suprema Corte abbia, in passato, prefigurato la figura del contratto preliminare in modo da valorizzarla ampiamente sancendo come *«la stipula del contratto definitivo costituisce soltanto l'adempimento delle obbligazioni assunte con il*

preliminare, con la conseguenza che esso e non il contratto definitivo è l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, le quali però possono, per il principio dell'autonomia negoziale, modificare gli accordi stabiliti col preliminare stesso».

Un simile orientamento, tuttavia, non trova ampia corrispondenza nella giurisprudenza di legittimità più recente, la quale tende a sopraelevare il valore del contratto definitivo stabilendo come «*Nel caso in cui le parti, stipulato un contratto preliminare, siano poi addivenute alla stipulazione del contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto*» (Cass. 10210/94; conformi Cass. 9063/2012, Cass. 30735/2017).

Ne consegue, dunque, l'assunto secondo il quale il contratto definitivo comporterebbe pur sempre una sostituzione del preliminare all'interno della sequenza contrattuale, con conseguente effetto demolitorio in ordine a quelle pattuizioni non ricomprese nel vincolo definitivo.

Sono, pertanto, individuabili due distinti orientamenti. Da un lato quello seguito dalla giurisprudenza dominante, secondo il quale l'unico contratto da prendere in esame risulta essere quello definitivo, relegando la figura del contratto preliminare a mero veicolo mediante il quale giungere ad una stabile regolamentazione degli interessi contrattuali delle parti.

Dall'altro la differente trattazione realizzata dell'istituto del preliminare da parte di autorevole dottrina e giurisprudenza minoritaria, secondo la quale il vero protagonista della sequenza preliminare-definitivo sarebbe il primo, come ben dimostrato da altre figure enucleate in sede giurisprudenziale, quali il contratto preliminare ad effetti anticipati ed il preliminare di preliminare.

In conclusione, sembrerebbe potersi sostenere come il punto focale per la risoluzione del rapporto tra preliminare e novazione sia costituito da una concreta

e chiara individuazione degli interessi dei contraenti come postulato dall'art. 1362 c.c..

Occorrerà tener conto della «comune intenzione delle parti». In questo senso, a nulla osterebbe un'eventuale interpretazione volta a valorizzare il contenuto del contratto preliminare con conseguente esclusione dell'operatività del fenomeno novativo qualora risultasse chiaro che le parti abbiano voluto dare preminenza al medesimo, apparendo il definitivo una mera ripetizione del vincolo precedente. La soluzione è, pertanto, da rinvenirsi eminentemente nell'utilizzo dei criteri interpretativi che il legislatore codicistico ha inteso delineare nell'ambito della disciplina contrattuale.

GIURISPRUDENZA:

In tema di rapporto tra contratto preliminare e definitivo:

• **Cass. civ., Sez. II, 18 novembre 1987, n. 8486**, in *Nuova Giur. Civ.*, 1988, I, 537 nota di DE MATTEIS: *Il contratto preliminare è un contratto con cui le parti graduano nel tempo le reciproche prestazioni differendo, nel caso di compravendita, l'effetto traslativo della proprietà, sicché la stipula del contratto definitivo costituisce soltanto l'adempimento delle obbligazioni assunte con il preliminare, con la conseguenza che esso e non il contratto definitivo è l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, le quali però possono, per il principio dell'autonomia negoziale, modificare gli accordi stabiliti col preliminare stesso; tale eventuale modifica deve essere accertata in concreto e non è deducibile, in caso di preliminare di vendita di una pluralità di beni, dalla sola circostanza che il contratto definitivo abbia avuto ad oggetto soltanto alcuni di essi, sicché, ove non risulti che le parti abbiano voluto così limitare le obbligazioni reciprocamente assunte, il contratto definitivo si configura come adempimento parziale e non*

impedisce la risoluzione per inadempimento del preliminare.

• **Cass. civ., Sez. III, 29 novembre 1994, n. 10210**, in *Mass. Giur. It.*, 1994:
Nel caso in cui le parti, stipulato un contratto preliminare, siano poi addivenute alla stipulazione del contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare; conforme sul punto Cass. civ. Sez. II Ordinanza, 21 dicembre 2017, n. 30735.

• **Cass. civ., Sez. II, 5 giugno 2012, n. 9063**, in **Corr. Giur.**, 2013, 2, 218 con nota di CARRATO, *L'efficacia del contratto preliminare ed il suo rapporto con il definitivo: Qualora le parti, dopo aver stipulato un contratto preliminare, concludano in seguito il contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto e non mera ripetizione del primo, in quanto il contratto preliminare resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che i contraenti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva. La presunzione di conformità del nuovo accordo alla volontà delle parti può, nel silenzio del contratto definitivo, essere vinta soltanto dalla prova - la quale deve risultare da atto scritto, ove il contratto abbia ad oggetto beni immobili - di un accordo posto in essere dalle stesse parti contemporaneamente alla stipula del definitivo, dal quale risulti che altri obblighi o prestazioni, contenute nel preliminare, sopravvivono, dovendo tale prova essere data da chi chieda l'adempimento di detto distinto accordo.*

• **Cass. civ., Sez. Unite, 6 marzo 2015, n. 4628**, in *Notariato*, 2015, 4, 426 con nota di BENIGNI, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare - il*

commento: In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex artt. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori, ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

In tema di novazione:

• **Cass. civ., Sez. II, 20 marzo 2007, n. 6550**, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 12, 1, 1412 con nota di GELLI, *Successione di contratti tra simulazione e novazione: 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. Elementi essenziali di tale contratto sono, 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 escludere che la semplice regolazione pattizia delle modalità di svolgimento della preesistente prestazione produca novazione.*

• **Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2010, n. 5665**, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 2 con nota di STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo: La novazione oggettiva del rapporto obbligatorio postula il mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, ai sensi dell'art. 1230 cod. civ., mentre non è ricollegabile alle mere modificazioni accessorie di cui all'art. 1231 cod. civ., e deve essere connotata non*

solo dall' "aliquid novi", ma anche dall'"animus novandi" (inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo) e dalla "causa novandi" (intesa come interesse comune delle parti all'effetto novativo); l'accertamento che su tali tre elementi (volontà, causa ed oggetto del negozio) compia il giudice di merito è incensurabile in cassazione, se adeguatamente motivato. (Nella specie, la C.S. ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva ritenuto che la sola variazione di misura del canone e la modificazione del termine di scadenza non fossero di per sé indice della novazione di un rapporto di locazione, trattandosi di modificazioni accessorie della correlativa obbligazione o di modalità non rilevanti ai fini della configurabilità della stessa).

• **Cass. civ. Sez. III, 21 maggio 2007, n. 11672**, in *Mass. Giur. It.*, 2007: *In tema di locazione, ad integrare novazione del contratto non è sufficiente la variazione della misura del canone o del termine di scadenza, trattandosi di modificazioni accessorie, essendo invece necessario, oltre al mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione (e rimanendo irrilevante, invece, la successione di un soggetto ad un altro nel rapporto, come verificatosi nella specie), che ricorrano gli elementi dell' "animus" e della "causa novandi", il cui accertamento costituisce compito proprio del giudice di merito insindacabile in sede di legittimità se logicamente e correttamente motivato. Conforme **Cass. civ. Sez. III, 13 giugno 2017, n. 14620**.*

DOTTRINA

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. IV, *Il contratto*, Milano, 2012, 181-203; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Vol. III, *Le obbligazioni*, Milano, 2015, 443-460; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 597-599; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, Torino, 2000, 565-703; L. GENGHINI, *Le obbligazioni*, 2015, 239-260;

A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare - Regole e dogmi*, Padova, 1998, 183; C. A. MUSSI, *Il contratto preliminare di vendita immobiliare ad "effetti anticipati"*, in *Contratti*, 2015, 4, 375-393; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento (artt. 1230-1259)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975; P. RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Nss. Dig. It*, XI, Torino, 1965, 431; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1993; P. SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo della novazione oggettiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, 353; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2011, Milano, 418 ss., 547-551.

Marzia Savini