

NOTE IN TEMA DI

| 220

NEGOZIO MODIFICATIVO

di Niccolò Stefanelli

Dottorando in Diritto privato

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Ripetizione del negozio e modificazioni del regolamento. – 3. L'analisi della figura del contratto modificativo. – 4. Il rapporto tra art. 1230 e art. 1231 c.c. – 5. Il collegamento tra contratto originario e contratto modificativo.

LA SENTENZA

Cassazione civile, sezione III, 9 marzo 2010, n. 5665
(Pres. Varrone – Est. Filadoro)

Obbligazioni e contratti – Novazione oggettiva – Elementi caratterizzanti – Aliquid novi, animus novandi e causa novandi – Accertamento del giudice di merito – Insussistenza – Modificazioni accessorie – Configurabilità del negozio modificativo – Censurabilità in sede di legittimità – Limiti – Fattispecie in tema di contratto di locazione.

Massima.

Le variazioni di misura del canone e la modificazione del termine di scadenza non sono in sé indice della novazione di un rapporto di locazione, trattandosi di modificazioni accessorie della correlativa obbligazione che non rilevano ai fini della configurabilità della novazione oggettiva del rapporto obbligatorio, la quale postula, oltre all'aliquid novi, l'animus novandi (inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo) e la causa novandi (intesa come interesse comune delle parti

all'effetto novativo). L'accertamento che su tali tre elementi compia il giudice di merito è incensurabile in cassazione se adeguatamente motivato.

Svolgimento del processo.

Con sentenza del 14 gennaio – 16 febbraio 2005 la Corte d'Appello di Napoli rigettava l'appello principale proposto dalla C. S. di S. A. S.a.s. con atto notificato il 23 maggio 2003, avverso la decisione del locale Tribunale n. 3895 del 2003, ed in accoglimento dell'appello incidentale della S. S.r.l., condannava la C. S. al ripristino dell'immobile come sin dall'origine locato, a sue cure e spese, nonché al risarcimento del danno – per tutti i lavori eseguiti senza il consenso del locatore – da liquidarsi in separata sede.

La Corte territoriale osservava, preliminarmente, che nel caso di specie non vi era stata novazione oggettiva dell'originario contratto di locazione del 1975, avente ad oggetto un capannone e antistante spiazzo in (*Omissis*).



I vari contratti che si erano susseguiti nel corso degli anni tra la C. S. e la S. dovevano essere considerati come un unico contratto, rinnovatosi nel corso degli anni.

La modificazione di alcuni elementi accessori, come la durata o la scadenza della locazione e la misura del canone, non configuravano la novazione della obbligazione originaria (ex art. 1231 c.c.), mancando qualsiasi elemento da quale poter desumere, in modo inequivoco, la volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione e di sostituirla con una nuova.

In questo – unico – contratto era presente la clausola che richiedeva il consenso del locatore per le opere che il conduttore intendesse eseguire nell'immobile locato.

Del tutto irrilevante era dunque la circostanza che l'immobile, nel contratto del 1987, fosse stato locato nello stato di fatto in cui si trovava e l'accertamento dell'epoca dei commessi abusi.

In ogni caso, poiché era espressamente richiesto il consenso scritto del locatore, tale consenso non era ravvisabile nella richiesta di condono né nella stipula del contratto del 1987.

Il rilevante numero e la portata delle opere più volte eseguite dalla conduttrice, sempre senza il consenso della locatrice, inducevano i giudici di appello a ritenere grave l'inadempimento della C. S., con le conseguenze di cui all'art. 1590 c.c.

Avverso tale decisione la C. S. ha proposto ricorso per Cassazione, sorretto da due distinti motivi.

Resiste la S. S.r.l. con controricorso.

Motivi della decisione.

Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 1362, 1363 e 1366 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e falsa applicazione degli artt. 1230 e 1231 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

La Corte territoriale aveva ritenuto che l'ultimo contratto intervenuto tra le parti costituisse rinnovazione di un unico rapporto locatizio, iniziato nel 1975 ed ha considerato, pertanto, irrilevante l'epoca nella quale erano stati effettuati gli interventi sull'immobile, espressamente vietati al conduttore senza il consenso del locatore (ritenendo pertanto irrilevante la circostanza che nell'ultimo contratto figurasse la clausola dalla quale risultava che l'immobile fosse "locato nello stato di fatto in cui si trova").

In tal modo, i giudici di appello avevano violato le regole ermeneutiche dettate dagli articoli richiamati, incorrendo nella falsa applicazione delle norme relative alla novazione.

Il senso letterale delle parole contenute nel contratto del 1987 non consentiva di giungere a conclusioni diverse da quelle indicate dalla ricorrente.

Numerosi elementi (quali la misura del canone) dovevano portare alla conclusione che il nuovo contratto non conteneva solo una diversa misura del canone ma intendeva "azzerare" il contratto pregresso, portando ad una diversa regolazione del rapporto. Tra l'altro, sottolineava la ricorrente, le parti non avrebbero avuto bisogno di pattuire una durata ulteriore del contratto, considerato

che quello immediatamente precedente (1981) si sarebbe rinnovato automaticamente in mancanza di disdetta.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 115 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5.

La prova testimoniale, già formulata in primo grado e reiterata nel giudizio di appello, diretta ad accertare l'epoca degli interventi effettuati dalla conduttrice sull'immobile, era necessaria al fine di escludere l'inadempimento grave lamentato dalla società locatrice.

La prova per testi tendeva ad accertare che nessun intervento era stato eseguito dopo la stipulazione del nuovo contratto del 1987. I testi indicati, tutti dipendenti della società C. S. fino dal 1975, erano perfettamente a conoscenza dei singoli interventi edili realizzati nell'immobile locato e dell'epoca di realizzazione degli stessi.

I giudici di appello, sull'erroneo presupposto della irrilevanza dell'epoca di realizzazione dei lavori, avevano rigettato la richiesta di ammissione di tale prova, senza alcuna motivazione, in tal modo impedendo alla attuale ricorrente la possibilità di provare la verità dei fatti de-dotti.

Osserva il Collegio: i due motivi, da esaminare congiuntamente in quanto connessi tra di loro, non sono fondati.

La Corte territoriale ha accolto l'appello incidentale della S. (avverso la sentenza di primo grado che aveva ritenuto che le opere concretanti il grave inadempimento fossero state effettuate esclusivamente nella vigenza dell'ultimo del contratto del 1987) sottolineando che le numerose opere abusivamente eseguite dalla C. S. durante l'intero arco dell'unico rapporto di locazione dovevano considerarsi rilevanti ai fini dell'inadempimento della conduttrice, in considerazione del loro numero e della loro importanza, e del fatto che la esecuzione di ogni modifica dell'immobile, secondo l'originario contratto (ma anche in quelli successivi) era consentita solo previo consenso scritto della locatrice.

La valutazione circa la gravità dell'inadempimento della società conduttrice non è stata sottoposta a censure da parte della ricorrente.

La decisione cui sono pervenuti i giudici di appello è in tutto conforme ai principi espressi dalla giurisprudenza di questa Corte... – *Omissis*.

In particolare, i giudici di appello hanno rilevato che: 1) il contratto di locazione vietava espressamente ogni modifica dell'immobile locato senza il consenso del locatore: non vi era alcuna prova dalla quale desumere la esistenza del consenso della locatrice al compimento delle opere eseguite dalla conduttrice; 2) in particolare, non era possibile ravvisare una prova di questo genere nella richiesta di condono presentata dalla locatrice né nella stipula del contratto del 1987 (anche nella ipotesi in cui si volesse riconoscere a questo la natura di nuovo contratto); 3) non poteva neppure condividersi la tesi della conduttrice secondo la quale, essendo state alcune opere effettuate prima della stipula del contratto del 1987 ed essendo stato, in questo ultimo contratto, locato l'immobile "nello stato di fatto in cui si trovava" la locatrice avrebbe approvato l'abuso e ratificato la autorizzazione tacita già

data in precedenza; 4) anche a prescindere dalla considerazione che si trattava di un unico contratto risalente al 1975, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il consenso non può consistere in una semplice tolleranza, ma deve concretarsi in una chiara ed inequivoca manifestazione di volontà, volta ad approvare le eseguite innovazioni: manifestazione di volontà non ravvisabile nel caso di specie.

Sulla base di tali premesse la Corte territoriale precisava che nel caso di specie “la volontà delle parti, invero, era quella di rinnovare il contratto di locazione, non già quella di sanare pregresse situazioni che, in ogni caso, avrebbero potuto essere considerate alla fine del rapporto”.

Si tratta di un accertamento di merito, logicamente motivato, che sfugge pertanto a qualsiasi violazione di norme di legge e di vizi di motivazione.

Le sole variazioni di misura del canone e la modificazione del termine di scadenza non sono 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 novazione.

La novazione oggettiva del rapporto obbligatorio postula, infatti, il mutamento dell’oggetto o del titolo della prestazione, *ex art. 1230 c.c.*, mentre non è ricollegabile alle mere modificazioni accessorie, ai sensi dell’*art. 1231 c.c.*

Essa, inoltre, deve essere connotata non solo dall’*“aliquid novi”*, ma anche dagli elementi dell’*“animus novandi”* (inteso come manifestazione inequivoca dell’intento novativo) e della *“causa novandi”* (intesa come interesse comune delle parti all’effetto novativo) e 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 (Cass. 6680 del 1998, *cf.* Cass. 6380 del 2001, 13294 del 2005, 15347 del 2006, 12946 del 2007). – *Omissis.*

Conclusivamente il ricorso deve essere rigettato, con la condanna della società ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso.

IL COMMENTO

1. Il caso.

I litiganti avevano concluso nel 1975 un contratto di locazione di un capannone industriale il quale poneva a carico del conduttore il divieto di eseguirvi opere senza il consenso del locatore. Questi, dunque, citava in giudizio il primo per sentirlo dichiarare inadempiente e condannato alla riduzione in pristino degli svariati interventi effettuati nel corso del

rapporto ed al risarcimento del danno, vedendo accolte le proprie domande in entrambi i gradi di merito. Il conduttore proponeva ricorso per Cassazione sostenendo fondamentalmente che il rapporto era stato novato da una scrittura privata del 1987, la quale non riproduceva la clausola concernente il divieto di esecuzione di opere sull’immobile locato senza il consenso del locatore e che invece precisava che l’immobile veniva “locato nello stato di fatto in cui si trova”. Per il ricorrente, numerosi elementi – tra i quali, *in primis*, la variazione della misura del canone – dovevano portare alla conclusione che il nuovo contratto intendeva estinguere il rapporto sorto nel 1975 e determinava la costituzione di un nuovo regolamento tra le parti. I Giudici di legittimità respingono la predetta argomentazione e confermano l’inquadramento della questione effettuato dalla Corte d’Appello, sintetizzabile, nei suoi tratti essenziali, come di seguito: a) la stipulazione del secondo contratto non importava il consenso del locatore all’esecuzione delle opere sull’immobile locato ed era esclusa, pertanto, qualsivoglia “sanatoria” delle medesime; b) alla scrittura del 1987 deve attribuirsi la natura di contratto modificativo non novativo del rapporto, in quanto non implicante un mutamento dell’oggetto o del titolo di quest’ultimo, ma contenente solo modificazioni accessorie ai sensi dell’*art. 1231 c.c.*

2. Ripetizione del negozio e modificazioni del regolamento.

La pronuncia in commento – la quale si pone in relazione di continuità con un orientamento giurisprudenziale assolutamente uniforme¹ – offre lo

¹ Il *dictum* in oggetto, infatti, si ripropone nei termini esposti con frequenza costante in materia di variazione della misura del canone o del termine di scadenza del contratto di locazione: *cf.* Cass., 26 febbraio 2009, n. 4670, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 323; Cass., 21 maggio 2007, n. 11672, *ivi*, 2007, 994; Cass., 4 maggio 2005, n. 9280, *ivi*, 2005, 1027; Cass., 17 agosto 2004, n. 16038, in *Giur. It.*, Rep. 2004, voce “Obbligazioni e contratti”, n. 649; Cass., 9 aprile 2003, n. 5576, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 777; Cass., 19 novembre 1999, n. 12838, in *Arch. Locaz.*, 2000, 249; Cass., 9 luglio 1998, n. 6680, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 675. *Cfr.* anche la giurisprudenza citata da P. CENDON, *Commentario al codice civile, artt. 1173-1320*, Milano, 2009, 1291 ss. L’A., peraltro, esprime perplessità sul fatto che la variazione del prezzo di locazione (ma *idem* per quanto concerne la variazione del prezzo nella vendita) venga considerata un elemento accessorio del relativo contratto, posto che il canone costituisce il corrispettivo della concessione in godimento del bene locato, *id est* l’oggetto del contratto, del quale rappresenta per definizione elemento essenziale. In termini generali la giurisprudenza di legittimità è comunque concorde nel ritenere che «la modificazione quantitativa di una precedente obbligazione ed il differimento della scadenza per il suo adempimento non costituisce una novazione» (così, da ultimo, Cass., 6 luglio



spunto per spendere alcune considerazioni in tema di negozio modificativo ad effetti non novativi, tema che non è mai stato specificamente oggetto di trattazione organica da parte della dottrina italiana ma che, talvolta, è stato affrontato *ex professo* nell'ambito di più ampi studi.²

In via preliminare, peraltro, occorre fuggacemente rilevare come il caso in questione presenti una non inconsueta intersecazione tra la delicata questione concernente la distinzione fra modificazioni contrattuali novative e non novative e la tormentata materia della ripetizione del negozio.³

2010, n. 15980, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1012), così come esclude la novazione «la semplice regolazione pattizia delle modalità di svolgimento della preesistente prestazione» (Cass., 16 giugno 2005, n. 12962, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6), essendo necessario a determinare l'effetto novativo «un mutamento sostanziale dell'obbligazione» (Cass., 12 settembre 2000, n. 12039, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1924). Cfr., al riguardo, anche la giurisprudenza citata *infra* alla nota n. 40.

² Un principio di indagine è costituito dai preziosi risulenti apporti di G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 847 e G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, 341; mentre un utile punto di riferimento ai fini dello svolgimento di un'indagine sul tema è rappresentato da tutti gli studi in materia di novazione e, in particolare, dagli approfondimenti dedicati al contratto modificativo da A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 179 ss. e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 361 ss. Come osserva G. GORLA, *Quid dei pacta adiecta ex intervallo. Spunti per una ricerca comparatistica*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 262, il negozio modificativo corrisponde in parte ai «patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento» di cui all'art. 2723 c.c., i quali corrispondono grossomodo ai *pacta adiecta ex intervallo* dei testi giustinianeî (D. 2, 14, 7, §§ 5-6), argomento il cui interesse è stato compiutamente sollevato, appunto, soltanto per quanto concerne l'aspetto della prova.

³ Per ripetizione del negozio si intende «la formazione, ad opera delle parti, di una dichiarazione negoziale, di una seconda dichiarazione, uguale, in tutto o in parte, alla prima», M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, voce di *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991. Si intuisce come «[la] difformità fra il primo ed il secondo negozio [sia] tra i profili più studiati e consueti alla teoria della ripetizione. Difformità che è anche espressa come prevalenza dell'uno sull'altro», N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1968. Il dibattito dottrinario su tale figura, come testimoniato dalla relativa produzione bibliografica, si infervora nella prima metà del secolo scorso per poi appiattirsi, nella seconda metà, sulle prospettive proposte dagli studi più autorevoli. Se è stata la dottrina tedesca a preparare il terreno ai giuristi italiani – cfr. H. DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, in *acp*, 1887, 157; G. MEYER, *Vertragsvollziehung und Vertragsreproduktion*, in *acp*, 1897, 1; J. SIEGEL, *Die Privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, in *acp*, 1941, 1 – la parte più accreditata dei rappresentanti la nostra scienza civilistica si è cimentata nella questione; per ripercorrere l'iter dello studio di tale figura negoziale si segnalano come fondamentali, ma senza alcuna pretesa di completezza, i contributi di T. CLAPS, *l'indole giuridica del cosiddetto contratto riproduttivo*, in *Giur. it.*, 1898, I, 2, 449; L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv.*

Senza indugiare oltremisura su questo secondo aspetto, si può quietamente osservare che, una volta conferita, come vedremo, la piena cittadinanza nel nostro ordinamento alla figura del negozio di modifica del regolamento posto da un precedente negozio, non vi sono motivi per escludere che il risultato trasformativo del rapporto si realizzi per mezzo di una ripetizione totale o parziale dell'accordo originario.⁴

È evidente, innanzitutto, che il contratto modificativo si concilia, per lo più, con una ripetizione parziale del primo negozio o, meglio, con una semplice allusione ai suoi elementi identificativi: se le parti infatti riproducono per intero il precedente negozio aggiungendovi od eliminandone qualche clausola, sarà difficile, generalmente, sostenere che esse non abbiano inteso porre nel nulla il primo negozio e sostituirlo con il secondo. Nella maggior parte dei casi di tal specie, dunque, apparirà più corretto ascrivere al secondo negozio una funzione estintivo-costitutiva (*id est*, novativa) piuttosto che la funzione trasformativa propria del contratto modificativo.⁵

Niente esclude, tuttavia – come nel caso in commento –, che le parti abbiano inteso perseguire allo stesso tempo: a) uno scopo accertativo, tramite

dir. comm., 1919, I, 414; A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181; G. SEGRÈ, *Riconoscimento, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, in *Scritti giuridici*, Cortona, 1930, 638; G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 132; S. PUGLIATTI, *Logica del diritto e dato positivo*, in *Arch. giur.*, 1935, 166; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Ann. Mess.*, VII, 1934-1935, 311, nonché in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, I, 398; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla rinnovazione del negozio giuridico*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, 447; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit.; E. VALSECCHI, *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 181; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, I; A. FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*, voce di *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205; M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, voce di *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 227; C. GRANELLI, *Riproduzione e innovazione del contratto*, Milano, 1988; ID., *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, voce di *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1048; M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit.; C. RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Milano, 1993.

⁴ Cfr. in tal senso M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit., 3.

⁵ G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 853, parla, per il caso in cui un secondo negozio riproduca per intero il primo, di «estinzione per inutilità» del negozio originario; cfr., sul punto, anche le osservazioni di P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1975, 96 ss.

la fedele riproduzione nel secondo negozio di parte del contenuto del primo⁶; b) un obiettivo modificativo, per mezzo della parte del secondo negozio incompatibile con il primo.⁷

La qualificazione del sostrato negoziale costituirà in concreto l'esito di una *quaestio facti*, volta ad accertare se l'intenzione dei contraenti sia compatibile o meno con la parziale conservazione del rapporto preesistente.

Pertanto, si può affermare che l'area di intersezione tra negozio modificativo e ripetizione (modificativa) del negozio si estenda tanto all'ipotesi in cui le parti, in relazione all'accordo originario, enuncino semplici elementi di identificazione o ne riproducano parzialmente il contenuto, di talché la disciplina del rapporto risulterà dalla combinazione delle due fonti negoziali, quanto all'ipotesi di ripetizione integrale con la contestuale eliminazione/modifica/sostituzione/addizione di una o più clausole, che abbia la duplice funzione di accertare una parte di contenuto del precedente negozio e di modificarne un'altra, senza che il secondo negozio sia espressione di un intento novativo dei contraenti.

3. L'analisi della figura del contratto modificativo.⁸

⁶ Il negozio di accertamento persegue lo scopo di «imprimere certezza giuridica ad un preesistente rapporto» (Cass., 18 dicembre 1981, n. 6715, *Mass. Foro it.*, 1981, 2398; così anche Cass., 20 maggio 2004, n. 9651, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 5; Cass., 5 giugno 1997, in. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, 2456 ed in *Notariato*, 1998, 240) ed ha effetto retroattivo sui rapporti che regolamenta. Cfr., sul punto, la bibliografia citata *sub nota* n. 3.

⁷ «La dichiarazione riproduttiva [...] può essere fatta per chiarire il contenuto del precedente negozio ed eliminare eventuali incertezze (negozio di accertamento) [...] o per introdurre qualche modificazione accessoria o comunque parziale (negozio modificativo o regolamentare in senso stretto)», Cass., 30 marzo 1963, n. 799, in *Foro it.*, 1963, I, 1757.

⁸ «A nessuno [...] verrebbe in mente di dubitare della ammissibilità di poteri delle parti di “modificare” – consensualmente – un rapporto contrattuale precedentemente costituito», P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 20, 18. L'effetto modificativo, assieme a quello costitutivo ed a quello estintivo, è ricondotto alla categoria della c.d. efficacia costitutiva, «dove l'aggettivo assume un significato generico e serve a designare un qualunque fenomeno innovativo» A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, voce di *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 490 ss. Siffatta efficacia modificativa, la quale «trasforma l'interesse originario e la relativa situazione giuridica in uno dei suoi elementi strutturali ovvero nel suo contenuto essenziale», non deve essere confusa con l'efficacia c.d. dichiarativa, in particolare con quella *specificativa* di determinati elementi di un rapporto sorto in modo non sufficientemente dettagliato (ad es., nel rapporto di mandato o di lavoro la prestazione del debitore può non essere interamente determinata al momento della costituzione del rapporto), cfr. sul punto anche P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, cit., 20. Tale ultimo tipo efficacia menzionato è

proprio degli ordini, delle istruzioni e di ogni altra dichiarazione il cui compito si esaurisca nello specificare il contenuto di una situazione giuridica senza toccarne struttura e contenuto: è evidente che siamo al di fuori della categoria dei negozi giuridici, rimanendo immutato l'interesse originario. L'efficacia costitutiva propria del negozio modificativo, invece, implica vere e proprie conseguenze trasformatrici della struttura e del contenuto di una determinata situazione giuridica. Siffatte conseguenze, peraltro, non discendono necessariamente ed esclusivamente da un contratto, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, 1955, 250-251. Tale infatti può essere l'effetto di una manifestazione unilaterale di volontà da parte di un contraente al quale lo *jus variandi* sia stato attribuito dal contratto originario o da una norma di legge (ad es. artt. 1661 e 1685 c.c.; art. 118 T.U.B.). Sul fondamento ed i limiti dello *jus variandi*, si rinvia al breve studio di P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, cit.; alla completa monografia di M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000; e agli ulteriori riferimenti bibliografici riportati da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 561; da ultimo, sul tema, cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008. Ma l'effetto modificativo può nondimeno conseguire dall'accettazione di un'offerta di rettifica *ex art.* 1432 c.c., ovvero di un'offerta di *reductio ad equitatem* del contratto rescindibile (art. 1450 c.c.) o di quello risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467³ e 1468 c.c.). Sul tema si rinvia a E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, e F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, voce del *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, 603. La vicenda modificativa è propria anche di tutte quelle ipotesi di rilevanza legislativa di sopravvenienze contrattuali (ad es. artt. 1623, 1635, 1664, 1897 c.c.) cui consegue il rimedio della revisione, sul quale si veda R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, voce di *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104 e ss., e la bibliografia ivi citata: «la revisione del rapporto costituisce l'universale denominatore di ogni processo di modificazione giuridica della prestazione causato da circostanze sopravvenute al contratto e necessario per conservare la corrispettività contrattuale e per garantire la compiuta attuazione del rapporto in alternativa alla sua risoluzione». È opportuno notare, altresì, che queste brevi note hanno ad oggetto il contratto modificativo a prescindere dal fatto che esso sia il frutto di negoziazioni liberamente intavolate e concluse tra le parti ovvero il risultato finale delle trattative iniziate dai contraenti in esecuzione dell'obbligazione di rinegoziazione sorta a loro carico in forza di una clausola di *hardship* inserita nel contratto originario; con la precisazione per cui, in quest'ultima ipotesi, il negozio modificativo rivestirà anche una funzione solutoria di una specifica obbligazione. Cfr. sul punto F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 372 ss. Infine, appare il caso di osservare che viene qui in considerazione il negozio modificativo dell'elemento oggettivo, dal momento che, per definizione, cade al di fuori del concetto di modificazione *stricto sensu* l'avvicendamento soggettivo nel rapporto, che in quanto tale incide sempre sulla sua fisionomia. Al riguardo, per quanto concerne la novazione soggettiva del lato passivo, l'art. 1235 c.c. rinvia alle norme sulla delegazione, l'espromissione e l'accollo (prevedendo, dunque, più che un fenomeno novativo, dei meccanismi di assunzione liberatoria di obbligazioni altrui), mentre alla novazione soggettiva attiva il Legislatore del 1942 non riserva menzione, preordinando a tal fine lo strumento della cessione del credito. Sul dibattito dottrinario sviluppatosi a proposito dell'ammissibilità, al di fuori di questi istituti, di autonome figure di novazione soggettiva passiva ed attiva, cfr. A. MAGAZZÙ, *Novazione*, voce di *Enc. dir.*, XXVIII, Milano,

L'art. 1321 c.c. (che riecheggia l'art. 1098 del Codice del 1865) ammette espressamente che il contratto possa avere la funzione di *regolare* un rapporto giuridico patrimoniale: accanto ai negozi costitutivi di un rapporto ed a quelli estintivi, pertanto, il nostro ordinamento accoglie anche i *negozi regolamentari*, categoria la cui estensione tende ad identificarsi con (ma non è esaurita da) quella del negozio modificativo.⁹

Quest'ultimo può essere definito come la manifestazione di volontà volta a modificare l'assetto di privati interessi posto da un precedente regolamento negoziale, apportandovi mutamenti tali da non incidere sulla fisionomia originaria del rapporto¹⁰, nel quale funzionalmente s'innesta e che interviene a regolare in relazione di complementarità con il negozio primitivo.

Trattasi, dunque, di una fattispecie regolamentare del rapporto, innovativa non per quanto concerne l'esistenza dello stesso, ma relativamente alla sua disciplina.¹¹

Primo, banale, rilievo: in ossequio al principio consacrato dal 1° comma dell'art. 1372 c.c., la modificazione del rapporto può essere realizzata sola-

mente dai soggetti (da *tutti* i soggetti) che posero in essere il negozio modificando.¹²

Secondo il tradizionale *iter* analitico della struttura negoziale, rilevata l'identità soggettiva tra negozio originario e negozio di modifica, altro requisito di quest'ultimo sarebbe l'*animus modificandi*, cioè «quello stato d'animo che si ha quando, dopo essersi creato un negozio, si vuole, con un nuovo negozio, modificare gli effetti accessori del primo». In tal senso, l'*animus modificandi* rileverebbe quale indefettibile *discrimen* tra il negozio modificativo e le figure ad esso affini, in particolare il negozio di accertamento e la novazione.¹³

Se tale distinzione non implica complessità concettuali, la sua nettezza finisce però per essere compromessa in sede di individuazione pratica: sul punto, dunque, si è correttamente osservato come, per delinearla, debba essere svolta una *quaestio voluntatis* (*rectius*, una *questio facti*) che, in quanto tale, «si raccomanda assai più all'intelligente discrezione del pratico e del magistrato che all'analisi del teorico».¹⁴

Al riguardo, peraltro, pensiamo che sia indubbiamente preferibile sgombrare il campo da indagini che coinvolgono puramente lo stato psicologico dei contraenti e puntare, come vedremo appena *infra*,

1978, 792; O. BUCCISANO, *Novazione*, voce di *Enc. giur. Trecani*, 1990, 13; A. ZACCARIA, *Novazione*, voce del *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 280.

⁹ «Regolamento» è un termine più ampio di «modificazione»: «[si] regola un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta, quando si pattuisce un rovesciamento dell'onere di provare i fatti che lo determinano, quando si elimina – o si rinuncia ad eliminare – la vicenda costitutiva del rapporto (ossia quando sia annulla l'atto che ha costituito il rapporto). L'espressione «regolare», contenuta nell'art. 1321, apre la possibilità di far spaziare gli effetti del contratto in un settore molto ampio», R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco R., Torino, 2004, 11. Per E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 249, i negozi regolamentari si identificano con i c.d. negozi di secondo grado (sul punto si veda *infra* la nota n. 44), ovvero quelli diretti a «fissare, confermare, interpretare, risolvere, assorbire» negozi giuridici precedentemente conclusi tra i medesimi soggetti; in senso adesivo N. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 377; e SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, 110. Tuttavia, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 261, per il quale la funzione regolatoria si identifica alternativamente nell'accertamento o nella modificazione del rapporto preesistente. Al contrario, identifica la categoria dei negozi regolamentari con quella dei negozi modificativi P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 32; nello stesso senso appaiono essere orientati E. REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale: Parte generale*, I, Padova, 1931, 13 ss.; e F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1963, 387 e ss.

¹⁰ G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 848; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 362.

¹¹ P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 116.

¹² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 249; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 848; in questo senso, esplicitamente, anche Cass., 7 gennaio 1957, n. 17, in *Giust. civ.*, 1957, I, 847. Per quanto attiene alla formazione del contratto modificativo – non potendosi dubitare che l'art. 1326 c.c. (ma anche l'art. 1327 c.c.) Si riferisca a tutti i contratti, siano essi costitutivi, modificativi od estintivi di obbligazioni – valgono le regole generali, per cui cfr. Cass., 4 maggio 1994, n. 4274, in *Foro it.*, 1995, I, 2963: «l'accordo destinato a modificare un contratto precedentemente concluso dalle parti si considera perfezionato solo quando risultino intervenuti l'incontro e la fusione di una proposta e di una accettazione perfettamente coincidenti nel contenuto, con riguardo tanto alla clausole essenziali quanto a quelle accessorie». Tuttavia, in dottrina si è talvolta sostenuto che il silenzio di una parte seguente la proposta di modifica fatta dall'altra, in determinate circostanze ed in deroga al regime generale, possa rivelarsi sufficiente per il perfezionamento dell'accordo, cfr. V. CARBONE, *Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso*, in *Corr. giur.*, 1993, 1181, ed i rilievi critici di A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 526.

¹³ G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 848-849. L'A. parla testualmente non di negozio di accertamento ma di negozio c.d. rinnovativo, caratterizzato dalla «*voluntas renovandi*», consistente nell'intenzione «di riprodurre per intero un precedente negozio con uno nuovo, che, mentre da un lato assorbirebbe e sostituirebbe, annullandolo, il vecchio, da un altro lato conserverebbe in vita il rapporto giuridico già creato dal vecchio negozio, magari modificandolo o adattandolo a sopravvenute nuove esigenze delle parti».

¹⁴ A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, cit., 110; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 209.



sui dati obiettivi che emergono dal testo contrattuale e che ne rivelano il profilo funzionale.¹⁵

In relazione alla *forma* del negozio modificativo, invece, non sorgono particolari problemi: esso deve avere la medesima forma del negozio da modificare. Infatti, se un negozio deve rivestire una determinata forma (per volontà di legge o delle parti contraenti) ciò è imposto in vista ed in funzione del particolare rapporto che si vuole regolare; e dato che «esiste unicità di oggetto tra il negozio da modificare ed il negozio modificativo», consistente «nel regolare un unico rapporto giuridico», la conclusione non può che essere quella per cui il negozio modificativo deve rivestire una forma almeno equipollente a quella del negozio originario.¹⁶

Queste brevi osservazioni offrono l'opportunità di precisare che la vicenda modificativa interviene sul *rapporto* non ancora esaurito e non sull'atto negoziale originario¹⁷ e che le trasformazioni del regolamento non hanno effetto retroattivo, ma si producono dal momento perfezionativo del negozio di modifica.¹⁸

¹⁵ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 362.

¹⁶ G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, cit., 346; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 849-850; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 362. Il problema della forma, ovviamente, si pone rispetto ai negozi in ordine ai quali la volontà delle parti o la legge prevedono una forma particolare, giacché se il negozio da modificare non è formale, il negozio modificativo non è soggetto a vincoli morfologici. Una soluzione più elastica è propugnata da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 227, per cui i contratti modificativi di elementi che, pur essendo stati in concreto formalizzati, non richiedevano di esserlo, non debbono essere formali: ad es., in una vendita immobiliare, mentre non si può certamente concordare verbalmente la modifica del prezzo, potrebbe concordarsi a voce la modifica delle condizioni di pagamento o delle modalità di consegna contemplate in una clausola dell'atto scritto. Piuttosto, è da sottolinearsi che nella prassi sono invalse clausole contrattuali che prevedono che «ogni modifica al presente accordo dovrà necessariamente farsi per iscritto» *et similia*.

¹⁷ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 638, definisce tale questione in termini di «dubbio fondamentale».

¹⁸ Cfr. Cass., 29 gennaio 1991, n. 885, in *Foro it.*, I, 1111; Cass., 16 dicembre 1987, n. 9358, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 2570; Cass., 27 aprile 1982, n. 2634, *ivi*, 1982, 940; cfr., altresì, gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali forniti da M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit., 5. Al riguardo, vale appena la pena di osservare che l'espressione «negozio modificato», pertanto, è imprecisa e qualora venga impiegata dovrà essere intesa come «negozio originario», fonte del rapporto modificato dal secondo negozio. D'altronde, per dirla con E. REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale: Parte generale*, cit., 12-13, «se c'è una cosa che non possa fare secondo i teologi neanche il Padre Eterno è proprio questa: che un avvenimento che è realmente avvenuto, non sia accaduto (si dissolva...dalla storia). Quando si dice dunque che si scioglie o si risolve «il contratto» non si vuol dire che si risolve l'avvenimento accaduto, bensì la situa-

Da questo punto di vista si può icasticamente affermare che il negozio modificativo produce modificazione *nel* rapporto, ma non *del* rapporto, che rimane lo stesso nei suoi tratti essenziali.¹⁹

Per quanto attiene, poi, al *requisito causale*, occorre osservare che il negozio modificativo è dotato di causa propria ed autonoma, nettamente distinta da quella del negozio modificato, e consistente, appunto, nella *modificazione* di quest'ultimo²⁰: «la sola volontà di modifica o il solo fatto che l'accordo modificativo inerisce ad un precedente rapporto o contratto valido in sé, perché avente una causa adeguata o sufficiente o tipica, giustifica la sanzione dell'accordo stesso».²¹

zione giuridica o il rapporto che ne sia sorto». Va di contrario avviso G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 853-854, per il quale «in tanto il negozio modificativo determina la vicenda del rapporto, in quanto ne tocca il negozio di origine, facendolo apparire *ex postfacto* in una luce diversa da quella sua primitiva». Relativizza l'importanza di tali rilievi F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 366, il quale non manca di sottolineare come «[il] mantenimento della distinzione negozio-rapporto, ai fini dell'efficacia del negozio modificativo, rischia di far perdere di vista la concreta dinamica della vicenda e pertanto deve essere abbandonata».

¹⁹ F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, cit., 613. In questo senso la vicenda modificativa incide indubbiamente anche sull'interpretazione del contratto: da una parte, infatti, deve essere evidenziata la rilevanza ermeneutica delle clausole modificate ai fini dell'interpretazione di quelle non investite dall'efficacia del negozio modificativo, ai sensi dell'art. 1363 c.c.; dall'altra, la stessa vicenda di revisione del regolamento contrattuale, in sé considerata, ha una portata ermeneutica di cui l'interprete dovrà tenere conto per stabilire la comune intenzione delle parti *ex art.* 1362 c.c.; cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 370.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 209; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 850; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 364. È pertanto l'interesse delle parti ad incidere sul regolamento pur conservando l'identità del rapporto a costituire la causa del contratto modificativo, mentre la *causa novandi* è individuata dall'interesse alla sostituzione (la quale consta di un momento estintivo ed uno costitutivo, ben distinti sul piano logico) di un rapporto nuovo a quello preesistente. Cfr., sulla definizione di *causa novandi*, O. BUCCISANO, *Novazione*, cit., 12.

²¹ G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, cit., 346. Invero, lo scopo perseguito dai contraenti «è la modifica nella conservazione dell'originario regolamento di interessi»: esso è cioè «rappresentato dal non volere più parzialmente (momento negativo) il pregresso rapporto contrattuale e, contestualmente, dal volerlo parzialmente trasformare (momento positivo) pur conservandolo», cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello jus variandi*, cit., 150; G. ALPA - M. BESSONE - V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 159; G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007, 13. Più analitico risulta l'approccio di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 374, per il quale se le modifiche sono *bilaterali* (alcune a vantaggio di una parte, altre a vantaggio dell'altra) la causa sarebbe da rinvenirsi nello scambio, mentre se sono *unilaterali* (perché avvantaggiano un contraente a discapito dell'altro), allora sì, solamente la preesi-



È dunque sul piano funzionale che conviene ricercare l'anzidetto discrimine tra negozio modificativo, negozio di accertamento e novazione, trasponendo sul piano obiettivo la questione – affrontata dalla dottrina tradizionale in termini di indagine psicologica – dell'identificazione dell'*animus* che ha spinto i contraenti a porre in essere il secondo atto di autoregolamentazione. Tale qualificazione è indubbiamente il risultato di una *quaestio facti* che – come pure sostiene la sentenza in commento – spetta al giudice di merito risolvere.

Affermatane l'autonomia causale, resta inteso, peraltro, che il negozio modificativo non può funzionalmente sorreggersi se non in quanto innestato nel rapporto originato dal negozio primitivo.²²

Ma il vero nodo cruciale del contratto modificativo è la delimitazione del suo *oggetto*, il quale finirà per svelarne indirettamente il profilo funzionale. Tale questione si identifica precisamente con quella relativa alla distinzione tra contratto modificativo e novazione oggettiva.

Si tratta, pertanto, di «identificare il criterio che valga a fissare su basi rigorose la linea di confine tra la trasformazione che lascia permanere la situazione giuridica anteriore e la trasformazione che invece produce un'innovazione radicale: tra due opposti fenomeni, cioè, i quali sembrano distinguersi soltanto sotto un profilo empirico-quantitativo».²³

Al riguardo conviene prendere le mosse dall'osservazione di fondo secondo la quale «sistema fondamentale di interessi e situazione giuridica fondamentale sono [...] due lati della stessa medaglia», per cui «ad ogni sistema fondamentale di interessi corrisponde una situazione giuridica fondamentale», cosicché «ad ogni variazione del primo fa riscontro una variazione della seconda». Si può pertanto affermare che «tutte le volte in cui un fatto trasforma il sistema di interessi lasciandone intatto il nucleo fondamentale si ha modificazione; quando invece un fatto comporta una trasformazione che incide il nucleo fondamentale si ha innovazione».²⁴

Sul piano del diritto positivo, i risvolti di tali considerazioni si apprezzano alla luce dell'art. 1231 c.c., il quale dispone che «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».

È dunque l'espressione «ogni altra modificazione accessoria», la quale si accoda ad un'elencazione di carattere indubbiamente esemplificativo, ad introdurre il criterio normativo dell'*accessorietà* per innalzare lo steccato tra modificazione novativa e modificazione non novativa.

Posto pertanto che il mutamento radicale della prestazione produce novazione, dal momento che innegabilmente incide sull'identità strutturale e funzionale dell'obbligazione²⁵, si è osservato che, per qualificare le modificazioni come accessorie o meno, occorrerà «esaminare quali sono per ogni obbligazione gli elementi essenziali e quali gli elementi accessori o secondari di essa e in rapporto alla figura giuridica astratta quale è nell'ordine giuridico e, più specialmente, in rapporto a ciò che si è dalle parti in concreto stabilito».²⁶

Si è chiarito, inoltre, come l'accessorietà o meno del regolamento posto dal negozio modificativo non vada apprezzata da un punto di vista meramente quantitativo, ma squisitamente *qualitativo*: in altri termini, la modifica non novativa può in ipotesi interessare anche la totalità delle clausole, purché lasci intatto l'oggetto del rapporto e non ne snaturi, nei tratti essenziali, il nucleo funzionale originario.²⁷

²⁵ P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 106. Al riguardo, pertanto, non esisterebbero limiti positivi alle modificazioni accessorie, ma solo limiti negativi: potrebbero, cioè, costituire oggetto di negozi modificativi tutte le modifiche di un precedente rapporto, le quali non importino un mutamento nella struttura e nel *nomen iuris* del rapporto stesso; così, testualmente, G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 852.

²⁶ M. MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, Palermo, 1924, 103.

²⁷ Cfr. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 852. Interessanti sono le osservazioni di P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 106 ss., circa l'incidenza sul profilo causale del negozio e sul titolo dell'obbligazione dell'apposizione od eliminazione di condizione, termine e *modus*. Riguardo alla condizione, stante la sua idoneità ad introdurre nel regolamento i motivi individuali dei soggetti contraenti, la sua apposizione o la sua eliminazione inciderebbe sul profilo funzionale del negozio (che da commutativo diventerebbe aleatorio e viceversa) e determinare la novazione dell'obbligazione da esso discendente; non sarebbe questa, tuttavia, una conseguenza necessaria: spetterà all'interprete soppesare il ruolo all'interno del concreto regolamento di interessi diviso dalle parti. Per quanto concerne il termine, invece, la lettera dell'art. 1231 c.c. militerebbe contro la possibilità di ricondurre un'efficacia novativa alle vicende relative ad apposizione, differimento o rimozione; tuttavia, la previsione legislativa dell'irrelevanza del termine sotto questo aspetto non osterebbe a riconoscergli un ruolo essenziale all'interno del regolamento contrattuale. Pertanto, «quando il termine in relazione al concreto assetto di interessi non è sostanzialmente modalità "accessoria", bensì elemento caratterizzante la prestazione o lo schema causale dal quale l'obbligo di quella prestazione trae la

stenza del rapporto potrebbe essere indicata come ragione giustificativa del negozio.

²² Cfr. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 852, e quanto si osserverà *infra* nell'ultimo paragrafo.

²³ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 490 ss.

²⁴ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 491-492.

4. Il rapporto tra art. 1230 e art. 1231 c.c.

Sulla questione in tal guisa delineata se ne innesta un'altra, complementare, che vale la pena di affrontare, seppur sommariamente, vale a dire quella relativa al rapporto tra le norme dettate dalle prime due disposizioni del codice in tema di novazione.²⁸

228 | Occorre infatti stabilire, da una parte, se il mutamento dell'oggetto o del titolo di un'obbligazione comporti sempre e comunque l'effetto estintivo-costitutivo proprio della novazione oppure se le parti possano realizzare quei radicali cambiamenti escludendo l'effetto novativo; dall'altra, se le parti possano novare l'obbligazione per mezzo di mutamenti dell'obbligazione meramente accessori.²⁹

Il primo problema verte sull'interpretazione dell'art. 1230 c.c., il quale dispone che si ha novazione «quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso», manifestando «in modo non equivoco» la volontà di estinguere l'obbligazione originaria.

Secondo una parte della dottrina³⁰ l'intenzione delle parti non rilevarebbe al fine di decidere se il mutamento dell'oggetto o del titolo determini o meno una novazione: questa prospettiva propugna l'autonomia delle norme espresse dai due commi di cui si compone l'art. 1230 c.c.: la prima preciserebbe l'ambito di ricorrenza della novazione; la seconda – che introduce l'elemento dell'*animus novandi*

sua giustificazione», l'apposizione, il differimento o l'eliminazione di tale elemento "accidentale" potrebbero determinare la novazione dell'obbligazione. Per quanto attiene al *modus*, infine, la sua limitata incidenza sulla funzione gratuita del negozio al quale è apposto implica che la sua aggiunta o rimozione non possa mai determinare novazione. Cfr., sul punto, anche P. CENDON, *Commentario al codice civile, artt. 1173-1320*, cit., 1291 ss. e la giurisprudenza ivi citata.

²⁸ La questione concernente l'identificazione del confine tracciato dagli artt. 1230-1231 c.c. tra novazione e modifica meramente accessoria, è chiaramente un *tòpos* classico degli studi in tema di novazione: cfr., per tutti, P. RESCIGNO, *Novazione (dir. Civ.)*, in *Noviss. dig. It.*, XI, Torino, 1965, 434; A. MAGAZZÙ, *Novazione*, cit., 792; P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 113 ss.; O. BUCCISANO, *Novazione*, cit., 6 ss.; A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 280.

²⁹ A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., 184 ss.; ID., *Novazione*, cit., 280; cfr. anche le sintesi di C. CARACCILO, *Novazione*, Agg., voce di *Enc. giur. Treccani*, 2008, 1, e P. LAMBRINI, *La novazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, III, Padova, 2008, 464 ss.

³⁰ Cfr. P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 78 ss. e 113 ss.; G. CODACCI PISANELLI, *Ampiezza del concetto di novazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 355; P. RESCIGNO, *Novazione (dir. Civ.)*, cit., 435 ss.; G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, prestazione in luogo dell'adempimento e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, I, 263.

– avrebbe la funzione di discernere la novazione dalla situazione in cui le parti, accanto al rapporto originario, ne volessero far sorgere un altro senza pregiudicare l'esistenza del primo.³¹

Dunque, la presenza dell'*animus novandi* permetterebbe, al più, di distinguere le ipotesi di novazione da quelle di cumulo di più obbligazioni tra le stesse parti, ma sarebbe certo ininfluenza al fine di distinguere tra modificazione accessoria e novazione. Quest'ultima, dunque, troverebbe la propria disciplina esclusivamente nel primo comma dell'art. 1230 c.c. e ricorrerebbe ogniqualvolta sia riscontrato un obiettivo mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione, essendo irrilevante che l'intenzione delle parti sia stata, in ipotesi, quella di mantenere in vita l'originario rapporto.

Secondo altro filone dottrinario³², invece, lo sfavore del Legislatore del 1942 per l'istituto della novazione, che sarebbe destinato ad operare in fattispecie residuali³³, orienterebbe verso la conclusione

³¹ A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 283.

³² Sotto il vigore del codice del 1865, cfr. A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, cit., 99 ss. e 113 ss.; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 211; sotto la vigenza del nuovo codice, cfr. F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, a cura di M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, 124; O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i negozi estintivi onerosi*, Milano, 1968, 32 ss.; ID., *Novazione*, cit., 6; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, 452: «...né la disciplina generale del contratto né la disciplina della novazione limitano l'autonomia delle parti al punto di vietare una novazione che non comporti un mutamento sostanziale del rapporto».

³³ È opinione diffusa che la novazione non sia che «il rudimento storico rimasto nel diritto odierno di un istituto romano», al quale oggi potrebbe riconoscersi solo una «modesta funzione economico-sociale», così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 258. Cfr., sulla "crisi" della novazione le ampie considerazioni introduttive sul punto di A. MAGAZZÙ, *Novazione*, cit., 785; P. LAMBRINI, *La novazione*, cit., 471 ss.; e, in particolare, A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., 186 ss. e ID., *Novazione*, cit., 284 ss. Quest'ultimo A. svolge un'interessante indagine in prospettiva comparatistica: in Germania la figura dell'*änderungsvertrag* di cui al § 305 BGB ha sostituito *ab origine* l'istituto della novazione. I giuristi tedeschi sono concordi nel ritenere che di negozio modificativo possa parlarsi sino al punto in cui l'obbligazione mantenga la propria identità. Per stabilire se tale identità sussista o meno assumono rilievo di parametri «la volontà delle parti, il significato economico della modificazione in rapporto alla struttura del contratto, la generale considerazione del traffico giuridico», K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I Allgemeiner Teil*, 1 § 21, II, Karlsruhe, 1975, 237; cfr., anche W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1973, 171 ss. Circa il mutamento del titolo, si è escluso che la modifica dell'obbligazione tale da far mutare la qualificazione del contratto – cioè il tipo – determini necessariamente novazione. Anche qualora il mutamento riguardi una delle prestazioni poste in relazione sinallagmatica, perché il rapporto mantenga la sua identità sarebbe sufficiente che rimanga inalterata l'altra. Riguardo alla modificazione dell'oggetto, vale ancora il risalente





per cui il mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione non necessariamente comporterebbe la novazione del rapporto.

Per questa elaborazione – sostenente la lettura congiunta dei due commi dell'art. 1230 c.c., che esprimerebbero un'unica norma – il mutamento sostanziale del rapporto deve sempre essere accompagnato dall'*animus novandi* per aversi novazione, altrimenti si ricadrebbe nella mera modificazione.

Quanto al secondo problema delineato, anche qui – specularmente – constano due posizioni in dottrina.

La prima esalta il ruolo dell'*animus novandi*, attribuendo alle parti la possibilità di convenire la novazione del rapporto anche apportandovi modifiche qualitativamente secondarie.³⁴

Di contrario avviso è invece quella parte di dottrina che fa leva sulla lettera dell'art. 1231 c.c.: tale disposizione, contrariamente a quella che la precede, non effettuando riferimenti all'*animus novandi*, fisserebbe la regola per cui, in presenza di una modifica di carattere accessorio, la volontà dei contraenti non sarebbe sufficiente a determinare novazione.³⁵

Tirando le fila del discorso che abbiamo svolto in questo paragrafo, si rileva che, in realtà, per quanto concerne la prima questione, è opinione pressoché comune che, nelle ipotesi in cui l'identità del rapporto sia del tutto stravolta dalle trasformazioni operate dal contratto modificativo, l'effetto estintivo-costitutivo della novazione non possa essere evitato³⁶; per quanto riguarda la seconda, che in presenza di modifiche qualitativamente accessorie,

principio per cui non determinerebbe novazione la sostituzione dell'oggetto della prestazione con un altro della stessa specie; mentre va sfumando il correlativo assunto per cui provoca necessariamente novazione la sostituzione dell'oggetto della prestazione con un altro di specie diversa. Non dissimili gli approdi della dottrina francese, per la quale l'assenza di *animus novandi* determinerebbe la modificazione non novativa del rapporto, purché il nuovo oggetto sia comunque idoneo a soddisfare il comune interesse delle parti e corrisponda allo scopo dell'obbligazione; cfr., sul punto, ancora A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., 192, sub nota n. 30, che cita A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1980.

³⁴ O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i negozi estintivi onerosi*, cit., 37-38.

³⁵ A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., 193; Id., *Novazione*, cit., 286.

³⁶ «Esprimere la volontà di continuare il rapporto originario, e poi realizzare una modifica tale da alterarne l'identità, rappresenterebbe una palese contraddizione: compiere una modifica di questa portata, rispetto all'intento di mantenere il rapporto originario, costituirebbe, in un certo senso, un *venire contra factum proprium*», A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 286; cfr., inoltre, N. DI PRISCO, *Novazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, Torino, 1999, 336 ss.

l'autonomia privata non sia comunque in grado di determinare novazione.³⁷

Ribadita, pertanto, l'importanza di stabilire l'entità – sostanziale o meno – delle mutazioni, al fine di discernere la novazione dalla modifica non novativa, è dato osservare come in dottrina si sia diffusa in modo crescente la convinzione che i rapporti tra novazione e negozio modificativo si siano informati ad un «graduale rovesciamento [...], al punto che oggi appaiono eccezionali, e quindi abbisognevole di particolari giustificazioni, non più le fattispecie in cui in luogo di una novazione è ammissibile una semplice modifica, bensì le fattispecie in cui la novazione costituisce l'unico mezzo per attuare un certo mutamento nelle relazioni di carattere obbligatorio che legano le parti».³⁸

Del tutto coerente con questa impostazione appare, dunque, la valorizzazione del ruolo dell'*animus novandi* nell'equilibrio della fattispecie delineata dall'art. 1230 c.c.: solo l'inequivoca volontà delle parti di sostituire a quello originario un nuovo rapporto può comportare la novazione; al contrario, l'intenzione delle parti non può determinare novazione nelle ipotesi di modificazioni qualitativamente accessorie di cui all'art. 1231 c.c.

Come già accennato, peraltro, l'indagine relativa a tale requisito non può essere condotta in termini di indagine puramente psicologica, ma che essa deve rispecchiarsi in una *quaestio facti* che l'interprete ha l'onere di definire tenendo conto del «significato economico della modifica»³⁹ e di tutti gli elementi obiettivi che concorrano ad esplicitare l'intenzione delle parti.

Alla luce di questo panorama dottrinario – essenzialmente teso alla valorizzazione del negozio modificativo e ad un'estensione della sua area applicativa a discapito del recessivo istituto della novazione – vanno lette le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, unanime nel ritenere che la novazione è conseguenza solamente di «un mutamento sostanziale dell'obbligazione»⁴⁰, «non è ricollegabi-

³⁷ A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 286. Cfr. anche P. RESCIGNO, *Novazione (dir. civ.)*, cit., 435 ss.; e U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 693-694.

³⁸ A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 286-287. Osserva l'A. che «nel costante ampliamento degli spazi concessi al negozio modificativo si riflette il difficile trapasso da una concezione “statica” del rapporto obbligatorio, visto come realtà immutabile, alla più moderna concezione “dinamica”, che il rapporto obbligatorio intende come un'entità in grado di evolversi, e suscettibile di essere adattata, per volontà delle parti, al variare delle circostanze di fatto o a nuovi interessi dalle parti stesse conseguiti». Cfr. anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 387.

³⁹ A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 284.

⁴⁰ Cass., 12 settembre 2000, n. 12039, cit.; cfr., nello stesso senso, *ex pluribus*, Cass., 6 luglio, 2010, n. 15980, cit.; Cass.,

le alle mere modificazioni accessorie»⁴¹ e «l'effetto estintivo dell'obbligazione che è proprio della novazione presuppone sempre – anche ove si acceda alla concezione più ampia della novazione medesima, che la ravvisi in ogni ipotesi di mutamenti di carattere quantitativo dell'oggetto o di modifiche di modalità o di elementi di una medesima prestazione – che sia accertata la sussistenza dell'*animus novandi*, che deve costituire lo specifico intento negoziale comune ai contraenti, e che deve essere provato in concreto».⁴²

5. Il collegamento tra contratto originario e contratto modificativo.

Si è detto che, sul piano logico, modificare significa essenzialmente riassetto l'equilibrio del sistema di interessi diviso dalle parti lasciandone intatto il nucleo fondamentale.

Di conseguenza, si è osservato come il diritto positivo accolga questa impostazione, sancendo che la trasformazione, per non alterare la struttura e la funzione del rapporto, debba intervenire su profili accessori del medesimo.

A tal proposito, è stato ben evidenziato come il concetto di accessoria collimi, in prospettiva effettuale, con quello di *dipendenza*: «l'accessoria deve essere intesa e valutata in relazione agli effetti del contratto originario, cioè confrontando gli effetti dell'accordo modificativo con il regolamento di interessi fondamentale, di cui è espressione il contratto originario. Il carattere accessorio, in altri termini, dipenderà dall'esistenza di un rapporto di dipendenza, quanto all'efficacia giuridica, fra l'accordo modificativo e il contratto originario, nel senso che soltanto quest'ultimo può (ed anzi deve) porsi come un *prius*, antecedente giuridico necessario perché l'altro si giustifichi e produca i suoi effetti. È evidente, da quanto appena osservato in punto di accessoria, che l'analisi della struttura del negozio non può prescindere dalla valutazione della sua efficacia».⁴³

Secondo la dottrina più risalente è proprio la dipendenza, in ottica funzionale, dal negozio originario a fare del contratto modificativo un negozio di «secondo grado».⁴⁴

26 febbraio 2009, n. 4670, cit.; Cass., 21 gennaio 2008, n. 1218, in *Guida dir.*, 2008, 14, 59.

⁴¹ Così la sentenza che annotiamo.

⁴² Cass., 14 luglio 2000, n. 9354, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce «Obbligazioni in genere», n. 49.

⁴³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 365.

⁴⁴ Così G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 855, che accoglie una classificazione risalente a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.,

Si ritenga o meno che la partizione tra negozi di primo e di secondo grado conservi una qualche utilità, essa rimarca in maniera inequivoca la natura *unilaterale* del nesso funzionale di collegamento presente tra il negozio fondamentale ed il negozio modificativo.⁴⁵

Come è noto, il collegamento negoziale – che per lo più costituisce espressione dell'autonomia contrattuale dei privati – è un meccanismo attraverso il quale è perseguito un risultato economico complesso, che viene realizzato non già per mezzo di un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, sì che le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro.⁴⁶

249. Quest'ultimo, identificando i negozi c.d. di secondo grado con la categoria dei negozi regolamentari, afferma che «[il] negozio concluso, o il rapporto giuridico da esso creato, può a sua volta formare oggetto di svariati negozi, i quali rientrano nell'ampia categoria dei *negozi di secondo grado* [...], che comprende tutti i negozi diretti a regolare in questo senso (fissare, confermare, interpretare, risolvere, assorbire ecc.) negozi giuridici in precedenza conclusi fra le parti stesse: e ciò, con la loro integrazione o con la sovrapposizione di altri negozi modificativi della situazione giuridica preesistente». Cfr. anche L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 308: «i negozi di secondo grado hanno per oggetto rapporti giuridici preesistenti, che hanno già costituito oggetto di altri negozi (negozio fondamentale o originario o di primo grado). Specificando e precisando: col negozio fondamentale il rapporto è disciplinato per la prima volta, quindi come rapporto sociale, che diventa giuridico; il negozio di secondo grado ha per oggetto un rapporto giuridico, appunto, già esistente». Tale terminologia è utilizzata, tra gli altri, anche da G. TAMBURRINO, *I vincoli preliminari nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 210; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, cit., 377; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., 110; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., 387; A. MAGAZZÙ, *Novazione*, cit., 820, *sub nota* n. 189; e, più recentemente, anche da P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999, 85.

⁴⁵ Evidenziano la relazione di dipendenza G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 855; e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 370.

⁴⁶ Se si scorrano i repertori di giurisprudenza si realizza come tale massima si ripeta sin dalla prima metà del secolo scorso, senza variazioni apprezzabili: cfr., nell'ultimo decennio, Cass., 17 maggio 2010, n. 11974, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 761; Cass., 26 marzo 2010, n. 7305, in *Guida dir.*, 2010, 19, 38; Cass., 4 marzo 2010, n. 5195, *ibidem*, 14, 61; Cass., 25 novembre 2008, n. 28053, *ivi*, 2009, 2, 68; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24792, *ivi*, 2008, 46, 79; Cass., 10 luglio 2008, n. 18884, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1123; Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce «Contratto in genere», n. 32; Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, *ivi*, Rep. 2007, voce «Contratto in genere», n. 339; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 132; Cass., 16 febbraio 2007, n. 3645, *ibidem*, 2008, 156, nonché in *Giust. civ.*, 2008, I, 1278; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *Dir. e prat. soc.*, 2006, XX, 70; Cass., 28 marzo



Si deve alla dottrina una minuta classificazione dei possibili tipi di collegamento.⁴⁷

2006, n. 7074, in *Guida dir.*, 2006, 24, 84; Cass., 16 marzo 2006, n. 5851, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce “Contratto in genere”, n. 32; Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, *ivi*, Rep. 2005, voce “Contratto in genere”, n. 343; Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, I, 125; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Dir. e giust.*, 2004, XLI, 19; Cass., 29 aprile 2004, n. 8218, in *Contratti*, 2004, 1023, nonché, in *Foro it.*, 2005, I, 490; Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, *ivi*, Rep. 2001, voce “Contratto in genere”, n. 240. Per la giurisprudenza di merito, cfr., di recente, Trib. Rovigo, 10 marzo 2011, in *De Jure*; Trib. Lamezia Terme, 19 gennaio 2011, *ibidem*; Trib. Nola, 10 aprile 2010, *ibidem*; Trib. Torino, 22 febbraio 2010, *ibidem*. La giurisprudenza ha fatto propria la sistemazione organica della questione risalente ai celebri scritti di M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275, e R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, 1476. Per la notevole ed eterogenea quantità di fenomeni di autonomia privata complessi che si rivelano idonei ad essere letti in chiave di collegamento negoziale, tale materia ha da sempre attirato i cultori della scienza civilistica italiana e la produzione bibliografica è sterminata. Senza alcuna pretesa di completezza e limitandoci agli studi più significativi, si segnalano gli organici contributi di A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 259; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, cit., 357; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. e giur.*, 1960, 273; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 342; G. FERRANDO, *Criteri obiettivi (e “mistica della volontà”)* in tema di collegamento negoziale, in *Foro pad.*, 1974, I, 339; EAD., *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 256; EAD., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, *ivi*, 1997, II, 233; EAD., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, I, 127; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 279; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 398; le monografie di G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; C. COLOMBO, *I collegamenti negoziali*, Roma, 1994; ID., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999; P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, cit.; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell’ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2002; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; ID., *Il collegamento negoziale nella società per azioni*, Milano, 2008; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006; e le voci enciclopediche di R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, voce di *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 375; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, voce di *Enc. dir.*, Milano, 1962, X, 48; S.O. CASCIO – C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, voce di *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

⁴⁷ Tali classificazioni, la maggior parte delle quali recepite e fatte proprie dalla giurisprudenza, hanno una funzione prevalentemente descrittiva e, talvolta, denotano un uso improprio della categoria. Cfr. le critiche mosse agli eccessi classificatori da M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 428; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, cit., 278; e, in particolare, G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 119, che si scaglia contro «il nefasto interesse per le generalizzazioni e per i connessi ludi classificatori e concettualistici».

Cercando, dunque, di incasellare negli alvei delle diverse partizioni dottrinali la natura della relazione che lega il negozio originario al negozio modificativo, ci pare possibile definirla come un collegamento *funzionale, diacronico, necessario ed unilaterale*.

Che il nesso abbia natura funzionale – e non meramente occasionale – non è logicamente revocabile in dubbio: lo abbiamo evidenziato precisando che negozio originario e negozio modificativo coesistono per regolare, in relazione di complementarità, il medesimo rapporto.

Per quanto attiene alla dimensione cronologica, è d’uopo accennare ad una classificazione invalsa nella dottrina tradizionale, ovvero quella consistente nel distinguere tra nessi *di concorso* – che si riscontrano quando due o più negozi cooperano in relazione di sintesi e simultaneità ad uno stesso risultato –, e nessi *di continuità o sequenza* – che descrivono la relazione intercorrente tra due o più negozi posti in ordine di successione temporale l’uno rispetto all’altro, la cui sequenza mira alla realizzazione di un risultato unitario.⁴⁸

È certo che il negozio modificativo, atteso che viene posto in essere in un momento cronologicamente successivo al negozio che ha prodotto il rapporto, si pone in relazione di sequenza (evidentemente eventuale, non necessitata) rispetto a quest’ultimo.

Tale diacronia fa sì che resti estranea al nostro tema la questione più intricata che gli studi in materia di collegamento negoziale debbono affrontare, e cioè l’individuazione del *discrimen* tra unità e pluralità di negozi in una situazione complessa, ove cioè vi sia una pluralità di dichiarazioni contestuali tra le parti.

Invero, il fatto che le manifestazioni di volontà – originaria e di modifica – si estrinsechino in due momenti cronologicamente distinti estingue *ab imis* ogni dubbio riguardo all’individualità strutturale del negozio modificativo rispetto a quello originario e viceversa.

Per quanto concerne la fonte del collegamento funzionale, invece, vengono distinte le categorie del collegamento *necessario* e del collegamento *volontario*.⁴⁹

⁴⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 298 ss.

⁴⁹ Il primo A. che dissertò organicamente in materia di collegamento negoziale, ne distinse tre tipi: a) «collegamento derivante dalla funzione stessa cui il negozio, obiettivamente considerato, adempie rispetto ad un altro»; b) «collegamento dovuto alla circostanza che uno dei negozi trova la sua causa in un rapporto scaturente da altro negozio»; c) infine, il collegamento che si verifica quando una pluralità di negozi sono coordinati da un nesso economico e teleologico voluto dalle parti, M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 327. Successivamente si è affermato che sarebbe stato sufficiente distinguere



Il primo è espressione dell'autonomia contrattuale privata e postula la teorica autosufficienza dei singoli frammenti negoziali, i quali, se le parti non avessero deciso di collegarli per realizzare l'affare economico complesso, avrebbero potuto avere una loro vita autonoma.

232 La figura del collegamento necessario, invece, si riscontra allorché la connessione tra due o più negozi derivi dalla *natura* di uno di essi, con ciò volendosi intendere che un negozio, al fine di spiegare gli effetti suoi propri, obiettivamente e necessariamente presuppone l'esistenza dell'altro.⁵⁰

Ora, appare manifesto che il fenomeno di connessione contrattuale che andiamo descrivendo debba essere annoverato in questa seconda categoria.

Infatti, se, da una parte, è innegabile che sia la volontà dei contraenti a porre in essere quelle modifiche, qualitativamente accessorie, che escludono l'effetto novativo e rendono il contratto di modifica un contratto dipendente da quello principale, dall'altra, nessun rilievo diretto assume tale volontà nella costituzione del legame tra negozio originario e negozio modificativo, il quale è la diretta conseguenza della obiettiva funzione che il secondo adempie rispetto al primo.

Tale nesso di collegamento, logicamente indissolubile, è stato espressivamente definito «un onere, come tale pur sempre voluto, che le parti subiscono»: «le vicende di un negozio avranno rilevanza sull'altro per il loro carattere di necessità, in quanto

tra collegamento volontario e connessione imposta dalla natura dei negozi o dalla legge, cfr. F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 430. Quest'ultimo A., più precisamente, distingue fra collegamento precettivo (volontario) e collegamento materiale (necessario): la seconda categoria «costituisce senza dubbio il tipo più evidente di collegamento e si ha quando, anche indipendentemente da una particolare influenza della volontà del collegamento sulla concreta determinazione del precetto negoziale, il nesso di fatto tra la situazione su cui opera un negozio e quella su cui opera l'altro negozio sia di tale evidenza per cui l'una situazione risulti, in fatto, subordinata all'esistenza dell'altra. Aver voluto un negozio implica la necessità di volere anche l'altro, poiché, essendo connesse le due situazioni, le vicende di un negozio, destinate ad operare su una delle situazioni di fatto, hanno automaticamente rilevanza sulla situazione subordinata, che costituisce il substrato materiale dell'altro negozio». Vi è, inoltre, chi – valorizzando il ruolo della volontà privata – ha criticato la distinzione in parola osservando che anche «negli stessi negozi collegati necessariamente il legame può in linea mediata ricondursi all'autonomia dei privati alla quale compete in concreto la scelta degli strumenti negoziali», così R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., 378; cfr. nello stesso senso anche L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 235, e, per un'esauritiva sintesi sul rilievo della distinzione in dottrina, P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, cit., 29 ss.

⁵⁰ In alcune ipotesi, peraltro, il nesso tra negozi e la relativa disciplina sono posti direttamente dal legislatore: cfr., ad es., l'art. 1595³ c.c., in tema di sublocazione.

funzionano obiettivamente come condizioni di possibilità di esistenza dell'altro negozio; nel senso, cioè, che la loro mancanza determini l'impossibilità di esistenza dell'altro rapporto».⁵¹

Per quanto riguarda la descrizione degli effetti del collegamento⁵², torna utile, invece, la distinzione fra collegamento *unilaterale* e collegamento *bilaterale*.⁵³

Con il primo si intende indicare la situazione di dipendenza di un negozio da un altro (i cui effetti

⁵¹ F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 430. Egual natura appare possedere il nesso che lega il rapporto principale alla garanzia: l'ipoteca, il pegno e la fideiussione, infatti, vivono in funzione del mutuo che garantiscono. Allo stesso modo, la sublocazione e il subappalto e, in generale, il subcontratto, in tanto possono essere posti in essere, in quanto sussista il c.d. contratto-base. Cfr. sul punto N. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, cit., 357 ss.

⁵² La giurisprudenza a tale riguardo afferma che «[il] collegamento comporta la ripercussione delle vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione) sull'altro, seppure non necessariamente in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro e non viceversa) ed in rapporto di principale ed accessorio», così, da ultimo, Cass., SS. UU., 14 giugno 2007, n. 13894, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1141; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2008, 741; e in *Resp. civ.*, 2008, 2045. La formula si trasmette nei decenni con poche variazioni, cfr. Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, cit.; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 132; Cass., 28 marzo 2006, n. 7074, cit.; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giust. civ.*, 2002, I, 113; in *Giur. it.*, 2002, 1618; e *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 654; Cass. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093; Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, in *Foro it.*, 1992, Rep. 1991, voce «Contratto, atto e negozio in genere», n. 158; Cass., 5 luglio 1991, n. 7415, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce «Contratto, atto e negozio in genere», n. 159; Cass., 4 maggio 1989, n. 2065, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce «Contratto, atto e negozio in genere», n. 193; Cass., 31 marzo 1987, n. 3100, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce «Contratto in genere», n. 31; Cass., 15 dicembre 1984, n. 6586, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce «Contratto in genere», n. 91; Cass., 25 luglio 1984, n. 4350, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce «Contratto in genere», n. 92; Cass., 15 febbraio 1980, n. 1126, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce «Contratto in genere», n. 63; Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1537.

⁵³ Distinzione proposta da L. ENNECERUS – H. LEHMANN, *Lehrbuch, des bürgerlichen Rechts*¹⁴, II, Tübingen, 1954, 384, e ripresa quasi uniformemente dalla dottrina che si è occupata del tema; su tutti cfr. F. MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., 52-53; e G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 3. In giurisprudenza cfr., da ultimo, Cass., 28 marzo 2006, n. 7074, cit.: «il collegamento negoziale può essere bilaterale o unilaterale. È bilaterale quando le vicende di un contratto reagiscono necessariamente sull'altro, per cui l'invalidità di uno, nel suo significato più generale, determina necessariamente l'invalidità dell'altro e reciprocamente. È unilaterale, quando tale reciprocità non sussiste ed un negozio può restare valido, anche in presenza dell'invalidità dell'altro». Enunciano la distinzione *de qua* anche Cass., 10 ottobre 2005, n. 19678, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 2334; nonché in *Dir. e giust.*, 2006, 34; Cass., 6 agosto 2004, n. 15190, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce «Agenzia», n. 2; Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, cit.; per quanto concerne le corti di merito, cfr. Trib. Salerno, 15 aprile 2008, in *Il civilista*, 2009, 47; e App. Milano, 13 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2618.



sono ben compendiate dall'adagio *accessorium sequitur principale*); con il secondo, invece, si allude all'interdipendenza fra negozi, situazione nella quale gli atti sono, solitamente, in rapporto di pariordinazione (ed ove le conseguenze sono sintetizzate nel brocardo *simul stabunt simul cadent*).

Abbiamo appena osservato come l'analisi strutturale del negozio non possa prescindere dalla valutazione della sua efficacia: ebbene, dal momento che il negozio modificativo esplica un'efficacia innovativa degli elementi qualitativamente secondari del rapporto, esso non può che porsi in relazione di accessorialità e, quindi, di *dipendenza* funzionale dal negozio poietico di quel rapporto. Quest'ultimo ne costituisce un antecedente logico, cronologico e giuridico.

Occorre adesso trarre da quanto sinora argomentato le debite conclusioni.

Le eventualità della risoluzione e del recesso non sembrano sollevare questioni peculiari, dal momento che intervengono sull'unico rapporto esistente, seppur regolato da una pluralità di fonti negoziali.

Infatti, anche se l'inadempimento riguarda proprio uno di quegli aspetti del rapporto sui quali è intervenuta la modifica ovvero il diritto di recedere sia stato attribuito dallo stesso negozio modificativo, è il rapporto a sciogliersi, non l'atto negoziale.⁵⁴

⁵⁴ Cfr. però F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 372 ss. il quale descrive le affinità tra contratto modificativo concluso in esecuzione dell'obbligo di rinegoziazione e transazione. L'A. osserva che, da una parte, entrambi possono ascrivere alla categoria dei contratti c.d. regolamentari e sono caratterizzati da un certo grado di atipicità di contenuto; dall'altra, peraltro, che mentre il contratto modificativo è un mezzo di adeguamento del rapporto ai mutati interessi delle parti e mira, dunque, a comporre un conflitto economico senza che questo sia ancora sfociato in una lite, la transazione invece presuppone la sussistenza di un conflitto giuridicamente qualificato. Sulla scorta di questa premessa l'A. passa in rassegna gli artt. 1965 c.c. ss. per vagliarne l'attitudine applicativa al contratto modificativo. In particolare, è valutata positivamente la possibilità di applicare al contratto modificativo la norma dettata dall'art. 1976 c.c. il quale preclude la risoluzione per inadempimento della transazione novativa, salvo che il diritto alla risoluzione abbia costituito oggetto di stipulazione espressa. Ciò perché «con riferimento alla dinamica dei contratti a lungo termine, appare irrazionale una diversa scelta (nel senso cioè di consentire la risoluzione dell'accordo modificativo con la reviviscenza del preesistente regolamento d'interessi), posto che le parti hanno voluto certamente superare l'originario assetto contrattuale, sostituendolo con altro idoneo a consentire la prosecuzione del contratto». Come detto, peraltro, crediamo che le vicende del negozio non siano da confondere con le vicende del rapporto e che effetto modificativo ed effetto novativo vadano tenuti distinti: il primo consiste nella trasformazione degli elementi secondari di un rapporto, del quale lascia intatta la fisionomia, mentre il secondo consiste nell'estinzione di un rapporto e nella coeva costituzione di uno nuovo. Nel primo caso, dunque, l'unicità/continuità del rapporto impedisce che si presentino questioni di reviviscenza di obbligazioni in seguito alla sua risoluzione.

Qualche precisazione si palesa invece necessaria per quanto concerne gli effetti dell'invalidità, la quale, bensì, investe l'atto di autonomia privata nella sua dimensione di fatto giuridico costitutivo del rapporto.

Crediamo, al riguardo, che l'invalidità che colpisce il negozio originario, provocando il venir meno del rapporto con effetti retroattivi, determini l'originaria insussistenza del sostrato oggettivo del negozio modificativo e ne cagioni una genetica impossibilità funzionale, sanzionata con la nullità.⁵⁵

Nel caso in cui, invece, sia il negozio modificativo ad essere colpito da una vicenda invalidante, non può giungersi, evidentemente, alla stessa conclusione, dal momento che il negozio originario, non dipendendo funzionalmente da quello modifica-

⁵⁵ Cfr. anche M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit., 4-5. Non si ha alcuna sopravvenienza, bensì un difetto vitale e strutturale del contratto logicamente e cronologicamente precedente che influisce fatalmente sulla possibilità di esistenza del negozio modificativo. Il fenomeno della propagazione dell'invalidità da un negozio ad un altro, sul presupposto di un nesso di collegamento funzionale, è stato talvolta definito come *invalidità derivata*: cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva nei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, 198, e R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, voce di *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 596, e la bibliografia ivi richiamata. Invero, l'invalidità derivata – della quale la scienza civilistica non possiede una nozione sicura – appare una locuzione meramente descrittiva degli effetti provocati dalla caducazione del negozio originario: il negozio accessorio, infatti, cade a sua volta non per derivazione, ma per un suo vizio intrinseco, consistente nel venire meno dei propri presupposti oggettivi e funzionali. In realtà, l'invalidità derivata costituisce patrimonio dogmatico del diritto amministrativo: cfr., da ultimo, Cons. Stato, 23 ottobre 2007, n. 5559, in *www.altalex.com*: «nell'ambito del fenomeno generale dell'invalidità derivata, si deve distinguere tra la figura dell'invalidità caducante (o “travolgimento” o “effetto travolgente”) e quella dell'invalidità ad effetto viziante. La figura dell'invalidità caducante [...] si delinea allorché il provvedimento annullato in sede giurisdizionale costituisce il presupposto unico ed imprescindibile dei successivi atti consequenziali, esecutivi e meramente confermativi, sicché il suo venir meno travolge automaticamente – e cioè senza che occorra una ulteriore specifica impugnativa – tali atti successivi strettamente e specificamente collegati al provvedimento presupposto. La figura dell'invalidità ad effetto solo viziante si ravvisa in tutte le ipotesi nelle quali si è in presenza di provvedimenti presupponenti solo genericamente o indirettamente connessi a quello presupposto, di guisa che, proprio per la rilevata assenza di uno specifico e stretto legame di dipendenza o di presupposizione, tali atti successivi non possono ovviamente rimanere travolti *ipso iure*, occorrendo per la loro eliminazione una esplicita pronuncia giurisdizionale di annullamento (a seguito, ovviamente, o della loro contestuale impugnazione con lo stesso ricorso principale o della loro successiva impugnazione con i motivi aggiunti o con autonomo ricorso). L'effetto caducante può essere ravvisato solo quando tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione-consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri».

tivo, continuerà ad esplicitare i propri effetti ed a costituire l'unica fonte regolamentare del rapporto.

Cesseranno, dunque, di avere efficacia le disposizioni introdotte dall'accordo di modifica, mentre assisteremo ad un fenomeno di *reviviscenza* di quelle sostituite o soppresse, «per cui il contenuto normativo del precedente negozio o rapporto giuridico, già assorbito e, per così dire, imprigionato nel negozio [modificativo], una volta caduto questo, *ritorna libero e riprende tutta la sua primitiva efficienza*. Non è un rapporto che si crei ora *ex novo*, per la prima volta [...]; ma è lo stesso rapporto primitivo che, dopo uno stato di *quiescenza*, *rivive*». ⁵⁶

Sulla questione, anche la Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi, con specifico riguardo all'annullamento del contratto modificativo: «[l]’atto con il quale le parti convengono una modificazione accessoria di una precedente obbligazione, pur non costituendo una novazione e non comportando, dunque, l’estinzione dell’obbligazione originaria, ha, in ogni caso, natura contrattuale ed è soggetto, quindi, alle regole che ne prevedono l’annullabilità, con la conseguenza che, ove tale annullabilità sia stata eccepita soltanto riguardo all’atto negoziale modificativo e siffatta eccezione sia fondata, le obbligazioni nascenti dal contratto restano quelle antecedenti alla modificazione». ⁵⁷



⁵⁶ E. BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 375.

⁵⁷ Cass., 24 ottobre 2007, n. 22339, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 2030. Parla esplicitamente di «reviviscenza» dell’obbligazione Cass., 11 febbraio 1998, n. 1395, in *Giur. it.*, 1999, 271 (relativamente alla rinascita delle obbligazioni discendenti dal contratto preliminare in seguito all’annullamento del contratto definitivo). Per quanto concerne la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Perugia, 30 luglio 2008, in archivio *De Jure*, e Pret. Taranto, 24 novembre 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 1304, rispettivamente in tema di inefficacia e di invalidità del negozio solutorio: tali vicende provocano il ripristino del rapporto scaturente dal contratto originario.