

La transazione novativa alla luce dell'art. 1976 del codice civile.

Sommario: 1. Il problema del rapporto tra transazione novativa e novazione. 2. L'individuazione della fattispecie transattiva. 3. Segue. Transazione e Novazione: le tesi contrapposte. 4. La posizione della Giurisprudenza. 5. *Aliquid novi* e *animus novandi* nella fattispecie transattiva. 6. Una possibile conclusione.

1. Il problema del rapporto tra transazione novativa e novazione.

Controversa è la relazione tra la novazione, disciplinata nel capo IV del titolo I del libro IV del codice civile, relativo ai mezzi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, e la transazione, contratto tipico con il quale le parti pongono fine ad una lite già incominciata o che può sorgere, attraverso reciproche concessioni.

Il problema, già discusso sotto il codice abrogato, nasce attualmente dalla disciplina dettata dall'art. 1976 c.c., rubricato "Risoluzione della transazione per inadempimento", secondo cui la transazione novativa può essere risolta per inadempimento solo se la risoluzione è stata espressamente pattuita dalle parti.

La lettera della legge sembra consentire almeno tre implicazioni: 1) che la transazione, di regola, può essere risolta per inadempimento; 2) che la transazione novativa non può, di regola, essere risolta per inadempimento; 3) che la transazione novativa può essere risolta per inadempimento solo se esiste un patto espresso che ne preveda la risoluzione.

La disciplina legale collega, dunque, novazione e transazione, ponendo il problema del rapporto tra i due istituti. Diverse sono le possibili conclusioni applicative. Se, infatti, si ritenesse di ricondurre la transazione novativa all'istituto della novazione, si perverrebbe alla conclusione che per configurare la fattispecie di transazione novativa sarebbe necessario rinvenire i requisiti propri della novazione, *l'animus novandi* e la modificazione non accessoria del titolo o dell'oggetto dell'obbligazione. A conclusione opposta si perverrebbe nel caso la transazione novativa non venga fatta rientrare nello schema della novazione, considerandola una figura autonoma.

2. L'individuazione della fattispecie transattiva.

La transazione rientra tra gli strumenti accordati ai privati per la soluzione di controversie giuridiche. Secondo la definizione legale la transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può insorgere tra loro. Le reciproche concessioni si ritiene rappresentino la nota oggettiva necessaria per qualificare la transazione, accanto all'intento soggettivo del superamento della lite. Attraverso di esse, le parti possono disporre anche di rapporti giuridici diversi da quello litigioso, dando vita alla cosiddetta transazione mista o complessa, controversa figura che alcuni inquadrano nella problematica del collegamento contrattuale ed altri in quella del negozio misto, la cui disciplina si ritiene quella della transazione, salvo applicare in via analogica, nei limiti della compatibilità con il regime della transazione, la disciplina dei contratti tipici cui appartengono le prestazioni estranee alla situazione controversa¹.

Discussa è la natura giuridica del contratto di transazione, dibattendosi tra natura costitutiva e natura accertativa²; la funzione economico sociale del contratto viene solitamente individuata nella composizione di una lite a mezzo di reciproche concessioni.

Si ritiene che il contratto esalti la libertà dei privati, consentendo loro di risolvere una controversia senza adire l'autorità giudiziaria. La legge, peraltro, pone dei limiti alla libertà negoziale, limitando la transazione ai soli diritti disponibili, richiedendo la forma scritta per provare l'esistenza del contratto, ed imponendo la forma scritta a pena di nullità, nel caso il contratto abbia ad oggetto la costituzione od il trasferimento di diritti reali immobiliari.

La transazione pone altresì un problema di rapporto tra una situazione pregressa al contratto, che secondo alcuni coinciderebbe con la situazione litigiosa, e la situazione giuridica scaturita dal contratto. Il fatto che la legge escluda che il contratto sia impugnabile per errore di diritto sul *caput controversum* e per rescissione sembra esprimere un *favor* per il mantenimento della situazione

giuridica risultante dalla transazione, evitando ulteriori indagini sulla situazione pregressa, litigiosa o meno. Peraltro, questo *favor* viene meno dinanzi ad una situazione di abuso del diritto, che si verifica quando una delle parti era consapevole, al momento del contratto, della temerarietà della sua pretesa.

Una peculiare disciplina è dettata nel caso la transazione sia connessa a giudizi civili di falso, oppure abbia ad oggetto un titolo nullo, oppure sia stata basata su documenti riconosciuti, successivamente al contratto, falsi, oppure sia in contrasto con una sentenza passata in giudicato.

3. Segue. Transazione e Novazione: le tesi contrapposte.

La novazione è disciplinata tra i modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, e realizza, da un lato, l'estinzione dell'obbligazione pregressa, compresi gli accessori e le garanzie, salvo diversa volontà delle parti, e, dall'altro, la creazione di una nuova obbligazione con oggetto o titolo diversi.

Discussa è la natura giuridica della novazione: secondo alcuni è un contratto, come dimostrerebbe il fatto che la legge richiede una inequivoca volontà di estinguere l'obbligazione precedente; secondo altri è un effetto che alcuni contratti possono realizzare, come sarebbe dimostrato dall'art. 1976 c.c., dedicato alla transazione novativa.

Anche in materia di novazione, come per il caso della transazione, esiste un problema di rapporto tra una situazione giuridica preesistente ed una situazione giuridica successiva. L'estinzione dell'obbligazione precedente ed il sorgere di una nuova obbligazione, descritti come effetto novativo, presuppongono sia una chiara volontà di estinzione, sia una modificazione non accessoria dell'obbligazione, escludendo che possano rilevare, per esempio, il rilascio di un documento, la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine. Il ritorno alla situazione preesistente è possibile quando l'originaria obbligazione fosse stata giuridicamente inesistente, salvo che la novazione sia qualificabile come convalida di un negozio annullabile³.

L'ambito dell'effetto novativo viene limitato dalla legge al caso della sostituzione di una nuova obbligazione ad una precedente, con oggetto o titolo diversi⁴. Inoltre, la novazione riguarda l'oggetto o il titolo dell'obbligazione, in quanto la novazione soggettiva viene disciplinata dalle norme sulla cessione del credito e sulla delegazione, espromissione, acollo⁵.

Sul problema del rapporto tra transazione e novazione, come detto, la dottrina è divisa sostanzialmente tra due tesi contrapposte.

Secondo la tesi che considera le due figure distinte, la transazione novativa e la novazione si differenzerebbero per la diversa ampiezza dell'oggetto, per la differente funzione, e per il diverso atteggiarsi del rapporto tra situazione pregressa e situazione nuova⁶.

Dal punto di vista dell'oggetto, la novazione si differenzerebbe dalla transazione per la maggiore ristrettezza del suo ambito, in quanto l'effetto novativo consiste nell'estinzione dell'obbligazione originaria e nella creazione di una nuova obbligazione, con oggetto o titolo diverso, mentre la transazione può produrre sia effetti obbligatori che effetti reali.

La funzione economico sociale della novazione sembra esaurirsi nella estinzione dell'obbligazione originaria, e nella creazione di una nuova, mentre la transazione non mira ad estinguere il rapporto precedente in quanto il suo scopo, il superamento della lite a mezzo di reciproche concessioni, può essere compatibile con la sopravvivenza parziale del rapporto precedente. La differenza tra transazione e transazione novativa, in questa direzione, andrebbe colta sul piano quantitativo, configurandosi la transazione novativa come integralmente sostitutiva del rapporto pregresso, diversamente dalla transazione non novativa, la quale sostituirebbe solo in parte il rapporto preesistente, che verrebbe, così, disciplinato da più fonti negoziali.

Differente sarebbe anche il rapporto situazione pregressa-situazione nuova. Nella novazione, la validità della nuova obbligazione dipende dalla validità e dall'esistenza dell'obbligazione originaria. Nella transazione, la funzione di composizione della lite impedirebbe il ritorno alla situazione giuridica preesistente, anche, nell'ipotesi in cui potrebbe dimostrarsi l'inesistenza del

diritto di una delle parti, facendo salvo solo il caso di lite temeraria, che sottende un abuso del diritto che l'ordinamento non tollererebbe.

In base al secondo indirizzo dottrinale, la transazione novativa rientrerebbe nell'ambito della novazione e per sussistere richiederebbe sia *l'animus novandi* che *l'aliquid novi*, come potrebbe desumersi dall'art. 1976 c.c., che escludendo la risoluzione della transazione per inadempimento se "il rapporto preesistente è stato estinto per novazione", fa supporre un rinvio a quest'istituto⁷.

I citati requisiti, dovrebbero sussistere, secondo questa tesi, ogni qual volta si verifichi l'effetto novativo. La transazione non realizzerebbe così l'effetto estintivo del rapporto preesistente se mancassero tali requisiti, e la transazione novativa si distinguerebbe dalla transazione non novativa per la loro presenza.

4. La posizione della Giurisprudenza.

La Giurisprudenza sembra accogliere, in modo prevalente, almeno fino agli anni '80, la seconda tesi esposta, ritenendo che la transazione novativa costituisca una transazione mista a novazione, e configurando la fattispecie quando, oltre ai requisiti previsti per integrare la transazione, siano presenti anche *l'animus novandi* e *l'aliquid novi*⁸.

In un caso, ad esempio, i giudici negano carattere novativo alla transazione con la quale le parti, al fine di prevenire l'insorgere di una lite, stabiliscono di proseguire il rapporto di locazione di un immobile ad uso promiscuo, anziché ad esclusivo uso diverso da quello abitativo, modificando contestualmente anche l'entità del canone dovuto dal conduttore. La decisione viene motivata nella mancanza della prova dell'inequivoca volontà di estinguere l'obbligazione, richiesta dall'art. 1230 c.c.: si arriva così alla conclusione che, per determinare la scadenza del rapporto, bisogna attingere alla disciplina posta dall'originario contratto di locazione, e non dalla transazione⁹.

In altri casi, la Cassazione afferma che la transazione non spiega automaticamente effetti novativi, ritenendo necessario che ricorrano i requisiti propri della novazione, affinché si verifichi l'estinzione del rapporto¹⁰.

La più recente giurisprudenza della Cassazione, peraltro, sembra offrire un panorama abbastanza variegato, assumendo posizioni più sfumate in relazione al problema dei requisiti richiesti per configurare la transazione novativa. Molte sentenze non sembrano prendere posizione¹¹; altre mostrano di prescindere dai requisiti dettati in materia di novazione¹²; altre ancora tendono a configurare la fattispecie di transazione novativa sia in presenza di un espresso *animus novandi*, sia in presenza di una situazione di "incompatibilità oggettiva" tra transazione e rapporto pregresso¹³.

Quest'ultimo orientamento sembra sviluppare una posizione originale. La situazione di "oggettiva incompatibilità" tra rapporto pregresso e rapporto transattivo, infatti, si avvicina, ma non sembra coincidere, con il concetto di integrale sostituzione del rapporto pregresso al quale fa' riferimento l'indirizzo dottrinale che distingue transazione novativa e novazione. La "incompatibilità oggettiva" e la "integrale sostituzione" potrebbero identificare fenomeni differenti perché la transazione presenta sempre un grado, pur minimo, di incompatibilità con il rapporto pregresso, anche senza che questo venga integralmente sostituito dalla transazione¹⁴.

Il richiedere l'*animus novandi* senza la contemporanea presenza dell'*aliquid novi*, come fanno altre sentenze¹⁵, d'altra parte, non coincide completamente con l'indirizzo dottrinale che pretende i requisiti della novazione per configurare la fattispecie di transazione novativa. Sebbene la transazione implichi sempre una modificazione del rapporto preesistente (come espresso nella pretesa e nella contestazione), tale modificazione, per l'indirizzo dottrinale citato, non sarebbe sufficiente ad integrare l'*aliquid novi* proprio della novazione, perché in materia di novazione l'*aliquid novi* non identifica qualsiasi modificazione, ma una modificazione essenziale del rapporto, sotto il profilo dell'oggetto o del titolo.

5. *Aliquid novi e animus novandi* nella fattispecie transattiva.

Il contrasto tra la tesi secondo cui la transazione novativa rientra nella novazione e quella che sostiene trattarsi di figure distinte sembra emergere più chiaramente se entrambe vengono sviluppate sul piano puramente logico.

Nella tesi che distingue tra transazione novativa e novazione, i requisiti richiesti per configurare la novazione, *l'animus novandi* e *l'aliquid novi*, avrebbero la funzione di sottolineare la rilevanza patrimoniale dell'effetto novativo che, tra le altre cose, comporta anche l'estinzione delle garanzie che assistevano l'obbligazione originaria, salvo patto contrario. Questi requisiti per la transazione sembrerebbero inutili, perché la volontà di transigere si presenta già non equivoca, a causa del meccanismo operativo del contratto. La transazione nell'attuare la sua funzione tipica (composizione della lite a mezzo di reciproche concessioni) realizza una modificazione della situazione giuridica preesistente litigiosa attraverso le reciproche concessioni. Questi atti dispositivi possono operare soltanto su una situazione determinata, e non su una situazione meramente incerta, perché il reciproco dare ed il reciproco trattenere presuppongono dei termini di riferimento. Le reciproche concessioni vengono così calcolate su un conflitto giuridico, dedotto o non ancora dedotto in processo¹⁶. L'accordo per superare tale conflitto giuridico a mezzo di reciproche concessioni, nel quale si sostanzia la transazione, difficilmente potrebbe presupporre una volontà equivoca, perché da un lato il conflitto giuridico non potrebbe non essere noto alle parti, e dall'altro il calcolo delle reciproche concessioni su quel determinato conflitto, e lo scopo di superarlo, sarebbero indici che la volontà negoziale si è manifestata in modo chiaro, nel senso di non lasciare adito a dubbi sull'intenzione delle parti. Si potrebbe dire che nel tipo "transazione" l'elemento della non equivocità della volontà negoziale sarebbe indirettamente desumibile dal meccanismo operativo del contratto.

La determinazione alla lite, la predisposizione delle reciproche concessioni, e la presenza della volontà comune di superare la lite, sembrano raggiungere lo stesso scopo che intenderebbe perseguire la norma che impone una volontà non equivoca come elemento essenziale della

novazione, per cui non si porrebbe un problema di minore tutela, se le due figure di cui si discute venissero tenute distinte.

Le reciproche concessioni, che distinguono la transazione da una rinuncia contrattuale, dovrebbero, d'altro canto, realizzare una modificazione della situazione preesistente, essenziale per la volontà delle parti e per la causa del rapporto, tanto da porre fine alla lite, rinunciando alla tutela giurisdizionale.

Si potrebbe, così, pervenire alla conclusione che *l'animus novandi* e *l'aliquid novi* possono considerarsi elementi impliciti nella transazione novativa; l'esclusione del diritto di risoluzione della transazione novativa per inadempimento si spiegherebbe alla luce della causa del contratto, che mira a superare in modo definitivo la lite, impedendo di tornare al pregresso rapporto litigioso. Forse sotto questa luce si potrebbe interpretare il recente orientamento giurisprudenziale che configura la fattispecie di transazione novativa, sia in presenza di un espresso *animus novandi*, sia in presenza di una situazione di "incompatibilità oggettiva" tra transazione e rapporto pregresso¹⁷.

Per l'altra tesi (transazione novativa come transazione mista a novazione) la transazione (non novativa) che investe l'intero rapporto preesistente non lo estinguerebbe, lasciandolo sussistere almeno come fatto storico, sebbene non come fonte negoziale. In questo senso, la transazione si potrebbe porre come impedimento all'efficacia della fonte originaria, e, se essa venisse meno, la fonte originaria riacquisterebbe efficacia. Il fatto rilevante dell'estinzione del rapporto potrebbe realizzarsi, così, solo in presenza dei requisiti della novazione, non potendo essere conseguenza diretta del contratto, che, in base alle regole generali, sarebbe sempre risolvibile, anche per inadempimento.

6. Una possibile conclusione.

Sembra che le principali differenze tra i due istituti consistano nella funzione e nei requisiti richiesti. La sostituzione dell'obbligazione precedente, nel caso della novazione, è il prodotto di una

volontà negoziale non equivoca che non è qualificata dallo scopo di superare una lite. L'effetto novativo, che comporta la rilevante conseguenza di estinguere l'obbligazione, comprese le garanzie personali e reali, consegue ad una chiara volontà delle parti ed a una modificazione essenziale dell'oggetto dell'obbligazione, senza che rilevi lo scopo per il quale le parti sostituiscano il rapporto, situandosi quest'ultimo nel campo dei motivi. Nel caso della transazione, invece, la nuova situazione giuridica è creata in funzione della composizione della lite, in quanto la funzione dell'istituto è il superamento della lite a mezzo di reciproche concessioni. Dal punto di vista descrittivo le reciproche concessioni possono essere contrapposte alla modificazione essenziale richiesta per configurare la novazione.

In materia di transazione, è dettata una disciplina *ad hoc* per la risoluzione della transazione per inadempimento. Il significato della norma è probabilmente quello di impedire che una parte, non adempiendo alla propria obbligazione, possa provocare la risoluzione della transazione, facendo riemergere la lite¹⁸. Si spiegherebbe, in questo modo, perché è esclusa, di regola, la sola risoluzione per inadempimento, mentre le altre ipotesi di risoluzione sarebbero direttamente applicabili senza necessità della mediazione di una disciplina *ad hoc*.

Dottor Enrico Mancuso

Dottore di ricerca in Nuova sistematica del diritto civile, Diritto privato comunitario e Teoria dell'interpretazione.

¹ E. Del Prato, *Superamento della lite e transazione*, *R. arbitrato* 2002, XII, p. 366.

² Per la tesi della dichiaratività F. Carresi, *La transazione*, in *Tratt. Vassalli*, IX, Torino 1956, p. 228; per la tesi della natura costitutiva F. Santoro Passarelli, *La transazione II edizione*, Napoli 1975, ivi bibliografia.

³ P. Rescigno, *Manuale del Diritto privato italiano*, Napoli 1987, p. 643.

⁴ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1998, p. 552.

⁵ P. Rescigno, *op. loc. cit.*

⁶ F. Santoro Passarelli, *op. cit.* E. Del Prato, *La transazione*, Milano 1992, p. 43. R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Ann. univ. Messina*, 1932-33, p. 445 ss. S. Pugliatti, *Della transazione*, in *Comm. D'Amelio Finzi*, Firenze 1949, p. 464 ss.

⁷ E. Valsecchi, *La transazione*, in *Tratt. Cicu Messineo*, XXXVII, t. 2, Milano 1954, p. 434.

⁸ La Cassazione, almeno in passato, è sembrata prevalente sul punto. A titolo indicativo: Cass. civ., sez. III, 21-02-1978, n. 852; Cass. civ., sez. III, 26-07-1974, n. 2256; Cass. civ., sez. III, 21-03-1969, n. 913; Cass. civ., sez. I, 18-12-1964, n. 2881.

⁹ *Arch. locaz.* 1989, p. 753 con nota di A. Grieco.

¹⁰ Cass. civ., sez. III, 21-02-1978, n. 852.

¹¹ Cass. civ., sez. III, 25-11-1994, n. 10015; Cass. civ., sez. III, 05-08-1991, n. 5861; Cass. civ., sez. I, 16-01-1991, n. 354; Cass. civ., sez. III, 12-11-1988, n. 6138; Cass. civ., sez. lav., 19-06-1987, n. 5422; Cass. civ., sez. III, 16-06-1987, n. 5294; Cass. civ., sez. III, 02-06-1987, n. 4832; Cass. civ., sez. II, 10-02-1987, n. 1416; Cass. civ., sez. lav., 04-12-1986, n. 7193.

¹² Cass. civ., sez. un., 29-11-1999, n. 828; Cass. civ., sez. III, 12-05-1997, n. 4129; Cass. civ., sez. lav., 07-06-1996, n. 5313; Cass. civ., sez. I, 12-05-1994, n. 4647; Cass. civ., sez. II, 09-12-1996, n. 10937; Cass. civ., sez. III, 13-09-1996, n. 8264; Cass. civ., sez. II, 05-08-1987, n. 6727 (in modo non esplicito), Cass. civ., sez. II, 05-03-1986, n.1400; Cass. civ., sez. I, 05-07-1977, n. 2935.

¹³ Cass. civ., sez. lav., 11-08-2000, n. 10657; Cass. civ., sez. II, 03-04-1998, n. 3424; Cass. civ., sez. I, 15-11-1997, n. 11330; Cass. civ., sez. II, 09-12-1996, n. 10937; Cass. civ., sez. II, 28-08-1993, n. 9125.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 26-01-1999, n. 4710.

¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. III, 15-01-1997, n. 374; Cass. civ., sez. II, 28-08-1993, n. 9125; Cass. civ., sez. I, 23-06-1992, n. 7690; Cass. civ., sez. lav., 09-04-1992, n. 4325; Cass. civ., sez. lav., 21-11-1986, n. 6877.

¹⁶ E. Del Prato, voce *Transazione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, p. 822.

¹⁷ Cfr. p. 6.

¹⁸ Cfr. A. Falzea, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 205. L'A. distingue tra efficacia costitutiva, dichiarativa e preclusiva; quest'ultima si avrebbe quando "la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente" (p. 209). La transazione (come i fatti di accertamento, la prescrizione, l'usucapione) spiegherebbe tale efficacia, in quanto sarebbe configurata dalla legge in modo tale da poter "prescindere" dalle situazioni giuridiche pregresse, così da assorbire e precludere già su un piano sostanziale ogni loro ulteriore effetto. Cfr. anche F. Panuccio Dattola, *La transazione novativa*, Milano 1996, *passim*.