



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## LA DIFFERENZA TRA NOVAZIONE E TRANSAZIONE: I LIMITI ALL'AUTONOMIA NEGOZIALE IN CASO DI CONTRATTO ILLECITO

*Il presente elaborato si propone come obiettivo quello di analizzare un peculiare fenomeno che ha destato vivace dibattito sia in ambito dottrinale che in giurisprudenza: le sorti della transazione novativa in caso di contratto illecito. In particolare, dopo aver analizzato gli istituti in rilievo, si è proceduto ad approfondire la natura novativa della transazione, le differenze rispetto alla volontà conservativa delle parti ed i limiti e le conseguenze nel caso in cui il titolo dedotto nell'accordo transattivo-novativo sia un contratto illecito.*

---

di **Davide Ianni**

IUS/01 - DIRITTO PRIVATO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Alessio Giaquinto**

Pubblicato, Lunedì 16 Gennaio 2023



*This paper aims at deepening a peculiar phenomenon that sparked a debate both in the areas of doctrine and jurisprudence: the destiny of novation in the event of an unlawful contract. Specifically, after examining the relevant insitutes, we proceeded to delve into the novation nature of transaction, the differences to the conservative intention of parties and lastly the limitations and consequences in the event that the title assumed in the settlement-novation agreement is considered an unlawful contract.*

**Sommario:** 1. La novazione; 1.1. (Segue) Excursus storico; 1.2 (Segue) Natura giuridica e causa; 1.3. (Segue) Disciplina; 2. La transazione; 2.1 Excursus storico; 2.2. (Segue) Disciplina; 2.3 (Segue) La c.d. transazione novativa; 3. Il contratto illecito; 4. Conclusioni.

## 1. La novazione

Disciplinata all'interno del capo IV del libro IV del codice civile, la novazione<sup>[1]</sup> viene definita dal Legislatore come uno dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento.

Lo stesso termine “novazione” deriva dal latino “novatio” che indicherebbe il fenomeno di conversione del rapporto preesistente con un altro nuovo<sup>[2]</sup>. Da una prospettiva strettamente giuridica, la novazione può essere definita come il contratto con il quale i soggetti di un rapporto obbligatorio sostituiscono a quello originario un nuovo rapporto obbligatorio<sup>[3]</sup>. Da tale fenomeno scaturisce pertanto un duplice effetto: i) estintivo, in quanto l’obbligazione originaria viene meno, si estingue appunto; ii) costitutivo, dal momento che, conseguentemente all'estinzione dell'obbligazione iniziale, ne nasce una nuova che si sostituisce ad essa. Per tali motivi, la dottrina ritiene che l’istituto della novazione presenti un carattere bicefalo, potendo la stessa essere considerata, da un lato, come un vero e proprio negozio contrattuale e, dall’altro, come fenomeno sostitutivo-estintivo dell’obbligazione stessa.

La dottrina ha inoltre operato un’importante distinzione, seguita inizialmente anche dal Legislatore del ’42, a seconda se l’oggetto della novazione riguardasse il soggetto del rapporto oppure l’oggetto di esso. Si suole pertanto distinguere tra: i) novazione soggettiva, in cui la sostituzione riguarda la figura del debitore, il quale viene pertanto liberato dall’obbligazione; ii) novazione oggettiva, in cui la sostituzione riguarda il bene-oggetto del contratto (novazione c.d. reale) oppure il titolo (novazione c.d. causale).

Per quanto concerne la novazione soggettiva in realtà la sua disciplina oggi - così come espressamente statuito dall'art. 1235 c.c. – si sovrappone con quella prevista dal legislatore in tema di modifica del lato passivo dell'obbligazione ovvero con gli istituti della delegazione, espromissione ed accolto, disciplinati all'interno del titolo VI del libro IV del codice civile.

Giova sottolineare come, benché simili, tali due istituti presentano tuttavia delle importanti differenze: per quanto concerne la novazione soggettiva, essa comporta l'estinzione dell'obbligazione originaria e la conseguente sostituzione con una nuova, anche se finalizzata a modificare la figura del debitore o del creditore; per quanto riguarda invece la delegazione, espromissione ed accolto, essi consentono la conservazione dell'obbligazione originaria - che resta pertanto inalterata nel suo aspetto ontologico – ma tuttavia si attua una modifica al lato soggettivo dell'obbligazione. Queste ultime infatti non rappresentano ipotesi novative bensì fenomeni di successione nel debito<sup>[4]</sup>. In tale sede, assume sicuramente maggior rilievo l'analisi della novazione c.d. oggettiva.

Come già accennato in precedenza, tale species di novazione è caratterizzata dal fatto che l'effetto estintivo si irradia verso l'oggetto o il titolo del precedente rapporto obbligatorio. La dottrina definisce tale istituto come il contratto attraverso il quale le parti estinguono l'obbligazione originaria sostituendo alla medesima una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso.

La giurisprudenza<sup>[5]</sup> ritiene come, affinché possa ritenersi sussistente la novazione oggettiva debbano concorrere una serie specifica di elementi. In primo luogo, quanto all'elemento oggettivo, è indispensabile che la modifica deve essere “sostanziale” ovvero deve introdurre un c.d. *aliquid novi*. Tale carattere viene infatti fissato dallo stesso legislatore, il quale nel fornire la disciplina della novazione afferma che all'obbligazione preesistente se ne sostituisce un'altra diversa per “oggetto o titolo diverso”. È d'uopo fare delle precisazioni: per quanto riguarda la diversità dell'oggetto si fa riferimento alla c.d. prestazione dell'obbligazione mentre per quanto riguarda la diversità del titolo si fa riferimento alla causa del negozio.

Secondo l'orientamento tradizionale sarebbe dunque sufficiente una mera modifica anche dei soli elementi accessori dell'obbligazione affinché si verifichi novazione oggettiva. Diversamente, secondo una parte della dottrina più recente, essa deve riguardare direttamente e necessariamente l'oggetto o il titolo del rapporto obbligatorio preesistente. Sarebbe infatti necessario che l'obbligazione preesistente venga sostituita nei suoi elementi costitutivi da una nuova obbligazione.

Tale pensiero risulta inoltre diffuso anche nella giurisprudenza. In realtà tale concezione

non innoverebbe in nulla poiché è frutto di una interpretazione sistematica delle norme codicistiche in tema di novazione. Lo stesso art. 1231 c.c. specifica infatti 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”. A tale orientamento si accompagna poi una terza via. Vi è infatti chi<sup>[6]</sup> ritiene come non sia necessario che la nuova obbligazione sia sostanzialmente diversa da quella preesistente. Stante il riconoscimento legislativo dell'autonomia negoziale delle parti, non ci si può spingere fino al punto di non riconoscere la possibilità dei privati di novare un rapporto obbligatorio senza tuttavia comportare un mutamento sostanziale (ad esempio per sanare un vizio del titolo originario). In ogni caso, relativamente al caso dell'oggetto diverso (c.d. novazione reale), vi sono due orientamenti: un primo ritiene necessario che l'aliquid novi consista nella diversità del tipo di prestazione (es. da obbligazione di fare in obbligazione di dare); secondo la tesi prevalente invece si ritiene sufficiente anche il solo mutamento qualitativo dell'oggetto della prestazione.

Tuttavia in giurisprudenza è stato precisato come laddove si abbia un mutamento solo quantitativo (non qualitativo) non vi è neppure novazione bensì solo una modifica del rapporto obbligatorio<sup>[7]</sup>. Per quanto concerne invece il titolo diverso (c.d. novazione causale), la dottrina ritiene come la stessa sia da intendere nel senso di “ragione giustificativa dell'obbligazione”. In secondo luogo, per quanto concerne invece il lato soggettivo, deve sussistere una comune ed inequivoca volontà delle parti di estinguere l'obbligazione originaria, sostituendola con una nuova.

Si parla del c.d. *animus novandi*. L'intento novativo viene infatti definito dalla dottrina come l'elemento soggettivo della novazione. In particolare, tale tesi – lungi dal riesumare le teorie volontaristiche – evidenzia e sottolinea esclusivamente come la volontà contrattuale delle parti sia diretta ad estinguere l'obbligazione originaria. Il fulcro di tale concezione si sostanzia nella volontà di rendere manifesto che l'effetto estintivo della novazione non si ottiene automaticamente come effetto *ex lege* bensì esso si condensa all'interno dell'accordo contrattuale delle parti. Tale assunto è inoltre confermato anche oggi dal dato letterale dell'art. 1230, secondo comma c.c., in cui si afferma che “La volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco”.

Conseguentemente, la necessità ribadita dal legislatore di rendere inequivoca la volontà delle parti di novare la propria obbligazione impedisce l'applicazione delle regole in materia di interpretazione oggettiva. Deve tuttavia essere precisato come il necessario carattere inequivoco della volontà delle parti non va confuso con la forma che tale volontà deve rivestire, la quale potrà essere espressa anche tacitamente o *per facta concludentia*, purché in modo chiaro e trasparente.

Troveranno dunque applicazione i criteri di interpretazione soggettiva. Si è inoltre fatta largo in dottrina la tesi della c.d. presunzione non novativa. Secondo tale orientamento, nelle ipotesi dubbie (ossia laddove la volontà delle parti non sia “non equivoca”) la volontà dei contraenti deve essere interpretata nel senso “conservativo”, in modo tale da operare una mera modificazione del rapporto e non anche la sua estinzione. Non manca inoltre in dottrina che afferma come in realtà l’elemento dell’aliquid novi sia necessario soltanto nelle ipotesi di novazione tacita. Nel caso di novazione espressa invece si ritiene che sia sufficiente il solo animus novandi<sup>[8]</sup>. A tale teoria tuttavia si contrappone chi<sup>[9]</sup> sostiene come sia impossibile andare oltre il dato letterale della norma e che pertanto sia sempre necessario il mutamento dell’oggetto e del titolo. La dottrina più moderna infine ritiene come in realtà nulla escluda che le parti possano dar vita ad una novazione c.d. atipica in cui le parti decidano di sostituire alla precedente un’obbligazione avente il medesimo titolo ed oggetto.

Da ultimo, quanto all’elemento strutturale, deve sussistere la c.d. causa novandi, ovvero l’interesse comune delle parti sull’effetto novativo della nuova obbligazione. In dottrina ci si è lungamente interrogati inoltre sulla reale sequenza logica del fenomeno estintivo della novazione. Secondo un diffuso orientamento infatti il fine estintivo costituirebbe un momento consequenziale e secondario rispetto al fine principale che si esaurisce nella costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio. Tale riflessione viene tuttavia sostanzialmente superato dalla concezione secondo cui, benché convivano in tale istituto giuridico due effetti differenti (estinzione e costituzione), la figura giuridica della novazione è tuttavia un fenomeno unitario<sup>[10]</sup>.

### 1.1. (Segue) Excursus storico

Ripercorrendo le origini della novazione, si scopre come - sin dal diritto romano - essa fosse considerata come istituto unitario. In tale epoca infatti la novazione veniva considerato lo strumento giuridico principale con cui era possibile operare la sostituzione della figura del creditore con un altro soggetto. Le fonti classiche ricostruiscono l’istituto della novazione in termini comparabili con la concezione moderna<sup>[11]</sup>. In particolare, si rinvengono sin da allora i due elementi caratteristici della novazione: aliquid novi e animus novandi. Inizialmente tuttavia, soprattutto in Gaio, non si rinviene l’elemento volontaristico proprio della stipulazione novativa. Nella ricostruzione che sarà però fornita nelle Institutiones (3.29.3a), riferendosi alla Costituzione di Giustiniano (Cod. 8.41.8), torna invece l’elemento della volontà come protagonista nella vicenda estintiva della novazione<sup>[12]</sup>.

Giova precisare come anche nel codice del 1865 la novazione, sulla scia del modello adottato dal Code Civil francese, aveva unificato le due figure della novazione soggettiva

ed oggettiva in un unico istituto. La sua disciplina era infatti contenuta all'interno dell'art. 1267 del vecchio codice che così recitava: "La novazione ha luogo in tre maniere, 1. Quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico che rimane estinto; 2. Quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore; 3. Quando in forza di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all'antico, verso cui il debitore rimane liberato".

## 1.2. (Segue) Natura giuridica e causa

Sono principalmente due i principali orientamenti circa la natura giuridica della novazione. Da un lato c'è chi sostiene che tale istituto si risolva in un mero effetto giuridico. Esso infatti deriverebbe automaticamente dalla incompatibilità tra la vecchia e la nuova obbligazione. Da ciò conseguirebbe come sia sufficiente la volontà costitutiva di un nuovo rapporto incompatibile con quello precedente, senza che sia necessaria la voluntas extintiva. Secondo un altro orientamento invece si tratterebbe di un vero e proprio negozio giuridico. La novazione viene infatti definita come un contratto solutorio a titolo oneroso.

La natura contrattuale non è solo ontologica ma è anche necessaria poiché si ritiene come la novazione richieda anche il consenso del debitore e pertanto non può che rivestire la forma di un contratto. Si ritiene inoltre come la stessa sia sprovvista del carattere satisfattivo poiché non comporta il soddisfacimento del creditore originario né di un suo interesse succedaneo bensì essa opera una trasformazione del rapporto obbligatorio in un nuovo rapporto. La causa della novazione si concretizza nell'interesse alla sostituzione dell'obbligazione originaria con la nuova. Di volta in volta, poi, la causa del contratto s'integrerà con gli scopi perseguiti in concreto dal contratto stesso. Ed infatti la novazione può avere anche causa transattiva, come si avrà modo di meglio specificare in seguito. In tale ipotesi tuttavia si avrà un vero e proprio contratto di transazione e la novazione dell'obbligazione sottesa ad esso sarà soltanto uno degli effetti dell'accordo transattivo.

Sul punto è interessante precisare la distinzione operata da molti in dottrina tra novazione dell'obbligazione e novazione del contratto. Nel caso in cui infatti l'obbligazione originaria ha fonte in un contratto, la novazione non incide soltanto sull'obbligazione ma anche sul contratto dal quale essa deriva. Così, la nuova obbligazione – frutto dell'effetto novativo – si inserisce nel rapporto contrattuale già costituito: il contratto rimane fermo pur se modificato e il nuovo obbligo avrà fonte sempre nel contratto preesistente. Tuttavia, laddove la novazione comporti una modifica dell'obbligazione sottesa al rapporto contrattuale in maniera incompatibile con la causa del contratto stesso o quando le parti vogliano estinguerlo e sostituirlo con un nuovo contratto, in tali casi si avrà novazione del contratto (e non solo dell'obbligazione). È stato anche affermato<sup>[13]</sup> che la

novazione costituisca contratto rientrante nel genus dei contratti di scambio poiché da un lato vi è l'interesse del debitore originario ad essere liberato dall'obbligazione preesistente e dall'altro l'interesse del creditore alla costituzione di una nuova obbligazione in sostituzione alla precedente.

### 1.3. (Segue) Disciplina

La novazione attrae la disciplina generale del contratto. Si applica pertanto ad essa l'intero impianto normativo in materia di capacità, legittimazione, formazione dell'accordo, elementi costitutivi, ecc. Per quanto concerne la forma, si applica inoltre l'art. 1350 c.c. Una importante disciplina è prevista in tema di garanzie (ipoteca, pegno e privilegio). I vincoli che assistevano l'obbligazione preesistente - ai sensi dell'art. 1232 c.c. - si estinguono, salvo l'espressa volontà contraria delle parti.

Ovviamente è necessario precisare come - oltre alle "parti" intrinsecamente intese, ovvero creditore e debitore – si rende necessario anche il consenso del terzo garante poiché egli va a garantire una nuova e diversa obbligazione rispetto a quella originaria. Oltre alle garanzie, si ritiene inoltre come la novazione abbia un effetto "purgativo", in quanto estingue anche gli altri diritti accessori connessi all'obbligazione principale preesistente. In un'ottica sistematica offre inoltre importanti spunti anche il dettato normativo di cui al primo comma dell'art. 1234 c.c. secondo cui "La novazione è senza effetto, se non esisteva l'obbligazione originaria". Da tale statuizione la dottrina pacificamente ritiene che la novazione è nulla laddove l'obbligazione deriva da fattispecie inesistente, nulla, annullata o che è già estinta. L'obbligazione originaria assurge infatti ad elemento costitutivo dell'obbligazione e pertanto laddove essa venga meno, tale invalidità trascina anche le sorti della novazione medesima. In particolare, in tali ipotesi la dottrina<sup>[14]</sup> ravvisa un'ipotesi di difetto di causa. Pertanto, subentra la disciplina di cui all'art. 1418, comma secondo c.c., secondo cui il contratto è nullo laddove sia carente di uno degli elementi di cui all'art. 1325 c.c.

## 2. La transazione

La transazione<sup>[15]</sup> rientra tra i "contratti diretti a dirimere una controversia" e viene definita dal legislatore, all'art. 1965 c.c., come il contratto con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Il requisito fondamentale riguarda la reciprocità delle concessioni.

Laddove infatti vi sia una lite già sorta oppure prima ancora che essa deflagri, le parti coinvolte nella possibile controversia possono decidere di evitare il ricorso alla Giustizia, accordandosi mediante un negozio di diritto privato. Attraverso tale istituto infatti i

contraenti decidono di effettuare delle reciproche concessioni in base soprattutto al noto brocardo latino “aliquid datum aliquid retentum”. È infatti necessario e sufficiente che il complesso dei diritti abdicati dall’una e dall’altra parte possa essere desunto con chiarezza dal nuovo regolamento di interessi che consegue alla transazione. La transazione, infatti, non può prescindere dalle reciproche concessioni perché esse sono lo strumento attraverso il quale si realizza la causa di essa. L’oggetto della transazione deve riguardare diritti disponibili e deve essere stipulata da parte di chi abbia la capacità di disporne. Per quanto concerne la forma, la transazione non richiede particolari formalità se non quelle previste a livello generale dall’art. 1350 c.c.

## 2.1. (Segue) Excursus storico

Stando a quanto tramandato dagli storici del diritto, si ritiene come sino all’età Ciceroniana – intorno al I secolo a.C. - non fosse ancora stato creato un negozio finalizzato alla regolamentazione pattizia della c.d. res dubia (1). In realtà, già nelle XII Tavole si rintracciano delle primigenie testimonianze di accordi a contenuto transattivo, soprattutto in sede di conciliazione giudiziale e assai diffusi nella prassi. Già all’età degli Antonini gli studiosi affermano che il termine “*transactio*” stava ad indicare un tipo di contratto.

Testimonianze in tal senso sono tramandate soprattutto da Pomponio e Cerv. Scevola. (3) La transazione viene così a definirsi quale negozio bilaterale finalizzato a “risolvere una situazione incerta o una lite non ancora passata in giudicato”. Tutto poteva formare oggetto di transazione, ad eccezione di quelle regolate dal diritto pubblico in senso stretto. Tale istituto viene poi recepito anche nella Compilazione giustinianea. Essa riapparirà in seguito soltanto nell’età del diritto comune. Per ricevere una collocazione sistematica chiara, bisognerà tuttavia attendere il XVI secolo. Successivamente, grazie soprattutto al Pothier, la transazione viene definita come “contratto dei litiganti”, ovvero una convenzione onerosa diretta a prevenire o a troncare una lite. Alla luce di quanto esposto, peraltro, le fonti del diritto romano nonché quelle successive non permettevano una ricostruzione dell’istituto in maniera netta.

Infine, il codice civile previgente del 1865 - all’art. 1764 - definiva la transazione quale “il contratto con cui le parti, dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere”.

## 2.2. (Segue) Disciplina

In dottrina si sono contrapposte due diverse visioni del concetto di transazione: da un lato vi era chi scorgeva in tale istituto uno strumento attraverso il quale eliminare l’incertezza

sulla regolamentazione di un comune rapporto, dall'altro lato invece essa viene ad assurgere a mezzo di conciliazione tra due parti in lite, come una sorta di mediazione anticipata. Tali concezioni hanno sicuramente influenzato gli studi di tale istituto. Anteriormente all'entrata in vigore del codice vigente, veniva infatti attribuita natura dichiarativa alla transazione.

Tale impostazione veniva seguita anche successivamente, benché il nostro legislatore vi fosse contrario. Sul punto infatti è lo stesso art. 1972, comma primo c.c. che sanziona con la nullità la transazione relativa ad un contratto illecito mentre invece il secondo comma del medesimo articolo prevede la mera annullabilità nel caso in cui la transazione abbia ad oggetto un rapporto obbligatorio nullo ma non illecito.

L'istituto della transazione dunque non viene ricondotto nell'alveo dei negozi di mero accertamento, attraverso i quali le parti cerchino di dare certezza agli intercorrenti rapporti giuridici. Presupposto indefettibile della transazione è raffigurato certamente dall'esistenza di un conflitto - attuale o potenziale - che vede contrapposte le pretese delle parti rispetto ad un rapporto giuridico tra esse intercorrente. Altro elemento indispensabile è rappresentato dalle reciproche concessioni che si concedono vicendevolmente nonché la disponibilità dei diritti dedotti nel contratto transattivo. Per quanto concerne la forma, l'art. 1967 c.c. prevede che la forma scritta è richiesta ad probationem, fermo ovviamente il disposto dell'art. 1350, n. 12 c.c.

### 2.3. (Segue) La c.d. transazione novativa.

La novazione può inoltre essere stipulata anche con funzione transattiva, ovvero può rientrare nello schema di una reciproca concessione tra le parti al fine di comporre o prevenire una controversia. In dottrina si è parlato infatti di una vera e propria transazione novativa ovvero di un contratto di transazione in cui la novazione costituisce solo un effetto. Tale "ibrido" sarà pertanto soggetto alla disciplina sia della transazione che della novazione.

La caratteristica principale sta inoltre nel fatto che la transazione novativa è ritenuta un negozio di secondo grado ma non "negozi ausiliari" poiché essa rappresenterà l'unica fonte di diritti e obblighi delle parti essendo negozio principale. La transazione c.d. novativa viene definita dalla dottrina come una controversa "manifestazione del più generale fenomeno transattivo". È infatti apparso problematico comprendere la stessa natura di tale istituto, che nasce e si disciplina a metà tra accordo transattivo e fenomeno estintivo-sostitutivo della novazione. Come già precisato in precedenza, superata l'interpretazione che vedeva la transazione come manifestazione di un'efficacia dichiarativa, il nostro codice ha accolto la tesi costitutiva. Da tale elemento tuttavia alcuni

ne predicavano la conseguente sempre natura novativa.

Tale approccio peccava di ingenuità poiché ometteva di tener conto della natura intrinseca della transazione: un accordo di tal genere infatti aveva sempre e comunque insita una volontà di mutare la situazione previgente, senza tuttavia comportare automaticamente un effetto novativo. A ciò si aggiungeva inoltre anche l'intenzione dei giuristi di metà '800 che attribuivano maggiore rilievo all'aspetto soggettivo della novazione (c.d. *animus novandi*). Di talché, a seguito di tale concezione si riteneva che anche laddove le parti avessero avuto la mera intenzione novativa su di un elemento marginale ed accessorio del contratto, tale volontà doveva essere interpretata come novazione. Era dunque trascurato l'elemento oggettivo dell'*aliquid novi*.

Tale concezione ha subito un riverbero anche nella concezione della transazione, sulla quale veniva ugualmente dato maggior pregio all'ambito soggettivo. La dottrina infatti ribadisce la netta differenza tra transazione e novazione in senso stretto, affermando che “la novazione, infatti si riferisce solo ai rapporti obbligatori, mentre la transazione può interessare qualsiasi situazione giuridica nella disponibilità delle parti (e quindi a carattere reale e non solo obbligatorio); ancora, la novazione è senza effetto se non esisteva l'obbligazione originaria, mentre la transazione può prescindere dalla esistenza del preesistente rapporto<sup>[16]</sup>”.

Alla luce di ciò, si è tentato di fornire una nozione autonoma del fenomeno della transazione novativa, svincolata sia dall'istituto della transazione che della novazione. I tentativi sono stati diversi ed in particolare si è cercato da un lato di fornire maggior rilievo all'elemento soggettivo (ad esempio individuando nella novazione un *quid pluris* basato sulla volontà di estinzione e sostituzione del nuovo assetto di interessi) e dall'altro lato attribuendo invece rilievo esclusivo all'elemento oggettivo, introducendo un elemento diverso finalizzato ad estinguere la precedente obbligazione. Tuttavia, anche in tale ultima ipotesi, si è infine compreso come la modifica che consegue alla transazione non deve essere necessariamente “novativa”.

L'estinzione e sostituzione della situazione giuridica antecedente non è infatti elemento necessario per la transazione mentre invece lo è per la novazione. Solo laddove la nuova soluzione prospettata nella transazione risulti incompatibile con quella precedente si potrà avere un medesimo effetto di “estinzione c.d. tacita”. Ed è proprio su tale elemento che la giurisprudenza ha infatti trovato un compromesso: si ritiene infatti che sta esattamente nel carattere dell'incompatibilità il nesso tra i due istituti<sup>[17]</sup>. Più recentemente, la dottrina ribadisce la distinzione tra transazione conservativa e novativa: “deve esser qualificata novativa la transazione che determina l'estinzione del precedente rapporto e ad essa si sostituisce integralmente, di modo che si verifichi una situazione di oggettiva

incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello dell'accordo transattivo, con la conseguente insorgenza dall'atto di un'obbligazione oggettivamente diversa dalla precedente. È qualificabile, invece, come transazione semplice o conservativa l'accordo con il quale le parti si limitano ad apportare modifiche solo quantitative ad una situazione già in atto e a regolare il preesistente rapporto mediante reciproche concessioni, consistenti (anche) in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un quid medium tra le prospettazioni iniziali”<sup>[18]</sup>.

Ovviamente è inutile aggiungere che, nel caso concreto, sarà poi l'autorità giudiziaria, attraverso un'attività ermeneutica, a qualificare un accordo come transazione novativa o conservativa. Ripercorrendo alcune pronunce giurisprudenziali, viene attribuita efficacia novativa alla transazione laddove vi sia una incompatibilità oggettiva tra il rapporto preesistente e quello successivo all'accordo. Tuttavia, altre pronunce invece conferiscono rilievo anche al solo elemento soggettivo delle parti, nei casi in cui le stesse si fossero accordate circa la volontà di estinguere il preesistente rapporto. La volontà delle parti trova tuttavia un freno nel caso in cui il titolo dedotto nel contratto sia un contratto illecito.

L'art. 1972 c.c. prevede espressamente che “È nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo. Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo”. Interessante in questa sede è il disposto del primo comma del citato articolo. Laddove infatti un contratto sia ritenuto illecito, la transazione che ha ad oggetto tale contratto è nulla quand'anche le parti l'avessero considerata come materia specifica della transazione. Innanzitutto occorre comprendere quanto un contratto possa ritenersi “illecito”. È infatti possibile che l'illiceità del contratto si concentri in uno degli elementi del negozio: la causa o l'oggetto.

Le norme che vengono in soccorso in tali ipotesi sono quelle previste in tema di disciplina generale del contratto, in particolare l'art. 1343 c.c., l'art. 1345 c.c. e l'art. 1346 c.c. Per quanto concerne la causa, l'art. 1343 c.c. afferma che “La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume”. È stato infatti affermato da molti che l'illiceità della causa è un concetto elastico, dato che si può riportare, oltre che a una proibizione della legge, anche da un divieto prodotto dalla morale e dall'ordine pubblico. Lo sviluppo morale del popolo è sempre in evoluzione, l'ordine pubblico è altrettanto mutevole in relazione ai mutamenti che può subire l'ordinamento giuridico del complesso sociale; il concetto di causa illecita perciò si espande e si comprime in rapporto alla mobilità dei presupposti che lo determinano<sup>[19]</sup>. Inoltre, il legislatore si preoccupa anche dell'illiceità dei motivi, disciplinati all'art. 1345 c.c., laddove essi comportino l'unica ragione per cui il contratto è stato concluso e siano

stati decisivi per la conclusione del contratto per entrambe le parti. Per quanto concerne l'art. 1346 c.c., esso prevede che l'oggetto del contratto debba essere possibile, determinato, determinabile ed infine lecito.

L'illiceità dell'oggetto pertanto renderà il contratto stesso nullo ai sensi dell'art. 1418, comma II c.c. In tutti i casi sopraelencati, pertanto, il legislatore pone un divieto espresso per i privati di dedurre come oggetto di transazione un contratto illecito. Tale norma, oltre che frutto di una chiara scelta di politica legislativa, rientra in realtà in due sentieri già tracciati dal legislatore. Da un lato infatti tale norma può essere interpretata come diretta promozione dell'art. 1966, comma II c.c.: il codice infatti è come se sottraesse alla disponibilità delle parti il diritto a transigere su determinate materie, come appunto il contratto illecito. Dall'altro lato, invece, secondo un'interpretazione sistematica delle norme codistiche, si ritiene che la previsione contenuta nell'art. 1972 c.c. sia in realtà strettamente connessa anche al disposto dell'art. 1423 c.c. Tale disposizione infatti statuisce l'inammissibilità assoluta della convalida del contratto nullo. Permettere invece alle parti di transigere su un contratto affetto da nullità avrebbe invece comportato un palese raggiro ed elusione del suddetto divieto normativo.

### 3. Il contratto illecito

Chiarito il sostrato normativo, è ora possibile concentrarsi più da vicino sul rapporto intercorrente tra la transazione, la novazione ed il contratto illecito<sup>[20]</sup>. In particolare, stante l'interconnessione dei citati istituti, la stessa giurisprudenza afferma infatti che: "La distinzione tra transazione "novativa" e "conservativa" assume rilievo dirimente ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 c.c.: la transazione novativa che interviene su un titolo nullo è sanzionata con la nullità (comma 1) soltanto se relativa a un contratto illecito (per illiceità della causa o del motivo comune a entrambe le parti) ed è invece annullabile negli altri casi, ma il vizio del negozio può essere fatto valere soltanto dalla parte che ha ignorato la causa di invalidità (comma 2); la transazione conservativa, riguardante l'esecuzione o gli effetti di un negozio nullo, è sempre affetta da nullità, ancorché le parti ne abbiano trattato, perché essa regola il rapporto congiuntamente al titolo contrattuale invalido e non in sostituzione di questo"<sup>[21]</sup>.

I giudici di legittimità hanno infatti inteso chiarire quanto già affermato dallo stesso legislatore in tema di transazione e novazione ed il loro rapporto con un titolo nullo. Innanzitutto l'art. 1972 c.c. deve essere interpretato tenendo presente la distinzione tra transazione novativa e conservativa di cui si è parlato precedentemente. Ciò posto, si afferma infatti come – alla luce della specifica e peculiare natura della novazione – la transazione c.d. novativa è nulla nel caso in cui il titolo oggetto del negozio è illecito. In questo caso dunque la nullità del titolo si concretizza esclusivamente con la sua illiceità.

Diversamente, in tutte le altre ipotesi di nullità diverse dall'illiceità, la transazione (sempre c.d. novativa) sarà annullabile. In tale ultimo caso la legittimazione spetta esclusivamente al soggetto che ignorava la causa di nullità del titolo. Ipotesi diametralmente opposta risulta invece quella che ha ad oggetto la transazione c.d. conservativa.

Tale fattispecie infatti presenta un trattamento differente. Come già ribadito nelle righe che precedono, la transazione conservativa mantiene fermo il titolo originario che si deduce nel contratto e le “reciproche concessioni” influenzano esclusivamente su aspetti negoziali diversi, che non si sovrappongono al dato ontologico- esistenziale del titolo oggetto di transazione.

Per tali motivi, ancorché le parti ne abbiano trattato, la transazione conservativa avente ad oggetto un titolo nullo è sempre nulla anch’essa. La motivazione, come spiegano gli stessi Ermellini, deriva dal fatto che la transazione stessa si innesta nel titolo nullo, non sostituendolo bensì integrando il suo contenuto negoziale. L’approccio negativo viene inoltre confermato anche dal fatto che “[...] tale nullità è sempre rilevabile d’ufficio in conseguenza dell’insanabile disvalore che l’ordinamento assegna ad un assetto negoziale invalido”<sup>[22]</sup>.

Da ciò ne discende che, in caso di titolo nullo, anche la transazione sarà travolta da tale insanabile nullità. Già in precedenza infatti si era diffuso l’orientamento secondo cui l’art. 1972 c.c. pone il discriminare tra la transazione relativa a contratto illecito e transazione relativa a contratto nullo. In particolare, la norma afferma la nullità della prima, quand’anche le parti abbiano trattato di tale nullità (comma 1), mentre statuisce l’annullabilità, ad istanza della parte che abbia ignorato la causa di nullità, della seconda (comma 2). Dal momento che, ai sensi dell’art. 1418, comma 2, c.c., l’illiceità del contratto consegue solo all’illiceità della causa o del motivo comune ad entrambi i contraenti, la declaratoria di nullità della transazione presuppone un’indagine circa la volontà delle parti.

Laddove si riscontri che l’assetto d’interessi dei contraenti, considerato nel suo complesso, si ponga in contrasto con norme imperative, interviene la clausola di sicurezza: in tal caso, nonostante la nullità abbia rappresentato oggetto di confronto tra le parti, opera il divieto di transigere con il conseguente ripristino dello status quo ante alla stipulazione del negozio transattivo. Diversamente, laddove venga riscontrata esclusivamente l’invalidità di singole clausole contrattuali (ad eccezione delle ipotesi in cui esse comportino l’illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe) opererà la nullità dell’intero contratto solo nel caso in cui se ne accerti l’essenzialità rispetto alla volontà complessiva dalle parti, comportando unicamente l’annullabilità della transazione.

[23]” Anche in tal caso, pertanto, si comprende come le norme in esame si pongano in stretta connessione le une alle altre. Il legislatore infatti - in tema di transazione - conferma e ribadisce l'impianto previsto in tema di contratto in generale nonché nella disciplina della nullità. Si sottrae alla disponibilità dei privati la possibilità di “convalidare” negozi che siano caratterizzati da elementi di estraneità dell'ordinamento o siano in conflitto con essi.

#### 4. Conclusioni

Alla luce di quanto affermato, può dunque affermarsi con fermezza come ancora una volta l'impianto normativo costruito dal legislatore dimostra la permeanza dei vari istituti tra loro. Si ribadisce dunque la centralità e il richiamo all'interpretazione sistematica, volta ad armonizzare le varie norme tra loro e ad evitare possibili lacune e contrasti.

Si è infatti dimostrato come le tre materie che vengono in rilievo nella presente analisi (transazione, novazione e contratto illecito) siano accomunate da diversi principi. Innanzitutto, la ratio che governa la politica legislativa dei codificatori del '42 è infatti volta a costituire la coerenza delle disposizioni. Il dialogo tra le varie discipline risulta infatti sempre più foriero di risvolti risolutivi. Nel caso di specie, tuttavia, il legislatore ha preferito specificare ancora una volta la disciplina applicabile all'ipotesi di contratto illecito. Non bastava infatti quanto stabilito a livello generale in tema di contratti e patologia degli stessi (art. 1418 c.c.) né le norme specifiche in tema di novazione (1230 e ss. c.c.) e transazione (1965 e ss. c.c.).

In tal caso, infatti, è stata introdotta una norma ad hoc volta ad escludere qualsiasi altra interpretazione che potesse incidere sul rispetto dell'intero sistema normativo così da escludere l'ingresso all'interno dell'ordinamento di contratto o accordi contrari al diritto. L'art. 1972 c.c. infatti specifica e blinda ancora una volta il confine tra ciò che la legge attribuisce al diritto e ciò che attribuisce alla volontà negoziale delle parti. Il legislatore traccia una linea di demarcazione netta ed impenetrabile, al di là della quale l'unico Demiurgo normativo torna ad essere la legge. Ai privati viene dunque limitata la relativa capacità "normativa" inter partes che l'art. 1372 c.c. gli attribuiva ("Il contratto ha forza di legge tra le parti").

La c.d. disponibilità dei diritti viene infatti arrestata dinanzi al pericolo di arginare ed eludere le tutele previste per il contrasto ai negozi illeciti. Per concludere, la chiave di lettura che si vuole suggerire è la seguente: l'art. 1972 c.c. dovrà essere interpretato e considerato come una norma posta dall'ordinamento a chiusura del sistema ed a tutela della parte più debole del contratto, la quale vuole essere tutelata anche di fronte alla possibilità di concedere all'altro contraente di superare i limiti di liceità previsti dal

codice, attraverso una nuova volontà negoziale. Ancora una volta tuttavia interviene il legislatore, ponendo un freno assoluto a tale fraudolenta evenienza. In tali ipotesi, pertanto, la legge riscopre ed afferma con fermezza un limite all'autonomia negoziale, al fine di tutelarne la genuinità nonché il rispetto delle norme poste dall'ordinamento giuridico.

---

## Note e riferimenti bibliografici

<sup>[1]</sup> C. M. BIANCA, Diritto civile, Le obbligazioni, vol. 4, Milano, 2019, pagg. 443 e ss.; P. PERLINGERI, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, in Comm. Scialoja e Branca, 1975, pagg. 71 e ss.; N. DI PRISCO, Novazione, in Tratt. Rescigno, pag. 262 e ss.; O. BUCCISANO, La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi, Milano, 1967; quest'ultimo cita anche: S. PIRAS, Appunti sulla novazione, in Studi sassaresi, 1948; F. BONIFACIO, La novazione nel diritto romano, Napoli, 1959; quest'ultimo cita sul punto anche: C. FADDA, Sulla dottrina della novazione, Cagliari, 1880; A. MASI, Novazione (Diritto romano), in Enc. Dir., XXVIII, pagg. 767 e ss.; A. TRABUCCHI, Istituzioni di diritto civile, Milano, CEDAM, ultima edizione, pagg. 936 e ss.; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, Milano, 2022, pagg. 450 e ss.; C. NOBILI, Le obbligazioni, in Collana notarile Guido Capozzi, terza edizione, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, pagg. 165 e ss.; R. CICALA, Adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria generale del negozio, Napoli, 1963, pagg. 130 e ss.; L. BARASSI, Teoria generale delle obbligazioni, Milano, 1948, pagg. 400 e ss.; F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, 16a ed., Napoli, 2013, pagg. 600 e ss.; M. PELLEGRIINI, Libro delle obbligazioni, in Commentario, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, pagg. 123 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, Dei contratti in generale, in Commentario cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1970, pagg. 407 e ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, La transazione, Napoli, 1975, pagg. 83 e ss.; P. LAMBRINI, La novazione, in I modi di estinzione, a cura di Burdese e Moscati, in Trattato delle obbligazioni, diretto da Garofalo e Talamanca, Padova, 2008, pagg. 475 e ss.; P. PERLINGERI, Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni, Camerino, 1971, pagg. 34 e ss.; A. CAPUTO, La novazione, in Le obbligazioni, a cura di Fava, Milano, 2008, pagg. 843 e ss.; P. SCHLESINGER, Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva, in Riv. Dir. Civ., 1958, pagg. 353 e ss.; M. ALLARA, Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio, Torino, 1958, pagg. 230 e ss.; U. BRECCIA, Le obbligazioni, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 1991, pagg. 695 e ss.

<sup>[2]</sup> Ulpiano (D.46.2.1): "novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione".

<sup>[3]</sup> L. GENGHINI e R. APICELLA, Le obbligazioni, in Manuali notarili a cura di Lodovico Genghini, vol. VI, CEDAM, 2015, pagg. 239 e ss.

<sup>[4]</sup> C. NOBILI, Le obbligazioni, in Collana notarile Guido Capozzi, terza edizione, Milano, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, pagg. 165.

<sup>[5]</sup> Cass. civ., 29 ottobre 2018, n. 27390; Cass. civ., 13 giugno 2017, n. 14620; Cass. civ., 6 ottobre 2020, n. 21371; Cass. civ., 13 marzo 2019, n. 7194.

<sup>[6]</sup> C. M. BIANCA, op. cit., pag. 451.

<sup>[7]</sup> Cass. civ., 10 febbraio 2015, n. 2530.

<sup>[8]</sup> O. BUCCISANO, op. cit., pag. 5.

<sup>[9]</sup> P. PERLINGERI, op. cit., pag. 70 e ss.

<sup>[10]</sup> C. M. BIANCA, op. cit., pag. 444, nota 6.

<sup>[11]</sup> Ulpiano D.46.2.1: "novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio".

<sup>[12]</sup> "quae apertissime definivit tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit".

<sup>[13]</sup> O. BUCCISANO, voce Novazione, in Enc. Giur. Treccani, XXI, Roma, 1990, pag. 15.

<sup>[14]</sup> P. PERLINGERI, op. cit., pag. 125.

<sup>[15]</sup> A. TRABUCCHI, op. cit.; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, op. cit., pagg. 850 e ss.; MELILLO, voce Transazione (dir. rom.), in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992 p. 771 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, op. cit.;

SCHIAVONE, voce Transazione (dir. rom.), in Noviss. dig. it., XIX, Torino, 1977, pagg. 480 e ss.; E. VALSECCHI, Il gioco, la scommessa, la transazione, in Trattato Cicu-Messineo, Vol. XXXVII, t. 2, Milano, 1986, pagg. 178 e ss.; CARRESI, "La transazione", nel Trattato Vassalli, Torino, 1956; L. RUGGIERI, "Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso", Napoli, 2002, pagg. 40 e ss.; E. DEL PRATO, voce Transazione (dir. priv.), in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, p. 800 e ss.; P. D'ONOFRIO, Della transazione, in Comm. c.c., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, sub. art. 1965 c.c., pp. 215 e ss.; V. STOLFI, La transazione, Napoli, 1931; F. PALAZZO, voce Transazione, Dig. 4, disc. priv. sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 385 e ss.; C. CICERO, Trattato di diritto civile - I singoli Contratti. Vol. IX: La transazione, UTET Giuridica, 2014; A. AMBROSINI, Studi sulla transazione, in AUCA, Sezione giuridica, II (1929), pagg. 30 e ss.; P. D'ONOFRIO, La transazione e il contratto. Scritti giuridici per il centenario della Casa Editrice Jovene, 1854-1954, Napoli 1954, pagg. 1930e ss.; G. ASTUTI, I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano, in ASD, I (1957), pagg. 12 e ss., ora in Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, raccolta di scritti di Guido Astuti, G. DIURNI (a cura di), Roma 1984, II, pagg. 1130 e ss.; C. BERTOLINI, Della transazione secondo il diritto romano, Torino; F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, 16a ed., Napoli, 2013; M. C. DIENER, Il contratto in generale, quarta edizione, in Collana notarile Guido Capozzi, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021; F. CARRESI, La transazione, in Tratt. Dr. Civ., a cura di F. Vassalli, Torino, 1954, pagg. 65 e ss.

[<sup>16</sup>] M.C. BIANCA, Diritto civile, Le obbligazioni, vol. 4, Milano, 2019, pagg. 443 e ss.

[<sup>17</sup>] Tra le altre: Cass. civ., 29 maggio 1964, n. 1344; Cass. civ., 26 gennaio 1999, n. 71; Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1950.

[<sup>18</sup>] T. GALLETTO, La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione, in Riv. rim. Dir. Proc. Civ., {https/URL}

[<sup>19</sup>] T. GALLETTO, op. cit.

[<sup>20</sup>] M.C. DIENER, Il contratto in generale, quarta edizione, in Collana notarile Guido Capozzi, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, op. cit.; A. TRABUCCHI, op. cit.; F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, 16a ed., Napoli, 2013; F. PANUCCIO DATOLA, "La transazione novativa", Milano, 1996.

[<sup>21</sup>] Cass. civ., 20 aprile 2020, n. 7963; App. Genova, 21 ottobre 2020, n. 978.

[<sup>22</sup>] App. Roma, 24 dicembre 2021, n. 8496.

[<sup>23</sup>] Cass. civ., 11 novembre 2016, n. 23064; Cass. civ., 8 febbraio 2016, n. 2413.

---

\* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9142>