

LA TRANSAZIONE DELL'OBBLIGAZIONE SOLIDALE PASSIVA (AD INTERESSE COMUNE)

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il problema nel cod. civ. previgente. – 2. L'art. 1304 riguarda solo la transazione sull'intero o anche quella *pro quota*? – 3. L'art. 1304 si applica anche alla transazione novativa? – 4. Segue: le tesi favorevoli alla sovrapponibilità tra novazione e transazione novativa: Gitti. – 5. Segue (Rupertò). – 6. In conclusione, alla transazione novativa si applica l'art. 1304. Ma quando è che la transazione è novativa? – 7. La portata della inefficacia posta dall'art. 1304. – 8. La dichiarazione di profittare è negoziale ed integra un contratto plurilaterale e/o un contratto per adesione? – 9. Segue: la stima della diversa prestazione in caso di transazione novativa o di transazione cd. mistra *ex* 1965 co. 2. – 10. La transazione *pro quota*. – 11. Sulla clausola con cui il creditore si riserva di agire verso i condebitori non transigenti e su quella che esclude il diritto di profittare per questi ultimi. – 12. La transazione *pro quota* nella responsabilità da fatto illecito: è ammissibile?

1. *Introduzione. Il problema nel cod. civ. previgente.*

In questo lavoro esamino alcuni problemi che si pongono quando, in caso di obbligazione soli-

dale passiva ad interesse comune¹, un creditore stipula la transazione con uno solo dei condebitori.

Tra le norme codicistiche dedicate alle obbligazioni solidali, ne esiste una direttamente attinente al nostro tema. Si tratta dell'art. 1304, il cui co. 1 recita: «La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare» (gli articoli di seguito citati, tranne diversa indicazione, saranno del codice civile). Una analoga norma non esisteva nel cod. civ. previgente, il cui art. 1771 però recitava: «la transazione fatta da uno degli interessati non obbliga gli altri, e non può essere opposta da essi».

Nella codificazione precedente il problema dell'efficacia per i rimanenti consorti della transazione, stipulata da uno solo di essi, non era ovviamente sfuggito alla dottrina. Si potevano registrare tre orientamenti. Secondo taluno, la stipula della transazione avrebbe avuto effetto anche per

¹ Mi avvalgo della terminologia introdotta da F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 41 ss., in relazione ai due distinti settori della solidarietà (essenzialmente nel lato passivo: *ivi*, 41/2): solidarietà ad interesse comune, ove l'interesse fa capo a tutti i condebitori, e solidarietà ad interesse uni soggettivo, ove l'interesse fa capo ad uno solo dei condebitori (es. debitore principale e fideiussore oppure conducente e proprietario *ex* art. 2054 cod. civ.).

i restanti condebitori²; secondo altri non avrebbe invece prodotto alcun effetto per questi ultimi³;

² Probabilmente era la tesi prevalente. In tale senso: G. VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, Firenze, 1925, 365 (la transazione libera gli altri in analogia a remissione e novazione); R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, 6 ed., riv. e ampl., Messina-Milano, 1934, 90 (la riferisce come opinione preferibile, parrebbe); E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano, IV) delle obbligazioni in generale*, Torino, 1927, 102 s., rist. della 5° ed. con note di Venzi, (la liberazione degli altri consorti opera senz'altro, tranne che il creditore abbia fatto riserva dei diritti, nel qual caso il suo credito verso di loro va ridotto della quota dello stipulante); M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto privato*, I, Torino, 1939, 289; P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, , pp. 137 ss., § 60 con liberazione di tutti i condebitori (ma a pagamento avvenuto) atteso che la transazione riposa su un «concetto complesso di novazione, di pagamento parziale e di parziale rimessione del debito» (ivi, 137) e potendo i condebitori non transigenti profittarne in relazione ai rapporti interni (ivi, 139); F. MAROI, voce *Obbligazioni*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. IV, Milano, 1913-1934, 238 ss., a p. 281, richiamando Melucci. Pacifici Mazzoni distingue nettamente il lato esterno da quello interno, per precisare che la liberazione concerne solo il primo, mentre il lato interno resta governato dalle relazioni esistenti tra condebitori e, in assenza di alcuna relazione, dalla disciplina della gestione di affari (E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, cit., 106). Se la prima affermazione di questo a. (e di Melucci) è condivisibile, anticipando la tesi della riduzione erga omnes del credito, oggi prevalente in dottrina (Costanza, Cerdonio, D'Adda, citt. *infra*), alla quale aderisco in questo scritto, la seconda è palesemente infondata secondo il cod. civ. attuale, laddove sancisce l'inefficacia per i

secondo una tesi per così dire intermedia, i consorti potevano, se lo volevano, giovare della transazione intervenuta⁴.

condebitori non transigenti, tranne loro espresso consenso.

³ C. GANGI, *Le obbligazioni. Concetto-obbligazioni naturali-solidali-indivisibili e indivisibili*, Milano, 1951, 232 s. (con riferimento al cod. civ. previg.); A. ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, pubbl. period. della Accad. di conferenze storico-giuridiche, XI-1890, Roma-Tipografia Vaticana, 121 ss., 182. Secondo B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, vol. II, trad. e note di Fadda e Bensa, rist. stereot., Torino, 1930, la transazione su obbligazione «correale» - *id est* obbligazione unica, pur se con più soggetti - è efficace anche verso gli altri consorti (§ 295, 153-154), mentre su «obbligazione meramente solidale» - pluralità di obbligazioni, oltre che di soggetti - resta per essi senza effetto (ivi, § 298, 162 s.: così parrebbe di dovere intendere, anche se per esclusione, dato che l'effetto si estende agli altri solo per gli atti equiparati all'adempimento, nel cui elenco la transazione non compare). Va però detto che la categoria concettuale delle obbligazioni correali è oggi abbandonata: v. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 9-12, che dà conto del tentativo di Branca di 'rinverdirla'.

⁴ A. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti. I) Delle transazioni*, Torino, 1933, 427 ss., § 159 richiamando la disciplina del giuramento e della remissione: anche se poco coerentemente poiché per quest'ultima l'effetto verso i condebitori è automatico (art. 1281 cod. civ. previg.), mentre per la transazione l'a., scrivendo di «potere di avvantaggiarsene» o di «profittare», presuppone una dichiarazione *ad hoc*; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907, 195, I, § 171; B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, II, a cura di M. Sarfatti, Torino, 1931, 92 s. La soluzione

L'art. 1304 ha dunque accolto quest'ultima posizione, quella intermedia. Il suo dettato sembra a prima vista alquanto limpido. La transazione stipulata tra il creditore e uno dei condebitori, qualunque ne sia il contenuto, 'non produce effetto' per gli altri: cioè non produce 'alcun effetto', *tamquam non esset*, sembra di poter precisare. Ai condebitori non transigenti, tuttavia, è data facoltà di profittare della stipulata transazione: la scelta spetta solo ad essi o, meglio, a ciascuno di essi.

La transazione infatti è «un fatto complesso, che ha aspetti giovevoli o dannosi, secondo il punto di vista della persona cui si riferisce: solo il soggetto che l'invoca può dire il preciso apprezzamento di convenienza o no nei suoi confronti; di qui la necessità di una sua dichiarazione di volontà»⁵.

L'articolo 1304 tuttavia non ha eliminato tutti i dubbi relativi al tema qui esaminato. Quelli soli-

ha una lunga tradizione storica, già circolando nel diritto francese: ad es. l'affermano C. AUBRY - C. RAU, *Corso di diritto civile francese sull'opera alemanna di C.S. Zachariae*, versione italiana con annotazioni per F. Muzj, Napoli, 1858, 12.

⁵ Così A. GIAQUINTO, *sub art. 1304 cod. civ.*, *Cod. civ. Libro delle obbl. Commentario*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, 264 (punteggiatura modificata per migliore comprensione). La spiegazione offerta da questo a. è ricorrente ed è nello stesso senso la Relazione al cod. civ. del Guardasigilli Grandi, *sub n. 598*, pp. 380-381 (1a ed., Roma-La libreria dello Stato, 1943-XXI E.F.).

tamente discussi sono due: -la norma si applica solo alla transazione sull'intero debito oppure anche alla transazione parziale, per tale intendendo quella relativa alla (sola) quota interna del condebitore transigente? -la norma si riferisce solo alla transazione semplice (o non novativa: d'ora in poi solo 'semplice') oppure anche alla transazione novativa? Vi sono tuttavia altri aspetti privi di regola espressa.

2. *L'art. 1304 riguarda solo la transazione sull'intero o anche quella 'pro quota'?*

Il dubbio attiene all'ambito d'applicazione oggettivo della norma: la transazione, infatti, può astrattamente riguardare tanto l'intero debito solidale (di seguito: transazione sull'intero), quanto la sola quota interna dello stipulante (di seguito: transazione *pro quota*⁶). Sappiamo che la solidarietà riguarda principalmente il profilo creditore/debitori, cioè attiene all'esecuzione della obbligazione, talchè il creditore può chiedere l'intero a ciascun condebitore⁷; tuttavia, in una fa-

⁶ Se ad es. tre sono i condebitori ed in pari misura, è transazione *pro quota* quella in cui il creditore transige con uno di essi limitatamente alla quota di un terzo.

⁷ E' dibattuto tra gli studiosi della solidarietà se essa sia solo uno strumento di attuazione che si può innestare su obbligazioni dalla struttura diversa (una sola soggettivamente complessa o anche più ma ad interesse unisoggettivo) oppure se costituisca invece un elemento anche strutturale

del vincolo (o dei vincoli). Nel secondo senso ad es. v. A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 309 s. e 319; G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 1; G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010, 20-25; S. MARULLO DI CONDOJANNI, *sub art.* 2055 cod. civ., *Dei fatti illeciti*, a cura di Carnevali, artt. 2044-2059 cod. civ., in *Comm. del cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, Torino, 2011, 408 ss., § 14, soprattutto 443 s.; I. ALPINI, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014, 113 s. (e poi 164 ss.: il regresso nasce non dalla solidarietà della obbligazione, ma dal rapporto sottostante, sicché il pagamento del *solvens* ne rappresenta il presupposto non di esistenza ma di esercitabilità). Nel primo senso: soprattutto F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 60 s. e 81; poi anche A. GNANI, *La responsabilità solidale. Art. 2055*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 27 ss., §§ 6 e 7; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980, soprattutto 40, 45 s., 55 e 60, cap. I, §§ 5-8, *passim*; U. LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido. Artt. 1292-1313*, in *Il cod. Civ. Comm.*, Milano, 2014, *sub art.* 1292, §§ 1-2, *passim*, spt. pp. 5 s., 8, 10, 17 s. (ove anche l'affermazione secondo cui, pur seguendo la teoria della pluralità dei vincoli, il condebitore adempie un debito proprio e quindi non si possono applicare le regole di cui all'art. 1180 cod. civ.: p. 24). Se non erro, tuttavia, anche limitando la solidarietà alla fase esecutiva, non per questo si esula dal profilo strutturale: se l'adempimento di uno estingue pure i vincoli, facenti capo agli altri, significa che nella struttura dei vincoli un legame reciproco sussiste. In aggiunta, vien da osservare quanto segue. Quanto al rapporto tra lato esterno e lato interno, qualora, all'estinzione del profilo esterno dell'obbligazione, segua automaticamente una fase di risistemazione o riequilibrio del lato interno, tale fase dovrebbe rientrare nel concetto di solidarietà (conf. A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisi-*

bili), cit., 319, che scrive del regresso come 'rifrazione' dell'*idem debitum* nei rapporti interni). Nel caso della transazione *pro quota*, poi, come pure per altre vicende dell'obbligazione (remissione e novazione *pro quota* e, in generale, pagamento della quota: v. art. 1311 cod. civ.), l'ammontare della quota interna può rilevare anche per il creditore: il che conferma un legame intenso tra lato interno ed esterno (conf. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. I) La struttura*, Milano, 1946, 176 ss.; *contra* G. BISCANTINI, *Solidarietà*, cit., 57 s.). L'appartenenza del rapporto interno al concetto di obbligazione solidale può essere concretamente rilevante per ravvisare anche tra corresponsabili da fatto illecito (cioè tra soggetti non legati da alcun rapporto obbligatorio prima dell'*eventus damni*) un obbligo di comportarsi secondo buona fede: ad es. per imporre a chi si appresta a transigere un onere di preavvisare i consorti, come afferma la dottrina (F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 9 s. della riproduzione tratta da DVD, in generale per il caso di adempimento, in analogia con l'art. 1952 cod. civ.; G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig. disc. priv.-sez. civile*, XVI, Torino, 1997, 549 ss., 563, per la transazione). Se invece il regresso fosse un diritto nuovo (nel senso di originario), sorto solamente col pagamento o comunque con l'estinzione dell'obbligazione, nel caso cit. non sarebbe semplice individuare un'obbligazione, dalla quale ricavare un dovere complementare di buona fede, che oneri di tale preavviso (potrebbe però essere ritenuto un dovere preliminare ad una obbligazione, che certamente sorgerà: un dovere preparatorio, precontrattuale). Secondo G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 285, il *solvens* in regresso risponderà di avere usato - per la tutela degli interessi dei consorti - quella stessa misura di diligenza richiesta dall'art. 1176 cod. civ. per la tutela degli interessi del creditore: l'a. però non dice quale sia l'obbligazione,

se successiva (regresso), assume rilevanza la quota ‘interna’, con cui ciascun debitore dovrà sopportare in via definitiva il peso dell’obbligazione.

Ci si domanda dunque se l’art. 1304 disciplini solo la transazione sull’intero o anche la transazione sulla quota cioè sulla quota che, nei rapporti interni, grava sul condebitore stipulante (ovvero stipulanti, se son più d’uno). Il che presuppone naturalmente dare risposta positiva ad un quesito logicamente precedente: se sia concettualmente e giuridicamente ammissibile una transazione sulla sola quota, anziché sull’intero.

La risposta decisamente prevalente è positiva per entrambi i quesiti. Quanto al secondo (ammissibilità della transazione *pro quota*), ce ne occuperemo più avanti; quanto al primo (il 1304 riguarda pure la transazione *pro quota*, oltre a quella sull’intero?), ce ne occupiamo qui. La dottrina è unanime nell’escludere la transazione *pro quota* dall’ambito dell’art. 1304⁸: stranamente però ciò

che lega il *solvens* agli altri condebitori, alla quale connettere il dovere di diligenza a loro favore.

⁸ Contrario pare implicitamente G. AMORTH, *L’obbligazione*, cit., laddove scrive che gli effetti della transazione *pro quota* non sono diversi da quelli della transazione sull’intero (p. 206) e che la regolamentazione della prima non differisce da quella della seconda, tranne l’applicabilità dell’art. 1311 n. 2 cod. civ. solo alla transazione *pro quota* (p. 207 s.). Infatti qualora nel negozio transattivo il debitore abbia aderito alla domanda, ricorrerebbero i requisiti previsti dall’art. 1311 n. 2 cod. civ. (sicché si avrebbe la rinuncia alla solidarietà ivi prevista).

avviene dandolo per scontato e quindi con scarna motivazione, pur all'interno di lavori di pregio⁹.

Soprattutto due autori offrono una motivazione specifica: Costanza e Amorth.

Secondo Costanza, la transazione *pro quota* non rientra nell'art. 1304 perché «la richiesta o l'esecuzione di un adempimento corrispondente alla sola frazione di obbligo [...] spettante

Quest'ultima affermazione parrebbe errata, risentendo della concezione dichiarativa della transazione. Essendo invece oggi assodato che nella transazione non si accerta, dichiara né si riconosce alcunchè (anche quando la pretesa sia del tutto abbandonata a fronte di prestazione diversa *ex art.* 1965/2 cod. civ.), applicare l'art. 1311 n. 2 cod. civ. alla transazione *pro quota* è errato. L'a., però, in due note a sentenza sul nostro tema -una anteriore e una posteriore alla monografia - opina diversamente, ritenendo esclusa la transazione *pro quota* dall'art. 1304 cod. civ.: v. G. AMORTH, *Transazione pro quota di obbligazione solidale*, nota a Trib. Milano, 20.06.1952, in *Temi*, 1953, 59 ss., ove corretta motivazione dell'affermazione (v. soprattutto lett. b) e riepilogo *sub* lett. c); motivazione poi ripresa in ID., *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il debitore che non vi ha partecipato*, nota a Trib. Reggio Emilia 04.03.1966, Cassetti c. Campari, in *Foro it.*, 1966, I, 1604 ss., a 1609-1610, § 4.

⁹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Art. 1285-1320*, in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1968, rist. della sec. ed. riv. e ampl., *sub art.* 1304 cod. civ., 278; E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, 51 (trattasi di riproduzione della voce *Transazione (dir. priv.)* della *Enc. Dir.*); M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, 290 s.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, 218 e poi 263 (soprattutto in questa opera appare strano, data la profondità e acutezza dell'analisi ivi condotta).

all'agente» implica –se pure relativamente a certi soggetti del rapporto obbligatorio- il venire meno del legame solidale e correlativamente la disapplicazione delle norme giuridiche che vi si riferiscono¹⁰.

Non è però chiaro a cosa si riferiscano 'richiesta' ed 'esecuzione': parrebbe alla parte di debito calcolato sul titolo originario. Ma allora perché esse fanno 'venire meno il legame solidale'? La facoltà di chiedere una parte è prevista dalla legge (art. 1292: «può essere costretto per la totalità»), ma ciò non fa cessare –quanto al residuo- la solidarietà a carico del condebitore interessato.

Più lineare ed articolata invece la motivazione addotta da Amorth¹¹: l'art. 1304 non si applica in quanto l'oggetto del negozio riguarda solo la quota interna dello stipulante ed è quindi quasi una *res inter alios acta* per i restanti condebitori. Di conseguenza, richiedere l'accettazione di costoro, che non sono riguardati in alcun modo dalla transazione, non avrebbe senso logico né valore giuridico.

Tale motivazione è corretta: infatti proprio essa sta alla base della esclusione della transazione *pro quota* dal campo applicativo dell'art. 1304.

Si dice solitamente che una tale transazione provochi il distacco della quota dall'obbligazione solidale e quindi una riduzione di questa in pari

¹⁰ M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, 22.

¹¹ G. AMORTH, *Transazione pro quota*, 60 ss.

misura, sicchè gli altri consorti non dovrebbero avere alcunché da obiettare¹²: ciò soprattutto in relazione al principio della intangibilità della sfera altrui, trattandosi di modificazione solo positiva.

Ci si può chiedere se questo sia esatto, cioè se una siffatta transazione non tocchi veramente in nulla i consorti. Penso al caso in cui la 'riduzione' del *quantum* di obbligazione solidale, derivante dalla transazione *pro quota*, per qualche motivo possa contrastare con gli interessi dei restanti consorti: ad es. al caso di obbligazione risarcitoria -da illecito o da contratto- o in caso di restituzione di indebit¹³. I non transigenti infatti potreb-

¹² V. G. AMORTH, *Transazione pro quota* di obbligazione solidale, cit., 62: l'accettazione dei condebitori non avrebbe alcun senso logico né valore giuridico.

¹³ Sempre che sia ipotizzabile un'obbligazione restitutoria a carico di più persone in via solidale: difficile però rispondere. Si potrebbe infatti dire che, se si tratta di cosa determinata, legittimato passivo è solo il possessore attuale della res: a meno di teorizzare un compossesso, che però è di dubbia ammissibilità (v. S. MARTUCELLI, *Situazioni di fatto e contitolarità del diritto*, Milano, 2000, 99-134, *passim*, sintesi nel § 5 alle pp. 129-134: il compossesso è possibile solo se titolato, cioè sostenuto da una contitolarità, o governato da accordo; in caso di possesso non titolato, invece, ci sarà solo una pluralità di possessi individuali reciprocamente configgenti). Gli approfondimenti sulla legittimazione attiva e passiva all'azione di ripetizione (U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitto*, Milano, 1974, 321-351; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebitto, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 181 ss.) riguardano la possibilità di spostamento del soggetto legittimato, soprattutto nei rapporti trilateri (delegazione di pagamento

bero avere interesse a dimostrare che essi nulla devono: ad es. potrebbero avere interesse a provare pubblicamente (con sentenza) che l'inadempimento o l'illecito non ci sono stati oppure che il preteso pagamento indebito non è mai avvenuto o che era dovuto, anziché indebito. Quindi essi potrebbero avere interesse a provare che la responsabilità addebitata loro non esiste per nulla e non solo limitatamente alle rispettive quote: una transazione *pro quota* invece lascerebbe un alone di dubbio, che potrebbe essere mal tollerato dai non transigenti¹⁴.

e procura all'incasso *ex art.* 1188 cod. civ.), ma non la possibilità di una legittimazione plurima solidale. Sarà invece solidale, direi, l'obbligazione restitutoria, qualora l'indebito pagamento abbia avuto per oggetto un *facere*, risoltosi in un *opus* o in un *quid* non distinguibile dall'attività del *solvens* (es.: mandatario, mediatore, professionista in genere): se i committenti erano una pluralità, il debito di restituzione dovrebbe fare capo ad essi in via solidale. Altra obbligazione solidale dovrebbe essere quella da arricchimento ingiustificato: se esso concerne ad es. un bene in proprietà, l'indennizzo *ex art.* 2041 cod. civ. sarà dovuto dai comproprietari *pro quota* o solidalmente? Direi solidalmente: dovendosi però vedere se sul tema interferisca l'insegnamento recente delle sezioni unite, secondo cui le obbligazioni condominiali da contratto sono parziarie (Cass. SS.UU. 08 aprile 2008, n. 9148).

¹⁴ Secondo giuristi del passato, è dovere dell'uomo resistere sempre, senza farsi troppo condizionare da facili transazioni, qualora ritenga violato un proprio diritto (R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989, a cura di Racinaro, 100 ss., 104 ss., cit. da Ruperto S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, 2 nt. 3).

Una tale esigenza, pur seria e degna di tutela, non ha però nulla a che fare con l'art. 1304. Questa norma si limita a porre l'inefficacia della transazione e a concedere il diritto di profittare; l'esigenza prospettata, invece, verrà soddisfatta permettendo ai condebitori non transigenti di agire in accertamento negativo ovvero di resistere in giudizio con un'adeguata domanda riconvenzionale, pure accertativa. Il fastidio di dovere sopportare che un consorte abbia evitato la *roulette* processuale, accettando una transazione, non è evitabile. Questa sensibilità accentuata dei condebitori non transigenti non può prevalere sul diritto all'autodeterminazione di quello che transige limitatamente alla propria quota (cioè alla quota che alla fine andrebbe ad incidere sul di lui patrimonio): non è dato lo strumento giuridico per impedire siffatta transazione¹⁵, anche se di recente è stata espressa opinione contraria¹⁶.

¹⁵ I condebitori non transigenti potrebbero essere disturbati anche dall'eventuale stima della quota di responsabilità del condebitore transigente presente in atto, visto che ciò implicitamente costituisce una stima anche della loro responsabilità. E' chiaro però che detta stima, operata in transazione, non li vincola minimamente.

¹⁶ G. GITTI, *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, t. 1, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Torino, 2005, 217, nt. 360, in fine. Secondo questo a., l'art. 1304 cod. civ. è applicabile anche alla transazione *pro quota*, dal momento che i condebitori non transigenti vengono liberati dalla quota dello stipulante non automaticamente bensì solo se lo vogliono (cioè se ne profittano): ciò fondamentalmente

Si conferma quindi che, pur potendosi ipotizzare un qualche teorico interesse dei condebitori non transigenti per la transazione *pro quota* stipulata da un loro consorte, detta stipula non potrà incidervi negativamente: ai non stipulanti rimarrà sempre aperta l'azione in corte a tutela dei loro diritti. In ogni caso l'art. 1304 non si applica a detta transazione.

Anche secondo la giurisprudenza, la transazione *pro quota*, pur ammissibile, non è governata dall'art. 1304: l'affermazione, per lo più tralattica, si trova in molte decisioni¹⁷.

per il principio della relatività dei contratti. In senso contrario si può osservare, da un lato, che questo principio non osta alla produzione di effetti solo favorevoli nella sfera altrui, purchè sia fatto salvo il diritto di rifiuto (quindi si potrebbe teoricamente pensare di concedere quest'ultimo ai condebitori non transigenti). Dall'altro lato e soprattutto, il diritto di rifiuto è richiesto quando il disponente dispone direttamente nei confronti del beneficiario dell'effetto favorevole. Nel nostro caso però il disponente (il creditore) dispone verso un soggetto diverso (il condebitore transigente *pro quota*), al quale potrebbe addirittura chiedere l'intero pagamento: il che costituirebbe un di più rispetto alla transazione *pro quota*, sicchè se è ammesso il primo senza necessità di consenso degli altri consorti, deve essere allo stesso modo ammessa pure quest'ultima.

¹⁷ Per limitarsi ad alcune: Cass. 17 gennaio 2013 n. 1025; Cass. 24 gennaio 2012 n. 947; Cass. 27 marzo 2007 n. 7485; Cass. 21 aprile 2006 n. 9369; Cass. 18 aprile 2006 n. 8946, D.A.A. c. R.F. ; Cass. 05 luglio 2001 n. 9071; Cass. 03 luglio 2001 n. 8991; Cass. 27 marzo 1999 n. 2931.

3. *L'art. 1304 si applica anche alla transazione novativa?*

L'altra questione tradizionale è quella del tipo di transazione, cui la norma si applica: solo alla transazione semplice, oppure anche a quella novativa? Il dubbio nasce per la presenza nella *sedes materiae* di una norma relativa proprio alla novazione stipulata con uno dei consorti (art. 1300). Alla transazione novativa (sull'intero, si intende) si applica dunque l'art. 1304 ovvero l'art. 1300? Il che presuppone la risposta positiva alla questione circa l'ammissibilità di una transazione appunto novativa.

Circa l'ammissibilità di una transazione novativa, infatti, numerosi erano i dubbi sotto il codice previgente, ove ancora imperava la concezione dichiarativa della transazione, anche per l'espressa assimilazione alla sentenza (art. 1772 cod. civ. del 1865). Era dunque arduo, con tale presupposto dogmatico, ammettere che la transazione potesse novare il rapporto pregresso. Tuttavia l'attuale art. 1976, prevedendo espressamente la transazione novativa, ha chiuso definitivamente la porta all'incertezza circa la sua ammissibilità¹⁸. La pur salutare novità legislativa, però, non ha evitato il permanere di dubbi di un certo peso: tra cui, da un lato, quando ricorra l'ipotesi

¹⁸ G. GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005, 62 (ma la notazione è comune).

di transazione novativa e, dall'altro, se essa sia da inquadrare proprio in quella vicenda della obbligazione, che è regolata dagli art. 1230 ss.

Tali questioni hanno importanza anche per il nostro argomento. Se infatti la transazione novativa dovesse essere considerata un esempio di novazione in senso tecnico, potrebbe essere corretto farla governare dall'art. 1300; se invece si dovesse respingere tale affermazione, non resterebbe che farla rientrare nell'art. 1304.

Le due soluzioni, del resto, non coincidono e determinano conseguenze giuridiche differenti. In caso di novazione, ad es., mi pare arduo riconoscere ai rimanenti consorti quel diritto di profittare, che è invece espressamente riconosciuto ai condebitori non transigenti: l'art. 1300 è chiaro nel ricollegare un automatico effetto liberatorio alla novazione dell'intero. Inoltre, taluno esclude per il condebitore novante l'azione di regresso, mancando il presupposto della estinzione satisfattiva¹⁹. Da ultimo, anche ammettendo il regresso, il condebitore novante in tale sede non potrebbe chiedere (*pro quota*) più di quanto realmente pagato²⁰, altrimenti lucrerebbe un ingiustificato arricchimento.

¹⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4) L'obbligazione*, Milano, 1990, 728, nt. 109. Altro discorso è se la liberazione operi sin dalla stipula della novazione o solo dalla sua esecuzione: le posizioni dottrinali sono contrastanti, ma qui non importa darne conto.

²⁰ Dottrina unanime (di solito si equipara novazione a *datio in solutum*): sempre C.M. BIANCA, *Diritto*, cit., 728, nt. 109; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1300 cod. civ.,

258; A. RICCIO, *Le obbligazioni solidali*, in *Le obbligazioni. I) Le obbligazioni in generale* a cura di Franzoni M., Torino, 2004, 1269; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. dig. ital.*, XI, 1965, Torino, 1965, 674 ss., 682; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. dir. priv. dir.* da Rescigno, Torino, 1999, 729 ss., 763; M. TICOZZI, *Le obbligazioni solidali*, Padova, 2012, 100 s. Conff. la (scarsa) giurisprudenza App. Lecce 16 febbraio 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1921 e – nella stessa vertenza – Cass. 28 ottobre 1988 n. 5852, in *Foro it.*, 1989, I, 80. Bianca, poi, se non erro, introducendo il discorso sulle cause di estinzione della obbligazione solidale, configura un generale diritto di adesione dei terzi non stipulanti (adesione in senso tecnico, *id est* ad un contratto aperto) (ID., *Diritto*, cit., 727): il che mi pare, da un lato, correttissimo per la transazione, dall'altro, difficile da configurare per le altre modalità. A meno di enucleare un generale principio, secondo cui in tutte le vicende della obbligazione solidale i restanti condebitori hanno diritto di aderire al nuovo regolamento sortito dalla vicenda: magari appoggiandosi alle norme relative alla transazione e alla sentenza. Il tema è complesso e non può essere qui affrontato. Dico solo che, da un lato, per la transazione e la sentenza c'è una ragione evidente (favorire la pacificazione tra i consociati), la quale vale non solo per la transazione ma pure per la sentenza: di fronte ad un giudicato favorevole al condebitore, infatti, è facile che il creditore decida di agire verso gli altri condebitori, sicché è sensato, nell'ottica della citata *ratio* 'pacificativa', attribuire a costoro il diritto di valersene. Dall'altro lato, tale ragione manca per le altre fattispecie estintive. Altri opina che il condebitore in regresso possa fare valere solo l'obbligazione originaria e sarà invece il condebitore convenuto a fare valere l'obbligazione nuova (non è del resto la stessa cosa dire, da un lato, che sul condebitore in regresso grava in ogni caso il limite della minor somma e, dall'altro, che detto limite debba essere fatto va-

chimento (tesi che mi lascia perplesso)²¹: a differenza dalla transazione non profittata, in cui varie sono le posizioni sul *quantum* chiedibile in regresso²².

lere dal convenuto): in tale senso sia G. AMORTH, in *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 271-281, *passim*, e soprattutto 279 s., che A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987, 341 (trovando una conferma nell'art. 1304 cod. civ. sulla transazione).

²¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1292 cod. civ. e *sub* art. 1300 cod. civ., 176 e rispettz. 258; F.M. ANDREANI, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 19, nt. 8 della riproduzione tratta da DVD). La tesi lascia perplesso. Se si tratta di mera riduzione, non è novazione; se si tratta di modificazione non quantitativa, sarà assai difficile porre un giudizio di incremento/decremento tra la nuova e la vecchia obbligazione (di certo sarà opinabile e soggettivo). In ogni caso, anche tralasciando la difficoltà di stima (effettivamente non probante) e anche fosse un decremento dell'importo dovuto, l'arricchimento non mi pare ingiustificato, visto che il condebitore novante avrà sostenuto un sacrificio per ottenerlo (quantomeno si sarà speso in trattative); e non vedo perché debbano approfittarne i non stipulanti. Anche la relatività del contratto novativo porta pianamente al mantenimento dell'obbligazione originaria (la *communis opinio* è però contraria: v. nota preced.). Andreani, invece, adduce a favore della tesi qui respinta la parità di trattamento tra condebitori (egli segue la teoria busnelliana della comunione di debito): si può però osservare che la parità è invocabile solo per gli effetti derivati dal titolo comune (*eadem causa obligationis*), non invece per fare valere effetti derivati da un titolo diverso riguardante alcuni solo dei condebitori.

²² panoramica ad es. in C. D'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, Milano, 2012, 30-34.

Occorre quindi prendere posizione circa il rapporto tra novazione e transazione novativa: quest'ultima è forse uno dei casi, disseminati nel ns. ordinamento, in cui la novazione in senso tecnico viene regolata anche al di fuori della *sedes materiae* (art. 1230 ss.)? La dottrina è stata ed è tuttora divisa: anche quella più moderna, infatti, si divide tra chi afferma l'inconciliabilità tra novazione e transazione novativa²³ e chi invece riconduce la seconda alla prima²⁴.

²³ G. GENNARI, *La risoluzione*, cit., capp. 1 e 3, *passim*, ad es. 15 ss., 82 ss. e 142 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 143 e 220 s. (qui trovi a p. 141 ss., nt. 275, bibliografia sulla questione) e su posizione simile S. D'ANDREA, *Transazione su titolo nullo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 601 ss., 612, 633. V. anche M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 172 s.: la transazione novativa determina l'autonomia del rapporto nuovo dal vecchio e quindi il termine novazione nell'espressione 'transazione novativa' va inteso in senso più ampio rispetto agli artt. 1230 cod. civ.; inoltre, essendo la novazione in senso tecnico una vicenda della obbligazione che deve essere generata da un contratto, la transazione può essere causa di novazione come qualsiasi altro contratto e bisogna vedere quando ciò si verifichi.

²⁴ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 441 ss., § 77; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, §§ 4-6 del cap. I (soprattutto § 4.2, 92-114); P. Rescigno, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 431 ss., 434 (la novazione è un effetto, che si può collegare a fattispecie diverse e l'art. 1976 cod. civ. ne è una conferma decisiva). Non chiaro F. PALAZZO, *La Transazione*, in *Tratt. dir. priv. dir.* a cura di Rescigno, 13 - V*, 2007, 433 ss., §§ 6-7: il contenuto dell'intento empirico novativo è ricavabile solo dal contesto delle clausole contrattuali e dal risultato effet-

La tesi più persuasiva è quella della non conducibilità della transazione novativa alla novazione *ex art.* 1230 ss. La già cit. monografia di Gennari spiega adeguatamente che il chiedere l'aliquid novi è incompatibile con la funzione della transazione, nella quale si supera la lite prescindendo dall'accertamento del rapporto (o situazione²⁵) pregressa. Di conseguenza, anche si accertasse un'eventuale diversità (sufficientemente significativa) rispetto al pregresso, mancherebbe la comune partecipazione alla produzione del mutamento giuridico: sicchè l'aliquid novi non potrebbe essere colto come manifestazione di un bilaterale intendimento²⁶.

tuale cui da conseguentemente luogo il contenuto della transazione.

²⁵ Il termine 'rapporto' può fare pensare ad una limitazione della transazione alle situazioni obbligatorie. Essa può invece riferirsi anche a diritti reali, ai quali meglio si adatta il termine 'situazioni'.

²⁶ G. GENNARI, *La risoluzione*, cit., 83-92 e anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 17 e 19 (seppur in generale sulla funzione della transazione). Similmente S. D'ANDREA, *Transazione*, cit., 602 nt. 4: la differenza rispetto agli altri contratti sta non sul piano della efficacia ma su quello del contenuto: le parti non dichiarano il contenuto del mutamento che vogliono realizzare, ma direttamente la (sola) situazione finale (il non dichiarare però il mutamento e quindi –nemmeno implicitamente– quale fosse la situazione di partenza, mi pare indice di un diverso modo di operare dell'efficacia giuridica rispetto al consueto). Secondo Gennari, il mancato consenso sull'*an* e sul *quomodo* del mutamento giuridico è un ulteriore motivo che osta

Meno centrata invece mi pare l'obiezione (cui questo a. attribuisce però primaria importanza), relativa al diverso campo di applicazione, per il fatto che la transazione, a differenza della novazione, può applicarsi anche al di fuori dei diritti di credito²⁷. Questo è indubbio: tuttavia astrattamente non si potrebbe escludere che, quando la transazione vertesse su obbligazioni, dovesse essere ricondotta alla novazione di cui agli artt. 1230 ss. Con la conseguenza che, così opinando, la disciplina della transazione novativa sarebbe diversa a seconda del tipo di diritto su cui intervenisse (diritti reali o di credito). Sempre astrattamente, questa duplicità di trattamento giuridico

alla riconducibilità della transazione novativa alla novazione, diverso da quello della incompatibilità funzionale tra i due contratti. A me pare invece che costituiscano due aspetti del medesimo motivo: proprio perchè nella transazione la lite è superata con una regola nuova 'scollegata' dalla precedente, è ovvio che manchi l'*in idem placitum consensus* circa l'an e il *quomodo* del mutamento operato.

²⁷ G. GENNARI, *La risoluzione*, cit., 15-20. A pp. 18-19 l'a. esamina la tesi di Gitti il quale diversifica, proprio come subito dopo ipotizzato nel testo, la transazione su diritti obbligatori da quella su diritti reali, ravvisando una novazione nel primo caso ma non nel secondo. Gennari la esamina e la critica per una inversione logica, in quanto la tesi di Gitti dà per scontato che la transazione novativa sia in linea di massima una novazione in senso tecnico (cioè una vicenda dell'obbligazione), per farne conseguire – coerentemente, a questo punto - che, se riguarda diritti reali, non è più novazione (non potendo essere una vicenda dell'obbligazione).

non sarebbe una conseguenza inconcepibile, non ravvisandosi ostacoli normativi²⁸ né logici.

Il motivo corretto a favore della non riconducibilità della transazione novativa alla novazione, invece, è quello più sopra ricordato, attinente alla funzione della transazione e alla conseguente mancanza di consenso degli stipulanti sul mutamento apportato rispetto alla situazione pregressa.

Con la novazione infatti si sostituisce una nuova obbligazione ad una precedente obbligazione *determinata ed esistente* (tanto che, se quest'ultima non esiste, la novazione è senza effetto: art. 1234)²⁹, non ad un'obbligazione prece-

²⁸ il fatto che l'art. 1976 cod. civ. non distingue tra le situazioni giuridiche, su cui interviene la transazione, non «segna un punto di distanza insuperabile» dalla novazione (G. GENNARI, *La risoluzione*, cit., 20). Si potrebbe infatti replicare che il silenzio della norma non escluderebbe che, quando di obbligazioni si trattasse, si dovesse applicare la disciplina degli artt. 1230 ss. cod. civ.

²⁹ Anzi, conta più l'esistenza che la 'determinabilità'. Quest'ultima è comunque necessaria (O. BUCCISANO, voce *Novazione*, in *Enc. Trecc.*, XXI, Roma, 1990, 3, *sub* § 2.2), dovendo anche il contratto di novazione avere oggetto determinato o determinabile: gli si applicano infatti le norme generali sull'oggetto del contratto (A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 779 ss., 828; C. DI BITONTO, voce *Novazione*, in *Il diritto. Enc. giur.* del 'Sole 24 Ore', 10, Milano, 2007, 114). Si diceva della importanza dell'esistenza, più che della determinabilità: nella transazione novativa, infatti, si potrebbe dire che la determinabilità non manca, visto che le parti si sono

dente solamente ‘possibile ed eventuale’ oppure con un certo ‘eventuale’ contenuto. Inducono a costruire così la novazione comune diversi spunti normativi contenuti nella sua disciplina: -la collocazione tra i modi di estinzione dell’obbligazione, i quali tutti (remissione, confusione, compensazione etc.) si riferiscono a obbligazioni appunto determinate e certe; -la comminatoria della estinzione delle garanzie (art. 1232), la quale ha senso se veramente si verifica l’estinzione e non quando essa resti incerta³⁰; -la stessa definizione di novazione posta dall’art. 1230: parlando di estinzione a seguito di sostituzione, la norma non può che

prospettate con (maggiore o minore) chiarezza le possibili modalità alternative della obbligazione (e cioè quelle delineate nelle rispettive pretese). A ben vedere però, ciò sarebbe errato e va concluso che nella transazione novativa manca pure la determinabilità. Infatti nelle contrapposte pretese erano delineate solo due possibili modalità del rapporto in lite: ma quale fosse quella vera, non è dato sapere e potrebbe essere stata non solo una delle due, oggetto delle pretese, ma anche una qualunque di quelle intermedie, almeno in certi casi (obbligazioni risarcitorie, ad es.). Per altri rapporti invece può darsi che, oltre all’alternativa secca delineata nelle pretese, non residui spazio alcuno per una soluzione intermedia: ad es. se la proprietà è passata o no tra dante e avente causa; oppure se si è verificata o no l’usucapione.

³⁰ Analogamente va detto per la sorte delle garanzie nelle obbligazioni solidali: l’estinzione necessaria delle medesime, disposta dall’art. 1233 cod. civ. a favore dei non stipulanti, non è compatibile con l’incertezza sul verificarsi dell’estinzione medesima, propria della transazione.

presupporre l'esistenza di ciò viene sostituito ed estinto; -pure il cit. art. 1234 sulla inefficacia della novazione³¹.

Non vale invece ad escludere la compatibilità tra i due istituti l'affermazione ricorrente, per cui l'effetto estintivo del vecchio e quello creativo del nuovo sono di pari importanza³². Anche nella transazione novativa, infatti, si può dire lo stesso

³¹ Tale norma è espressione del principio, per cui l'obbligazione novativa ha un suo antecedente necessario nella obbligazione novanda, la cui assenza rende la novazione per così dire *inutiliter data* (C. DI BITONTO, voce *Novazione*, cit., 119). Ne segue che quando la *prior obligatio* non esiste, non è mai configurabile un valido contratto novativo, nemmeno se i contraenti siano di ciò consapevoli (unanimità di vedute: P. SCHLESINGER, *Mancaenza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 353 ss., 356; A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., 823; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 280 ss., 288; indirettamente N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. dir. priv. dir. da Rescigno*, IX, Torino, 2005, 356) e il contratto medesimo non è convalidabile, secondo i principi generali (P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento (art. 1230-1259)*, in *Comm. s.c. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1975, sub art. 1234 cod. civ., 147). Questo non si può dire per la transazione, in cui le parti vogliono proprio l'opposto e cioè un nuovo regolamento che prescindendo dalla validità del precedente (entro certi limiti - art. 1972 cod. civ.: ma solo entro quei limiti e non altri).

³² N. DI PRISCO, *I modi*, cit., 340; O. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., 2, sub § 2.1; C. DI BITONTO, voce *Novazione*, cit., 113.

e cioè che il superamento del vecchio rapporto (quale che fosse) è il mezzo per acconsentire alla nuova regola e che, reciprocamente, questa è il mezzo per superare il vecchio rapporto (quale che esso fosse).

Non è perciò del tutto persuasivo quanto si dice in un ampio studio sui negozi 'di secondo grado', ove è scritto che la transazione novativa non tende ad una specifica forma di incidenza sul rapporto precedente: sicchè, a differenza dalla novazione oggettiva, la costituzione del nuovo rapporto non è vicenda corrispettiva della estinzione del precedente, ma è solo strumento per superare la lite. Sicchè, si continua, quanto comunemente si dice -e cioè che transazione novativa e novazione oggettiva hanno in comune l'effetto di sostituire un rapporto precedente, che resta estinto- non è vero: non è infatti la stessa cosa. Primo perchè, avvicinarle solo partendo dall'effetto ci parrebbe metodologicamente errato. Secondo e soprattutto, perchè gli effetti non sono eguali, essendo diverse le cause: nella novazione la costituzione del nuovo rapporto è corrispettiva dell'estinzione del vecchio; nella transazione novativa, invece, la causa è la composizione della lite tramite l'estinzione del vecchio. Cioè il vecchio rapporto non cessa di avere efficacia giuridica perchè la transazione è diretta a ciò: esso invece semplicemente rimane assorbito dal superamento della lite attuato tramite la creazione di

un rapporto nuovo: sicchè tecnicamente non è sostituzione³³.

A me pare invece che nella transazione novativa il nuovo rapporto è sì diretto a superare la lite, ma pur sempre tramite l'estinzione del vecchio: anche qui il nuovo è corrispettivo della estinzione del pregresso. La differenza con la novazione è che nella transazione non c'è la necessità logica di individuare e/o accertare esattamente il vecchio rapporto³⁴: pertanto il nuovo rapporto è più stabile –soprattutto in caso di assenza del rapporto precedente- rispetto al caso di novazione oggettiva³⁵. Il superamento della lite avviene

³³ Così G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, 136 ss., soprattutto 143 e nt. 53 a p. 145 s.

³⁴ Nella novazione la nuova obbligazione sostituisce un precedente rapporto, del quale sono individuati gli elementi e il titolo (P. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., 435).

³⁵ La transazione quindi è uno dei fatti che rompono col passato, creando una soluzione di continuità nel divenire giuridico e fondando una situazione giuridica 'originaria', la cui validità non è condizionata dall'esistenza di un rapporto di derivazione con lo stato giuridico anteriore. Tali fatti, all'opposto di quegli altri che ubbidiscono alla esigenza fondamentale della continuità, esprimono l'esigenza altrettanto fondamentale della discontinuità delle situazioni giuridiche (così A. FALZEA sull'efficacia preclusiva: ID., voce *Efficacia giuridica*, Milano, XIV, 1965, 432 ss., § 54, e 499). A tale efficacia F. riconduce sia la preclusione che rimuove l'incertezza dovuta al tempo – usucapione e prescrizione: *ivi*, § 55, sia la preclusione che rimuove l'incertezza dovuta a contestazione – da un lato i cd. fatti di accertamento (dichiarazioni di scienza e giudicato: *ivi*, § 56), dall'altro la transazione (*ivi*, § 57, 500-509). L'efficacia

preclusiva è contestata da S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa*, Milano, 2002, 108, nt. 21, secondo cui, invece, nella transazione le parti si limitano a dichiarare direttamente la situazione finale. Tuttavia ciò non è incompatibile con l'efficacia preclusiva, anzi: questa spiega precisamente il rapporto tra la situazione attuale e quella pregressa, ponendo una discontinuità tra le due, quando normalmente le vicende delle situazioni giuridiche sono caratterizzata dalla continuità. Sostenere che le parti si limitano a dichiarare la situazione finale, lascia infatti irrisolto il problema del legame tra questa e quella anteriore: problema risolto dal medio concettuale della preclusione. Anche Cerdonio (pp. 112-115) critica la teoria di Falzea, soprattutto dicendo che, se veramente la nuova situazione sorge solamente dal fatto preclusivo (il quale è ambivalente, essendo idoneo a coprire l'alternativa innovazione/conservazione), non può logicamente ravvisarsi l'ipotesi della conservazione della situazione anteriore. L'osservazione, apparentemente esatta, non mi pare colga il nucleo del pensiero di F. Nucleo che sta nei concetti di 'discontinuità' nel divenire giuridico e di 'situazione giuridica originaria', che rendono irrilevante il paragone con la situazione anteriore, tale che l'alternativa conservazione/innovazione non ha più senso (v. i §§ 54 e 57 della voce encicl. cit.). Detta alternativa è infatti propria della tradizionale teoria dell'efficacia, secondo cui ogni situazione giuridica è caratterizzata da un rapporto preciso di conformità o disformità rispetto a quella anteriore: l'alternativa non è invece predicabile per l'efficacia preclusiva, che proprio per questo è un nuovo tipo di efficacia, diverso da quella costitutiva e dichiarativa (come in fondo ammette Cerdonio, quando scrive che diventa irrilevante – per le parti, aggiungerei - stabilire se la nuova situazione giuridica abbia per fonte creatrice il fatto originario oppure la transazione: p. 115). Simili osservazioni possono essere fatte alla critica di I. RIVA, *La transazione invalida*, Padova, 2012,

solo indirettamente: indirettamente perché, abbandonandosi le pretese e di conseguenza pure la tutela giurisdizionale eventualmente spettante (in caso di loro fondatezza), la lite ‘non ha più benzi-na’ che la alimenti³⁶.

In quest’ottica, poi, si spiega perché la necessità di una volontà novativa inequivoca non ricorra per la transazione. La disposizione di cui all’art. 1230 co. 2, infatti, riposa sull’esigenza di consapevolezza per il creditore di un possibile indebolimento della sua posizione (l’estinzione della *prior obligatio* comporta estinzione pure delle relative garanzie), che invece non ricorre nella transazione. In quest’ultima, visto che il preteso creditore abbandona un’obbligazione contestata ed è dunque pienamente avvertito del rischio di ‘instabilità’ non solo della garanzia ma anche del credito, una dichiarazione creditoria inequivoca circa l’estinzione sarebbe superflua³⁷.

15 s., alla tesi della efficacia preclusiva: dire che l’effetto preclusivo è appropriato solo per il giudicato ma non per un contratto, che si limita a porre una nuova regola tra le parti, non coglie il *proprium* del discorso di Falzea sulla validità di certi fatti (tra cui la transazione), la quale non è condizionata dall’esistenza di un rapporto di derivazione con lo stato giuridico anteriore.

³⁶ In questo consiste la composizione della lite: abbandono delle pretese.

³⁷ La spiegazione dell’art. 1230 co. 2 cod. civ., di cui appena sopra, è di U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Iudica e Zatti, Milano, 1990, 695; simile, ma più generica, è quella di P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., *sub* art.

La tesi della incompatibilità tra i due istituti è seguita anche dalla più recente monografia sullo specifico tema che qui ci interessa³⁸ e dalla giurisprudenza³⁹.

Se proprio si volesse insistere nel richiamarsi alla novazione comune, si avrebbe una sorta di novazione aleatoria⁴⁰ (mentre infatti è certa la

1230, 79, per il quale la norma *de qua* sarebbe ispirata al generale principio di conservazione degli effetti giuridici. Diversa invece è quella di A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., 809 s., per il quale il «risultare in modo non equivoco» è una sorta di *expressio causae* del negozio novativo.

³⁸ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 143. Ritengono applicabile l'art. 1304 cod. civ. alla transazione novativa pure M. TICOZZI, *Le obbligazioni*, cit., 181, nonché I. RIVA, *La transazione*, cit., 94-102, soprattutto 98 (pur non escludendo la compatibilità tra novazione e transazione, dato che l'a. amplia il campo applicativo della prima sulla scia di Nicolò, tuttavia deve prevalere la causa transattiva, al pari di quanto succede nella transazione mista).

³⁹ Cass. 18 aprile 2006 n. 8946, D.A.A. c. R.F., anche se con motivazione non condivisibile. Dice la S.C. che alla transazione novativa si applica l'art. 1304 cod. civ., e non l'art. 1300 cod. civ., per l'impossibilità di estendere ai condebitori non transigenti il 'costo' dato dalle concessioni accettate dal condebitore transigente. Questa però non è una conseguenza ineluttabile della novazione: conseguenza ineluttabile è solo l'estinzione nei rapporti esterni (*id est* verso il creditore), potendosi invece discutere sulla sorte del rapporto di regresso.

⁴⁰ Si badi però che di solito si parla di novazione aleatoria a proposito della novazione di una *prior obligatio* sottoposta a condizione, qualora le parti vogliano che la novazione resti efficace comunque, a prescindere dall'esito della pendenza condizionale (A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., 830; O.

nuova obbligazione, non lo è quella precedente) o comunque una funzione solo genericamente novativa, nella quale il termine non è utilizzato in senso tecnico⁴¹. Anche nella transazione novativa, dunque, sorge un nuovo rapporto a fronte della scomparsa del precedente: solo che detta scomparsa non è certa, ma solo possibile, qualora la

BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., 4, sub § 2.3, per il quale tuttavia in tale caso si è al di fuori della novazione in senso proprio). La differenza è che nel nostro caso la *prior obligatio* non è condizionata, bensì incerta nell'*an* e/o nel *quantum*.

⁴¹ O. BUCCISANO, voce *Novazione*, 13, sub § 5.2. Conformi: S. PUGLIATTI, *La transazione*, in *Cod. civ. Comm.*, dir. da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949, 448 ss. e 463 s.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*², 1986, Napoli, 83 s., che per questo suggerisce di adoperare il termine 'innovativa' anziché 'novativa' (suggerimento accolto da DEL PRATO, 44 e L.V. MOSCARINI - N. CORBO, voce *Transazione I*) dir. civ., in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, XXXI, 994, 9, che lo fanno risalire ad un saggio di N. Coviello del 1962); P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento (art. 1230-1259)*, in *Comm. s.c. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1975, sub art. 1230 cod. civ., 99-104. Insomma, mentre nella novazione si opera la sostituzione di obbligazioni collegate da uno stretto nesso causale sicché la validità della nuova obbligazione presuppone quella della obbligazione novata, la transazione invece pone rapporti certi e validi al posto di rapporti incerti e forse invalidi, sicché il suo effetto è proprio quello di rendere indipendente la validità della obbligazione nuova dalla situazione di quella precedente (così M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 249 ss. e 273)

nuova regola sia incompatibile con la situazione precedente (il che non viene accertato). L'obiettivo delle parti, infatti, è comporre la lite sul vecchio rapporto facendone sorgere uno nuovo in sostituzione del primo, qualunque fosse l'esatta configurazione di quest'ultimo⁴²: la causa transattiva, dunque, non è compatibile con la novazione in senso tecnico, in cui serve l'accordo sull'*an* e sul *quomodo* del rapporto da estinguere⁴³.

⁴² Secondo L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 121 s. (circa il rapporto tra rinuncia e transazione), le reciproche concessioni non hanno alcuna funzione e/o effetto dismissivo, ma sono solo uno strumento compositivo: chi transige, infatti, non vuole affatto dismettere il proprio diritto, ma al contrario conservarlo e realizzarlo, eliminando ogni possibile contestazione e proprio per questo compie una reciproca concessione o rinuncia. L'affermazione è equivoca. La pretesa, per la porzione abbandonata, costituisce una vera e propria rinuncia (cioè un vero atto dismissivo) del diritto sottostante, se e nella misura in cui questo esisteva: solo che ciò avviene senza che vi sia concordia tra le parti appunto su *an* o *quantum* di tale esistenza. Questa è la differenza tra gli atti estintivi tradizionali (novazione, remissione, rinuncia etc.) e la transazione.

⁴³ Ciò per il generale principio della determinatezza dell'oggetto del contratto. Intuisce detta incompatibilità causale R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in Id., *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980 (ma pubbl. nel 1934/1935), 463 ss. L'a. però poi ammette che la novazione possa costituire una conseguenza eventuale della transazione in caso di impossibilità di coesistenza dei due rapporti per incompatibilità, con applicazione in tale

4. *Segue: le tesi favorevoli alla sovrapposibilità tra novazione e transazione novativa: Gitti.*

Vediamo ora brevemente come si pongono sul punto due autori che di recente hanno scandagliato l'arduo tema, giungendo a conclusioni opposte rispetto a quelle qui sostenute. Come detto, l'esame di questo aspetto non è estraneo al nostro tema, vista la presenza di due diverse norme (art. 1300 e 1304) che potrebbero astrattamente governare la transazione novativa in modo differente.

Il primo è un noto ed ampio lavoro sull'oggetto della transazione⁴⁴. Sul punto di no-

caso della disciplina della novazione, ivi compresa la regola dell'estinzione delle garanzie. L'opinione non va condivisa. In presenza di incompatibilità causale, si potrà solo vedere se la singola norma della novazione sia applicabile non già direttamente, ma solo analogicamente e cautamente alla transazione novativa (ciò che escluderei senz'altro per l'attuale art. 1234 cod. civ.).

⁴⁴ G. GITTI, *L'oggetto*, cit. Il lavoro è fonte di spunti assai interessanti. Uno è ad es. il problema, sino ad allora poco trattato, se non del tutto trascurato (salvo mio errore), della natura dell'eccezione di transazione e dell'ambito oggettivo coperto da quest'ultima rispetto alle liti successive (*ne bis in idem transactum*): la risposta dipende dalla individuazione dell'oggetto del nostro contratto (lo specifico diritto fatto valere ovvero il più ampio rapporto in cui è inserito). A questo proposito l'a. fa un parallelo con la questione dei limiti oggettivi del giudicato (pp. 337 ss). Condivisibile, poi, l'affermazione per cui la cartina di tornasole utile per valutare i contratti, che incidono su un rapporto preceden-

stro interesse l'a. parla -in termini critici- di 'dogma dell'irrevocabilità' della transazione e respinge la tesi di Santoro Passarelli, il quale in poche (ma lucidissime e chiarissime) righe aveva sottolineato le differenze tra novazione e transazione novativa⁴⁵. Secondo Gitti⁴⁶, è incoerente ravvisare nella transazione un contratto e al tempo stesso adottare una «interpretazione ingiustamente estensiva delle norme di parte speciale del contratto in esame, che al contrario limitano soltanto ed in via eccezionale l'impugnazione per invalidità ovvero per inadempimento dell'accordo transattivo: in realtà la lettura dei neocontrattualisti trova riscontro giuridico e giustificazione logica solo a condizione di lasciare loro presupporre, ancora una volta il dogma della irrevocabilità dell'accordo transattivo»⁴⁷. Tale dogma si ripre-

te, è la disciplina della loro impugnazione per errore (op. ult. cit., 23).

⁴⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 85.

⁴⁶ V. G. GITTI, *L'oggetto*, cit., § 4.2 e 6 del cap. I (pp. 99-113) e poi § 4 del cap. 2 (pp. 187-199).

⁴⁷ G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 94 s. e successivamente in ID., *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, I, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Torino, 2005, 77 s. 'Neocontrattualisti' – se ben intendo – sono quasi tutti gli autori che scrivono sotto il nuovo cod. civ., i quali sostengono la piena contrattualità della transazione (v. in ID., *L'oggetto*, cit., l'elenco alla nota 210 di p. 92 nonché il cenno alla 'contrattualizzazione astrattizzante' di p. 69): sciogliendo quindi i dubbi che regnavano sotto il cod. civ. previg., soprattutto a causa dell'art. 1772 cod. civ., che le attribuiva l'autorità di cosa giudicata ed ne escludeva

l'impugnazione per errore di diritto (l'a. scrive di «irrevocabilità o immutabilità» della transazione sotto l'impero del cod. civ. 1865: G. GITTI, *La transazione*, in *I contratti*, cit., 71; ID., *L'oggetto*, cit., 3 ss.). La tesi di Gitti è sostanzialmente condivisa da I. RIVA, *La transazione*, cit., 33 ss., anch'essa contraria al dogma della inattaccabilità della transazione. Quest'autrice – se ben capiamo – giustifica una larga applicazione alla transazione della parte generale del contratto in base ad un supposto maggior rischio di soprusi verso la parte contrattuale debole, dovuto a due ragioni: a) la limitata possibilità di sciogliersi dal vincolo transattivo, per quanto squilibrato sia; b) il fatto che nella transazione si 'compromettano' i propri diritti (I. RIVA, *La transazione*, cit., 36). Tuttavia ciò non pare giustificare tale allargamento. Quanto ad a), la limitata impugnabilità della transazione è una scelta del legislatore, che così ha composto gli interessi contrastanti in vista della superiore esigenza della pacificazione sociale, sicchè non si vede per quale motivo l'interprete dovrebbe 'in linea generale' modificare l'impostazione del *conditor iuris* (sarà possibile censurare il transigente 'approfittatore' 'in singoli casi', questo sì, tramite la censura di abuso del diritto o forse meglio di scorrettezza nelle trattative, che l'a. - con proposta interessante e basata su esigenza condivisibile - inquadra nella transazione temeraria *ex art.* 1971 cod. civ.: op. cit., 242-253); quanto a b), non vediamo nulla di pericoloso in quell'atto dispositivo consistente nel dare una seconda regola ad un rapporto che era già regolato, allo scopo di estinguere o prevenire una lite: in linea generale (le norme debbono essere generali ed astratte) non ci pare né meno né più pericoloso di ogni altro atto dispositivo (sarebbe interessante un parallelo con la disciplina della impugnabilità dell'arbitrato irrituale). Né si possono addurre in senso contrario le cautele di legge per la validità delle transazioni agrarie e laburistiche (I. RIVA, *La transazione*, cit., 192 s.): si tratta appunto di due rapporti ben determinati, in cui è più

senta sotto le spoglie della astrazione causale dalla precedente situazione giuridica⁴⁸. L'a. riporta le conclusioni di recente dottrina della novazione per dire che è decisivo l'*animus novandi*, cioè la volontà delle parti, piuttosto che la modifica del titolo o (il *quantum* di modifica) dell'oggetto e così pure va fatto per la transazione⁴⁹.

Si osserva inoltre che l'inefficacia comminata dall'art. 1234 co. 1, scritta per la novazione ma *in thesi* applicabile pure alla transazione, fa sistema con la norma di parte speciale che impone l'irrisolubilità della transazione novativa per inadempimento ovvero vale come contrappeso nel caso in cui il diritto alla risoluzione del diritto sia stato pattuito. Infatti l'eccezione *ex art.* 1234 co. 1 nei fatti costituisce un ulteriore mezzo di tutela per il transigente, che si ritenga vittima di una transazione ingiusta, permettendogli un'ulteriore difesa quando egli sia convenuto per l'adempimento della transazione oppure per ottenere il ristoro dei danni, nel caso in cui la risoluzione sia stata pattuita⁵⁰. In conclusione, l'efficacia novativa della transazione va ricostruita secondo una valutazione casistica e quindi *ex post*,

che ragionevole ravvisare uno squilibrio contrattuale, secondo l'*id quod plerumque accidit* (tanto che è per essi prevista già da tempo una disciplina speciale).

⁴⁸ G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 103 e 112 s.

⁴⁹ p. 107 s., appoggiandosi di Zaccaria, e poi p. 322.

⁵⁰ V. soprattutto G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 109 s. e 131 s. nonché in ID., *La transazione*, 80.

sulla base degli indici legali fissati dalla disciplina di cui agli art. 1230 ss.: tra detti indici c'è il presupposto causale *ex art. 1234 co. 1* della esistenza del rapporto originario, sicchè non ci può essere transazione su rapporto inesistente e mai potrà dirsi novativa la transazione su titolo nullo o anche solo trattato come nullo⁵¹.

Ora, sulla complessa ricostruzione del difficile contratto, qui sommariamente ricordata per la parte di interesse, mi paiono pertinenti alcune considerazioni critiche. La prima: la cit. dottrina sulla novazione (Zaccaria) dà bensì rilievo decisivo all'*animus novandi*, a scapito dell'aspetto oggettivo del mutamento, ma dice anche – condivisibilmente – che ciò è vero «salvo che per il suo significato economico in relazione al contenuto del rapporto non debba dirsi alterata l'identità di quest'ultimo: nel qual caso in effetti la novazione non potrebbe essere evitata»⁵². Il richiamo all'*animus novandi*, dunque, va fatto con cautela.

Una seconda osservazione: l'utilizzo di questo o quel criterio per accertare la novazione del rapporto pare andare fuori bersaglio, in quanto dà per scontato che nella transazione la dimensione novativa vada ricondotta alla vicenda regolata dagli artt. 1230 ss.: il che invece è proprio quello che si deve dimostrare. Indimostrata è quindi la

⁵¹ G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 198 s.

⁵² A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., 285 s.; Gitti lo ricorda in nota (ID., *L'oggetto*, cit., 107, nt. 255).

successiva affermazione, secondo cui è possibile applicare alla transazione novativa la disciplina di parte generale delle obbligazioni, nella quale rientra l'art. 1234: norma, che sancisce l'inefficacia della novazione in caso di inesistenza della obbligazione originaria⁵³. Questa tesi, che pur ha scandagliato approfonditamente il profilo più difficile (quello della impugnabilità), non valorizza adeguatamente la differenza funzionale tra novazione e transazione: trascura cioè che con quest'ultimo contratto le parti, in presenza di litigiosità, vogliono porre una regola nuova, che prescindendo dalla comparazione con la situazione anteriore.

La tesi qui in esame, insomma, lascia perplessi perché taccia i 'neocontrattualisti' come affetti dal dogma della irrevocabilità (soprattutto laddove escludono la compatibilità tra transazione e novazione), senza però spiegare dove errino gli argo-

⁵³ G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 109. Si potrebbe fare un'altra osservazione. Visto che l'a. contesta l'eccessivo ricorso alla disciplina speciale della transazione, trascurando quella generale dei contratti, il problema dovrebbe essere semmai quello dei limiti di applicabilità della parte generale del contratto, anziché della parte generale delle obbligazioni (la quale non dovrebbe essere dubbia, tranne incompatibilità). La novazione *ex art. 1230 ss. cod. civ.*, poi, va correttamente inquadrata come tipo contrattuale, non come mero effetto producibile dai contratti più vari (A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., *passim*, ad es. 793 e 801: annosa questione!): sicché richiamarla come disciplina generale delle obbligazioni lascia perplessi (nonostante la sua collocazione nel cap. 4, dedicato ai modi di estinzione dell'obbligazione).

menti portati a favore di tale incompatibilità. Dire che la transazione non può mai essere novativa se il titolo è nullo o trattato come nullo⁵⁴ (perché in tale caso non c'è nulla da novare, intenderei), trascura proprio questa (fondamentale) differenza tra transazione e novazione: nella lite ci sono pretese contrapposte e pertanto la 'novatività' della transazione (e le reciproche concessioni in generale) riguarda solamente le pretese medesime, non la situazione originaria. Questa mi pare l'obiezione principale al ragionamento svolto dall'autore.

La medesima obbligazione o il medesimo effetto giuridico, a seconda che nascano da novazione o da transazione, avranno una diversa disciplina. Il che costituisce un buon esempio dell'esattezza dell'affermazione generale, secondo cui isolare l'obbligazione dalla sua fonte vuol dire averne una visione parziale: l'obbligazione, infatti, è l'effetto di una certa fattispecie, alla quale occorre avere riguardo sia per determinarne il contenuto, che per ricercarne la specifica disciplina⁵⁵.

⁵⁴ G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 198 s.

⁵⁵ Così: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4) L'obbligazione*, Milano, 1990, 11 s.; A. DI MAIO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1173-1176, in *Comm. C.c. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, 79 (gli aspetti del contenuto dell'obbligazione non possono essere sufficientemente determinati senza avere presente i fatti o gli atti da cui l'o. scaturisce); A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., 791. Non è d'accordo M. GIORGIANNI, *La parte generale delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Contr. e impr.*, 1993, 482 ss., 485, per il quale detta osservazione non è

Una terza considerazione ha a che fare con l'eccessivo ricorso alle norme di parte speciale (quella specificamente dedicata alla transazione) rispetto a quelle di parte generale sui contratti⁵⁶. Si può replicare che l'applicazione solo residuale di quest'ultima a favore di una applicazione ampia della prima è nell'ordine delle cose (giuridiche). Se un certo settore è regolato da norme, che divergono da quelle generali, è corretto che le materie rientranti in quel settore siano quanto più possibile governate dalla logica sottostante alla disciplina speciale, evidentemente stimata dal legislatore come appropriata al caso. E' quindi corretto avvalersi di un'interpretazione anche estensiva delle norme eccezionali⁵⁷: le quali, in quel

idonea ad intaccare il concetto unitario di obbligazione, attenendo ad aspetti solo descrittivi di regolamentazione e tutela giudiziaria (ma, vien da dire, un concetto giuridico a partire da cosa altro è costruibile, se non dalla sua disciplina positiva?).

⁵⁶ Non mi è chiaro, per vero, se l'a. affermi la necessità di un maggior ricorso alla parte generale delle obbligazioni (G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 109) oppure dei contratti (*ibidem*, 130 e, indirettamente, 94 s., laddove auspica una più larga impugnabilità della transazione).

⁵⁷ L'art. 14 prel. vieta solo l'interpretazione analogica, non quella estensiva, secondo l'opinione tradizionale (R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2004, 195-197, ove si dà conto di argomenti in senso contrario). In realtà e più radicalmente, con riferimento all'art. 1234 cod. civ., mi pare illegittimo ravvisare un rapporto di regola/eccezione tra la parte generale delle obbligazioni (compreso l'art. 1234 cod. civ.), da un parte, e

settore, non saranno più eccezionali, ma regolari. Si tratta quindi di un microsistema (composizione della lite con reciproche concessioni), all'interno del quale legittimamente una regola espressa o un principio sottostante può applicarsi a casi non regolati⁵⁸. Anzi, se è corretto questo ragionamento,

la normativa sulla transazione (soprattutto l'art. 1972 cod. civ.), dall'altra. Infatti si tratta di materie diverse e qui va richiamato Falzea con la sua acuta distinzione tra fatti che presuppongono continuità del divenire giuridico e fatti che invece pongono una discontinuità. Sono materie diverse, perché la materia oggetto della regola asseritamente generale (art. 1234 cod. civ.) comprende vicende del rapporto giuridico senza soluzione di continuità (sostituzione di una obbligazione ad una preesistente); la materia oggetto della disciplina speciale (transazione), invece, prescinde dal rapporto di continuità con la situazione precedente. La materia oggetto di disciplina speciale, quindi, non rientra in quella oggetto della regola generale. Che vi rientri, però, è il presupposto per ravvisare un rapporto di regola/eccezione: senza un'astratta sovrapposibilità, infatti, il problema non si pone nemmeno: se la materia speciale non rientra in quella governata dalla norma pretesamente generale, il problema del rapporto regola/eccezione non è neanche pensabile.

⁵⁸ Pur ravvisando un rapporto di regola/eccezione tra parte generale e parte speciale dei contratti, si è detto che il divieto di analogia non è conseguenza ineluttabile e si sono in proposito ricordate tre vie (G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, 327 ss., 331 s.): il metodo tipologico di De Nova, il concetto delle norme transtipiche di Cagnasso e quello di Irti della legge settoriale come microsistema composto di norme idonee alla *analogia iuris* e *legis*. Diffida della portata necessariamente generale di tutte le disposi-

zioni del titolo II del libro IV ('Dei contratti in generale') e, di contro, esclude che la portata della disposizione di parte speciale sia necessariamente circoscritta ad essa (*id est*, alla fattispecie ivi regolata, intenderei) P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 804-810, *passim*. E' un orientamento attuale: nello stesso senso A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *www.judicium.it* (accesso del 14.03.2008), destinato agli *Studi in onore del prof. Nicolò Lipari*, § 4, 14: la parte generale dei contratti, pensata in funzione dell'operazione di scambio, non va applicata ai contratti di parte speciale in cui venga realizzata una diversa funzione economico-sociale. In ogni caso è impossibile un discorso generale, non potendo le norme di parte generale essere ricondotte ad unità: accanto ad alcune di certo applicabili a tutti i contratti, infatti, altre (quelle sui contratti del consumatore) costituiscono a loro volta eccezioni ad altre norme pure di parte generale oppure riguardano solo certe categorie di contratti oppure vengono derogate (o specificate) da corrispondenti norme di parte speciale (E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379 ss. e 821 ss., sintesi a § 12, p. 863 ss). La parte generale del contratto non è riferibile ad una figura unitaria nemmeno secondo N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1 ss., 15 (in generale scettico sull'utilizzabilità oggi della coppia regola/eccezione e della relazione genere/specie, circa il tema in oggetto: v. § 1). Il tema perde di importanza alla luce della normativa comunitaria e soprattutto della necessità di coordinare, col diritto generale dei contratti, il diritto dei contratti nei mercati regolati, quest'ultimo diversificato a seconda dei singoli mercati: l'opportunità del coordinamento è sottolineata da F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte spe-*

sarà allora possibile l'interpretazione analogica (invece che solo estensiva), non avendo le norme di parte speciale carattere 'eccezionale'.

Un'ultima considerazione riguarda l'affermazione secondo cui l'art. 1234 costituirebbe un mezzo di difesa, una via di fuga⁵⁹ per il contraente vittima di una transazione ingiusta: mi lascia alquanto perplesso attribuire un simile ruolo all'impugnazione del successivo contratto per nullità di quello anteriore. I rimedi per il caso di 'ingiustizia' (espressione generica e dal significato equivoco) sono quelli previsti dalla parte speciale o generale del contratto asseritamente ingiusto: l'eccezione di nullità del rapporto originario, invece, ha a che fare con il termine esterno di riferimento delle pattuizioni transattive, non con la giustizia o meno di queste⁶⁰.

ciale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 95 ss., 104 (l'a. si interroga anche sulla possibilità di desumere dalle discipline settoriali principi applicabili al diritto contrattuale generale o al diritto dei consumatori: v. soprattutto § 4).

⁵⁹ Così letteralmente in G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 131.

⁶⁰ Né si può dire che le pattuizioni *ex transacto*, pur esenti da ogni ingiustizia, diventino ingiuste quando sia nullo o inesistente il titolo sottostante. Primo, perché la transazione, volendo comporre la lite, è per sua natura idonea a coprire anche il rischio di nullità o inesistenza del titolo: precisamente lo è nella misura posta dalla normativa di parte speciale (art. 1965 ss. cod. civ.). Secondo, perché l'a. in questione pare dire che l'art. 1234 cod. civ. è una 'via di fuga' da una transazione che sia ingiusta per motivi 'altri', cioè diversi dalla nullità del rapporto originario: e allora non mi spiego perché debba ricorrersi all'art. 1234 cod.

In breve, la tesi della incompatibilità tra transazione novativa e novazione sarebbe –secondo questo a.- criticabilmente ‘dogmatica’: mentre in realtà mi pare porti argomenti decisamente solidi, basati sulla funzione della transazione⁶¹. Inoltre la

civ., quando vi sono i rimedi predisposti *ad hoc* (per i vizi genetici o funzionali, a seconda del tipo di ‘ingiustizia’). Per Gitti, la transazione è un contratto normativo successivo: normativo perché le parti vogliono modificare il rapporto precedente, per sgonfiare il contenzioso (op. ult. cit., p. 140 e 162). Tesi che però trova l’obiezione, per cui è difficile parlare di modificazione se, come nella transazione, le parti lasciano in sospeso quale fosse la situazione di partenza e dichiarano solamente e direttamente la situazione finale: è proprio questo che distingue la novazione dalla transazione. Non è corretto quindi affermare per quest’ultima il requisito della necessaria esistenza dell’oggetto, che nel caso è il rapporto preesistente (G. GITTI, *L’oggetto*, cit., 163): Falzea ha persuasivamente scritto della esigenza di discontinuità delle situazioni giuridiche, soddisfatta dalla transazione (v. sopra nt. 35), il che porta a ritenere la transazione perfettamente compatibile – in linea astratta - con la nullità e l’inesistenza del titolo originario. Anzi, questa posizione è non solo compatibile, ma anche preferibile: in linea di principio è ragionevole che la lite su un certo bene della vita sia composta per qualunque eccezione possibile, non solo per quelle concretamente sollevate. Risponde infatti all’esigenza di pace sociale che la lite non venga riaperta, se la parte viene a conoscenza in un secondo momento di eccezioni nuove: *imputet sibi* il fatto di non averle sollevate, tranne specifica norma che disponga diversamente.

⁶¹ Lascia perplessi il parlare - circa l’orientamento criticato dall’a., da me invece seguito - di contratto ‘astratto’, (G. GITTI, *L’oggetto*, cit., 112), anche se poi si chiarisce che

tesi della compatibilità, svolta da questo a., dà per scontata l'applicabilità della normativa comune sulla novazione, senza però confutare gli argomenti avversi che si oppongono a tale applicabilità.

L'illegittimità di un ricorso alla norma generale è confermata anche dall'art. 1939, che fa dipendere la validità dell'obbligazione fideiussoria dall'esistenza di quella garantita. Qui è esplicito l'ancoraggio della prima alla seconda, come nell'art. 1234⁶²: tutt'altro è invece il tenore delle norme poste per il nostro contratto. La disciplina della transazione, infatti, a fronte di un dettato amplissimo posto dall'art. 1965, compatibile senza problemi con la nullità e addirittura l'inesistenza del titolo originario, contiene delle norme che danno rilevanza –a certe condizioni-

l'espressione va riferita al fatto che la transazione è svincolata dal rapporto originario. Si rischia infatti di confondere le idee, dal momento che l'astrazione è di solito intesa come astrazione causale: qui invece la causa ricorre di certo, anzi essa sta proprio nel comporre la lite prescindendo dal rapporto precedente.

⁶² Rileva il parallelismo tra le due norme S. D'ANDREA, *Transazione*, cit., 607. L'obbligazione garantita infatti è il presupposto di quella fideiussoria (M. FRAGALI, *Delle obbligazioni: fideiussione-mandato di credito*, artt. 1936-1959 cod. civ., in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1968, *sub art.* 1939 cod. civ., p. 198); spesso si scrive di 'accessorietà' della fideiussione, presupponendo un'obbligazione principale (A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già dir. da Cicu Messineo ed ora cont. da Mengoni, Milano, 1998, 33-38).

ad alcuni ‘vizi’ (latamente intesi) di tale titolo (soprattutto l’art. 1972): norme che andranno quindi considerate eccezionali, in quanto facenti eccezione al principio, secondo cui la transazione è autonoma dal fatto invocato a sostegno della pretesa⁶³.

5. *Segue (Ruperto).*

Il secondo autore, che di recente ha optato per la riconducibilità della transazione novativa alla novazione, espone la sua tesi in una monumentale monografia sugli atti con funzione transattiva⁶⁴. Seguiamone brevemente l’*iter* concettuale nella parte che ci interessa. L’a. parte da una distinzione tra piano retrospettivo e piano prospettivo; nel primo le parti mirano a comporre la lite (vicenda costante, presente in tutti gli atti a funzione transattiva), mentre col secondo esse si danno una nuova regola, cioè rideterminano l’assetto di interessi (vicenda mutevole a seconda del tipo di atto transattivo)⁶⁵. Nella transazione la

⁶³ S. D’ANDREA, *Transazione*, cit., 608. Applica invece l’art. 1300 cod. civ. alla transazione novativa C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. dir. priv. dir. da Rescigno*, IX, Torino, 2005, 729 ss., 759 (senza approfondimento).

⁶⁴ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit.

⁶⁵ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., § 73 e 74 (per la transazione semplice e per quella novativa rispettivamente). La distinzione tra piano retrospettivo e piano prospettivo è antici-

fase prospettiva consiste nelle reciproche concessioni⁶⁶ ed è caratterizzata da efficacia dispositiva molto ampia, potendo dette concessioni riguardare anche rapporti diversi da quelli controversi.

Che l'art. 1976 si riferisca alla novazione in senso tecnico sarebbe provato già da un elemento storico, costituito dalla circostanza per cui Nico-

pata nel § 47 e soprattutto p. 291 e si ricollega alla distinzione tra effetti forti e effetti deboli, di cui al § 40, pp. 242-250: nel senso, se ben capisco, che l'effetto forte, costante in tutti gli atti transattivi, è quello retrospettivo (composizione della lite), mentre l'effetto debole, variabile nei vari atti transattivi, è quello prospettivo (nella transazione: le reciproche concessioni). Sintetizzerei allora così il pensiero dell'a.: col piano retrospettivo le parti guardano al passato (compongono la lite), mentre col piano prospettivo guardano al futuro (si danno una nuova regola).

⁶⁶ Negli altri atti a funzione transattiva, il piano prospettiva è diverso: nell'accertamento c.d. transattivo consiste nella eliminazione dello stato di incertezza (S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 247 s., 531); nell'arbitrato consiste nella regola del rapporto posta dall'arbitro (p. 733); nella divisione consiste nella cessazione dello stato di indivisione (p. 531 e poi §§ 109-115, *passim*, soprattutto § 115 alle pp. 671-677). Circa la divisione, per vero, il discorso è meno semplice (si ricorderà la vecchia questione, resa celebre da Bigiavi, del rapporto tra divisione transattiva e transazione divisoria): in breve, l'a. distingue tra divisione in senso proprio, divisione che si risolve in una transazione e, infine, divisione che scioglie bensì una comunione ma, da un lato, senza apporzionamento e, dall'altro, componendo la lite senza reciproche concessioni (quindi non potendo essere ricondotta né alla *causa divisionis*, né a quella *transactionis*).

lò, fautore della compatibilità tra transazione novativa e novazione, partecipò alla redazione del cod. civ.⁶⁷. L'argomento è alquanto fragile: tanto per l'irrelevanza dell'opinione individuale di un (sia pur autorevole) singolo studioso in vista della ricostruzione della *mens legis*, quanto per la scarsa rilevanza della volontà storica del legislatore, dovendo la norma essere desunta da un'interpretazione ampia *—id est* sistematica dell'enunciato. L'a. peraltro è consapevole di tale fragilità e passa oltre.

Soprattutto, dice egli, sono errati i due argomenti di solito portati dalla tesi della inconciliabilità tra i due istituti: da un lato, la non coincidenza tra materia oggetto di novazione (solo obbligazioni) e quella oggetto di transazione (anche diritti reali); dall'altro, l'inconciliabilità dell'art. 1234 con la funzione della transazione⁶⁸.

Il primo argomento è un falso problema, dice l'a., in quanto nelle controversie su diritti reali non esiste un 'rapporto' tra i litiganti che non sia quello oggetto delle contrapposte pretese: ma palesemente non può ravvisarsi in quest'ultimo la novazione, altrimenti essa vi sarebbe sempre (la novazione va ravvisata semmai rispetto alla situazione reale pregressa, non in quella da ciascuno

⁶⁷ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 442 s. Irrilevante mi pare l'altro argomento storico, consistente nel fatto che il riferimento alla estinzione per novazione non comparisse nel progetto iniziale del libro IV (ivi nt. 289).

⁶⁸ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 445 ss.

declamata). La sorprendente conseguenza è che in caso di lite su diritti reali non è ammissibile la transazione novativa⁶⁹.

Quanto al secondo –quello che ci interessa di più-, l'a. oppone una sua personale concezione della transazione. Egli dice che l'importanza del rapporto pregresso rispetto alla transazione è diversa nella transazione semplice e in quella novativa⁷⁰.

Nella prima l'importanza è minore, cosicchè – in caso di inesistenza del rapporto pregresso- la transazione è annullabile (per errore vizio) a causa di tale inesistenza solo se le parti non abbiano trattato della inesistenza⁷¹; se invece ne abbiano

⁶⁹ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 448. Mi sembra un'inversione metodologica: si dà per scontato che la transazione novativa vada ricondotta alla novazione comune, per poi concludere che, non potendo quest'ultima essere applicata alle situazioni di titolarità (diritti reali) bensì solo laddove vi sia un rapporto e dunque solo alle obbligazioni, la transazione novativa non è ammissibile nelle situazioni di titolarità.

⁷⁰ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 447, ove lo accenna, rimandando (v. nota 297) per una più approfondita esposizione al precedente § 73 per la transazione non novativa e al § 74 per quella novativa.

⁷¹ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 418. Questo a. poi (*ibidem*, 414 ss.) esamina due seri argomenti a favore della possibile compatibilità della transazione con l'inesistenza del rapporto precedente: - il tenore letterale dell'art. 1965 cod. civ., visto che vi manca ogni riferimento ad un rapporto necessariamente esistente; - l'assenza nella disciplina del nostro contratto di norme analoghe agli artt. 1234 o 1939 cod. civ., che ricolleghino efficacia e validità della transa-

zione all'esistenza del rapporto anteriore. L'a. così replica: i) il primo argomento sarebbe fallace in quanto nel co. 2 dell'art. 1965 cod. civ. vi sarebbe la conferma della necessità di un rapporto anteriore: infatti l'«anche», ivi presente, indica che le concessioni possono riguardare, oltre a rapporti diversi, anche quello che ha formato oggetto delle opposte pretese: il quale quindi non potrebbe essere ritenuto irrilevante. ii) Il secondo argomento, poi, proverebbe troppo: infatti esso terrebbe solamente se in ogni ipotesi, in cui la fattispecie regolata presupponga un precedente rapporto, vi fosse sempre una norma analoga ai c. art. 1234 e 1939 cod. civ. Invece, dice l'a. quantomeno nel pegno manca una simile norma: eppure non è dubbio che il pegno sia nullo in caso di inesistenza del credito garantito. Tuttavia questi due controargomenti, portati per criticare la (tendenziale) indipendenza della transazione dal rapporto pregresso, non ci paiono decisivi. Quanto al primo (*sub i*), è vero che l' «anche» presente nel 1965 co. 2 cod. civ. comporta che le concessioni possono riferirsi anche al medesimo rapporto in conflitto, oltre che a rapporti diversi. Ciò è ovvio: tali concessioni, però, vanno riferite non al rapporto vero, ma a quello delineato nelle opposte pretese (opinione quasi incontrastata; non condividiamo quindi R. NICOLÒ, *Il riconoscimento*, cit., §§ 15-19, *passim*, soprattutto 438 s., 441 s., 450, che le riferisce al rapporto vero e scrive di efficacia modificativa – solo 'in astratto', talora aggiunge - della transazione), sicché nulla ci viene detto sul fatto che un rapporto anteriore debba in ogni caso esserci. Il secondo controargomento (*sub ii*) è irrilevante. Corrisponde infatti a logica giuridica che, inesistente il credito, venga meno anche il pegno, essendo questo una situazione giuridica attiva meramente rafforzativa del credito e quindi ad esso accessoria (*accessorium sequitur principale*): se il pegno viene meno appena estinto il credito, come è da logica e come si desume dall'art. 2794 e 2799 cod. civ., a maggiore ragione il diritto di pegno viene meno se il credito manca

trattato, la transazione è valida. Nella transazione novativa, invece, l'importanza del rapporto pregresso aumenta⁷².

In quella semplice, che ha efficacia meramente modificativa, infatti, il problema della preesistenza del rapporto passa in secondo piano: ciò perché la trasformazione si attua non tramite una

ab initio (v. F. FERRARA, *Tratt. dir. civ. it., I) Dottrine generali*, Roma, 1921, 419, in generale sui diritti 'accessori', ivi compreso il pegno; quest'ultimo 'presuppone' un credito, secondo G. GORLA - P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche. Art. 2784-2899*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, 24; in tanto esiste il pegno, in quanto esista il credito garantito: A. RAVAZZONI, *Le garanzie dell'obbligazione*, Parma, 1999, 278. La notazione è comune). Proprio il contrario, invece, avviene per la transazione, la cui funzione (composizione della lite tramite concessioni sulle rispettive pretese) viene tanto meglio conseguita, quanto più essa è autonoma dal titolo originario (S. D'ANDREA, *Transazione*, cit., 607 e 632: la funzione della transazione si realizza a prescindere dalla esistenza del diritto controverso). La mancanza per il pegno di una regola espressa, simile a quella posta dagli artt. 1234 e 1939 cod. civ., dunque, non significa nulla: detta regola, infatti, è ricavabile ugualmente senza incertezza alcuna. Credo insomma che la norma di cui all'art. 1939 cod. civ. sia sostanzialmente inutile (se non per la clausola di salvezza in caso di incapacità): alla medesima regola si sarebbe dovuti arrivare pur in sua assenza (anche l'art. 1234 cod. civ. sarebbe inutile per P. LAMBRINI, *La novazione*, in *Tratt. delle obbl. dir.* da Garofalo e Talamanca, III) *I modi di estinzione* a cura di Burdese e Moscati, Padova, 2008, 473, ma v. anche 515).

⁷² S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., cit., § 74, 422 ss.

negazione della realtà postulata di un dato sensibile (come invece nella novativa), bensì attraverso un mutamento, che presuppone solo l'attuale persistenza del dato medesimo. Si passa cioè da un essere secondo una certa consistenza ad un essere secondo consistenza e modalità diverse.

Nella transazione novativa, invece, si cancella il rapporto originario e quindi si passa dall'essere del rapporto al non essere del medesimo. Per apprezzare allora l'effettività del risultato perseguito (la non esistenza), è necessario postulare il suo opposto, *id est* l'esistenza nel passato: assume rilievo il *se* del rapporto, non il suo *quomodo*⁷³. In breve, pare di potere riassumere, la logica imporrebbe che, se si estingue qualche cosa, questo *quid* dovesse esistere: altrimenti ne sarebbe impredicabile l'estinzione. Ne segue che l'inesistenza del rapporto pregresso produce direttamente conseguenze sull'atto.

Una conferma starebbe anche nella pieghe del dettato normativo. Mentre l'art. 1965 fa riferimento al rapporto controverso (o litigioso che dir si voglia), l'art. 1976 utilizza invece una diversa espressione, 'rapporto preesistente': la quale darebbe prevalenza alla reale esistenza del rapporto, piuttosto che alla sua litigiosità, come invece succede per il termine 'rapporto controverso'⁷⁴.

La conseguenza di questo –invero complesso– ragionamento è che con la transazione novativa le

⁷³ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 422 s.

⁷⁴ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 425 s.

parti in sostanza realizzano la fattispecie prevista dall'art. 1230 co. 1 cc, sicchè non c'è incompatibilità tra fattispecie transattiva ed effetto novativo in senso tecnico: allo stesso modo, dice l'a., in cui non c'è incompatibilità tra fattispecie transattive ed effetto traslativo. Per aversi transazione novativa, in conclusione, devono ricorrere due presupposti: che preesista il rapporto anteriore e che si tratti di vero rapporto giuridico quindi obbligatorio, non di diritto reale⁷⁵.

Il ragionamento non persuade e due soprattutto sono le osservazioni critiche. La prima: non appare corretto distinguere circa l'importanza del rapporto pregresso tra le due transazioni. Anche nel passare dall'essere secondo una certa consistenza all'essere secondo una diversa consistenza (transazione meramente modificativa o semplice) è innegabile l'importanza del rapporto pregresso: che senso avrebbe la nuova regola se il rapporto precedente, in cui va ad innestarsi, si accertasse non esser mai esistito?

In secondo luogo (e soprattutto), queste considerazioni ancora una volta dimenticano la funzione assolta dalla transazione: comporre la lite evitando comparazioni con le situazioni giuridiche anteriori, se non nei limiti posti dalle norme presenti nella *sedes materiae* (art. 1965 ss.). Sicchè è onere di chi voglia estendere l'instabilità e

⁷⁵ S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 448.

l'impugnabilità della transazione provare la propria tesi.

La tesi in esame in realtà non porta argomenti in tale senso. Tale non è il dire che secondo logica il sostituire A a B presuppone che B esista⁷⁶: questa è infatti la logica della novazione, non della transazione. L'accordo transattivo vuole comporre una lite ed è dunque più sensato intenderlo nel senso che le parti vogliono in linea sostituire B ad A, quale che fosse l'esatta configurazione di A (nell'*an* e nel *quomodo*)⁷⁷. Del resto, anche in lo-

⁷⁶ Questo, sintetizzando al massimo, è il ragionamento svolto.

⁷⁷ Il riferimento alla compatibilità tra transazione ed effetto traslativo (e dunque alla necessaria preesistenza di un diritto in capo ad una delle parti: pp. 448 s.) solleva questioni troppo ampie per questa sede (v. sul punto C. CICERO, *La transazione* in *Tratt. dir. civ.* dir. da Sacco, Torino, 2014, 107-110). Tale preesistenza comunque non è necessaria, al pari della preesistenza della obbligazione. Mi limito a dire -in generale e con riferimento ad una lite tra dante causa e suo avente causa- che, stipulata la transazione, rimarrà oscuro e non accertabile il fatto che sia stata traslativa o no, non potendosi dunque applicare le norme che presuppongono il trasferimento (es. quella sulla vendita relative all'evizione). Sicchè dire che non c'è incompatibilità tra effetto novativo e transazione, così come non ce ne è tra questa e l'effetto traslativo, non toglie (anzi conferma) che pure per l'effetto novativo non è dato sapere se vi sia stata o no l'estinzione del rapporto precedente. Il che impedisce di ravvisare nella transazione novativa una novazione *ex art. 1230 ss. cod. civ.*, la quale presuppone la certezza sull'*an* e sul *quomodo* della *prior obligatio*. Il problema della traslatività della transazione non è semplice e bisognerebbe analizzare fattispe-

gica non è vero che se le parti vogliono cancellare un rapporto, bisogna che questo esista. Infatti,

cie concrete, forse dovendosi distinguere tra liti ‘dinamiche’ cioè relative all’atto del trasferimento (venditore, o suo avente causa, e compratore, o suo avente causa; proprietario del fondo e preteso titolare di servitù di passaggio etc.) e ‘statiche’ (lite tra titolari di fondi finitimi sull’estensione dei rispettivi fondi). Nel secondo gruppo di liti direi che non si presuppone la necessaria preesistenza del diritto in capo ad una delle parti: sicchè l’eventuale concessione fatta da una parte per rinunciare alla propria pretesa non è nulla, se poi si scopre che la controparte non era proprietaria della porzione di fondo da essa pretesa (l’eccezione rientra nel ‘dedotto e deducibile’ che varrà pure per l’ambito oggettivo coperto della transazione: profilo ben trattato da Gitti). Quanto alle liti indicate come ‘dinamiche’, la conclusione non dovrebbe variare. Facciamo un solo caso, per brevità: lite tra soggetti che sono però aventi causa l’uno dal venditore e l’altro dal compratore. Bene: se essi si accordano nel senso che uno dei due rinuncia alla pretesa sul fondo (che quindi resterà ‘riconosciuto’ all’altro) a fronte di corrispettivo, costituisce forse un presupposto della transazione il fatto che colui, che rinuncia alla pretesa di un diritto reale, puntando ad ottenere una diversa utilità, fosse realmente proprietario a quella data (cosicchè una futura rivendica vittoriosa di terzi renderebbe inefficace la transazione)? Non direi. Quanto ai terzi, la transazione su trasferimento di diritti non è ad essi opponibile, sempre che essi trascrivano il loro acquisto prima della trascrizione della transazione, se si tratta di diritti immobiliari (F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare* (artt. 2643-2645 bis), in *Il cod. civ. Comm. dir.* da Schlesinger, Milano, 1998, 309-322, *passim*, ma soprattutto 317 s.): i terzi, qualora vi abbiano interesse, possono infatti sempre fare accertare che la situazione reale, anteriore alla transazione, era diversa da quella emersa nella transazione medesima.

anche se la sua esistenza è incerta, la volizione di cancellazione sarà ugualmente possibile: solo che il tipo di efficacia sarà condizionato dall'esistenza del rapporto (normale applicazione del meccanismo condizionale, se non erro⁷⁸).

Inoltre, l'appiglio letterale consistente nel diverso tenore letterale, con cui gli artt. 1965 e 1976 si riferiscono al rapporto precedente, apparentemente di pregio, in realtà è fragilissimo. L'art. 1976, riferendosi all'estinzione del 'rapporto preesistente', vuole solo indicare il *quid* oggetto della nuova disciplina: quali che siano le eccezioni sollevate (sul titolo o sugli effetti) e dunque quali che siano le modalità del rapporto pregresso ('modalità' intese in senso ampio, riferite anche all'*an*). Il 'rapporto preesistente', menzionato dall'art. 1976, allora, costituisce una formula brachilogica per indicare questo concetto: altra formula il legislatore non avrebbe potuto usare, se non a pena di appesantimenti nella formulazione della norma⁷⁹. Qui, infatti, il programma contrat-

⁷⁸ Se non ci fosse la condizione e il diritto non esistesse, la dichiarazione di cancellazione avrebbe un oggetto impossibile.

⁷⁹ O meglio, avrebbe potuto ripetere la formulazione presente nell'art. 1965 co. 2 cod. civ.: «rapporto che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione». Il non averlo fatto e l'aver optato per ragioni di brevità a favore della formula 'rapporto preesistente', non basta a sconvolgere la ricostruzione della transazione. E' insomma assai più probabile che detta formula vada letta come 'rapporto asseri-

tuale non è darsi nuove regole per soddisfare nuove esigenze economiche (come nella novazione), ma è assai diverso: darsi nuove regole per comporre una lite. Affermare che il dettato dell'art. 1976, col suo riferimento alla estinzione del rapporto preesistente, è in grado di reggere la conclusione, secondo cui nella transazione novativa il rapporto deve necessariamente preesistere a pena di nullità, mi sembra alquanto azzardato (soprattutto pensando alla regola espressa, prevista per la novazione e la fideiussione). In breve, il 'rapporto preesistente', di cui all'art. 1976, ha la medesima portata del «rapporto che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione», di cui all'art. 1965 co. 2: significa solamente 'rapporto controverso'.

La conferma di ciò sta nella Relazione al cod. civ., la quale, a proposito dell'art. 1976, adopera proprio l'espressione 'rapporto controverso', anziché 'preesistente', come fa la norma⁸⁰: è dunque

tamente preesistente', anziché come 'rapporto che (necessariamente) preesisteva'.

⁸⁰ Relazione al cod. civ. del Guardasigilli Grandi, cit., *sub* n. 773, 524. Tra l'altro, se è vero che nella transazione non si accerta alcunché ma anzi si vuole prescindere da ogni accertamento (tesi ormai incontestabile, soprattutto dopo gli studi di Falzea e Santoro Passarelli), come si può operare il giudizio dell'*aliquid novi* proprio della novazione (v. art. 1231 cod. civ.)? E' vero che la dottrina qui criticata attribuisce preminente importanza all'*animus novandi*, richiamando dottrina specialistica: ma da un lato quest'ultima dottrina ammette che, oltre un certo limite di modificazio-

sicuro che il significato del sintagma è, appunto, quello di ‘rapporto asseritamente preesistente’.

6. *In conclusione, alla transazione novativa si applica l'art. 1304. Ma quando è che la transazione è novativa?*

Se quanto sopra esposto è corretto, ne segue che la transazione novativa sull'obbligazione solidale sarà governata dall'art. 1304 e non dall'art. 1300: altri ostacoli non si vedono⁸¹.

ni, l'*animus* non può escludere la novazione; dall'altro, in ogni caso un giudizio sull'*aliquid novi* va comunque dato, visto che l'*animus* è solo fattore preminente, non esclusivo (G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 107 s.). Ed allora come si può comparare la situazione nuova alla vecchia, se questa resta sconosciuta alle parti? S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 449-453, pare invece ritenere sufficiente l'*animus novandi* in ogni caso: ma come si può affermare ciò, quando può ad es. succedere che la regola nuova sia insufficiente a disciplinare il rapporto (cioè ponga una disciplina parziale)? Visto che la precedente disciplina è stata cancellata, il rapporto nuovo sarebbe insufficientemente disciplinato e l'*animus* diverrebbe insufficiente. Bisogna allora che ricorra anche l'*aliquid novi*: questo però richiede la comparazione col pregresso.

⁸¹ Non direi che l'applicazione dell'art. 1300 cod. civ. vada scrutinata solo dopo avere verificato la inapplicabilità dell'art. 1304 cod. civ. (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 221): è più corretto ricostruire prima la struttura e funzione della transazione novativa e poi decidere se questa sia regolata dall'una o dall'altra norma (il solo fatto che la pretesa novazione sia inserita in un componimento di lite non porta a dovere privilegiare *ex ante* la

Resterebbe da dire qualche cosa su quando si ha una transazione novativa, scarseggiando la chiarezza in materia. E' vero che, trattando qui della transazione su obbligazione solidale, si potrebbe anche non esaminare il tema: tuttavia un cenno (non di più, data la sua complessità) è forse opportuno, visto che esso è centrale negli studi sulla transazione e che vi dedicano ampio svolgimento pure le ricerche sull'argomento qui esaminato.

Sono persuasivi il ragionamento e la conclusione che a questo proposito sono stati proposti dalla già cit. dottrina specialistica. Visto che la transazione supera le contrapposte pretese disponendo in relazione ad esse e non in relazione alla realtà sottostante, l'effettivo mutamento prodotto su quest'ultima resterà non conosciuto dalle parti. Sicchè la disciplina della risolubilità *ex art 1976* non può essere condizionata dal verificarsi di un effetto estintivo-costitutivo in senso proprio: altrimenti solo *a posteriori* (e solo con accertamento del giudice) le parti potrebbero scoprire se la loro transazione era o meno novativa. Bisogna dunque ritenere che l'art. 1976 si riferisca ai casi in cui, avuto riguardo al programma contrattuale posto dalle parti disponendo della pretesa e contestazione, la transazione risulti potenzialmente estintiva (richiamiamo l'attenzione sulla centralità di

norma sulla transazione: questo può essere l'esito della ricostruzione dell'istituto, direi, non il punto di partenza).

questo concetto) del rapporto originario⁸². E ciò si verifica quando (meglio: solo quando) la pretesa viene interamente abbandonata a fronte della costituzione, modifica o estinzione di un rapporto diverso da quello controverso. Qualora si tratti di lite su obbligazione, il rapporto diverso potrà ovviamente essere un'altra obbligazione oppure la costituzione o il trasferimento di un diritto reale⁸³.

Va nel medesimo senso, alla fine (anche se non offre una conclusione così sintetica), il già citato interessante studio di Gennari sulla transazione novativa. Ivi si dice che è inesatto ritenere

⁸² 'Potenzialmente estintiva' nel senso – direi - che lo sarà, qualora il rapporto originario esistesse (il che non viene accertato nella transazione).

⁸³ Questo il ragionamento di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 143-147. Conforme S. D'ANDREA, *Transazione*, cit., 612 (il carattere novativo non dipende dal tipo di eccezioni, ma dal contenuto della transazione), qualificandola come transazione oggettivamente novativa; egli ammette però anche una transazione soggettivamente novativa. Quest'ultima si avrebbe quando le parti attribuiscono al titolare della pretesa un diritto avente ad oggetto proprio la prestazione pretesa, la quale tuttavia trovi titolo esclusivamente nella transazione (la quale, altrimenti, non sarebbe novativa). In quest'ultimo caso, però, per evitare che, in caso di esistenza di tale diritto anche prima della transazione, questa sia considerata ad oggetto impossibile (in quanto il diritto da esso 'emerso' già esisteva), bisognerà pensare, direi, che le parti abbiano voluto rinunciare al precedente diritto, qualora preesistente, per fare luogo al nuovo.

sempre novativa la lite sul titolo e sempre non novativa quella sugli effetti, come voleva Santoro Passarelli. E' ingiusto, infatti, negare alle parti il potere di confermare il rapporto precedente anche in caso di lite sul titolo o, al contrario, negare loro il potere, in caso di lite sui soli effetti, di rendere novativa la transazione tramite una nuova e completa regolamentazione: una stessa lite, infatti, può essere definita in modo novativo o non novativo⁸⁴. Ciò che conta è che con la transazione si abbia cancellazione definitiva della complessiva situazione precedente, su cui era innestata la lite –anziché del solo aspetto litigioso-. A questo scopo non basterà la sola dichiarazione della parti, cioè l'*animus novandi*, ma bisognerà che la transazione, oggettivamente considerata, contenga una adeguata e sufficiente regolamentazione tale da reggere autonomamente il nuovo rapporto.

Il dato essenziale quindi, secondo questo a., non è ciò che dichiarano le parti, bensì l'obiettiva estensione della sostituzione realizzata: ovvero si tratta di capire, tramite l'apprezzamento del contenuto negoziale, se i contraenti abbiano circoscritto l'incidenza della transazione solo ad una parte della situazione pregressa ovvero se abbiano inteso coinvolgere tutta la situazione interamente e definitivamente. All'interprete allora spetterà vedere se le parti con la transazione abbiano inteso mettere una pietra su tutto il passato con so-

⁸⁴ G. GENNARI, *La risoluzione*, cit., 138-141.

stituzione integrale, in modo tale che la situazione sorta *ex transazione* trovi solo qui la sua fonte esclusiva ed autonoma⁸⁵.

⁸⁵ G. GENNARI, *La risoluzione*, cit., 142-157, *passim*. Ne segue che, come le parti non possono trasformare in novativa una t. che obiettivamente non lo sia, così reciprocamente non possono impedire che sia novativa una transazione che abbia tali caratteristiche: esse possono solo riservarsi il diritto di risoluzione (ivi p. 156). Mi domando allora come vada valutata una transazione, che, pur dichiarandosi novativa, manchi di una regolamentazione completa del nuovo rapporto. Una risposta esauriente può essere data solo con riferimento a singoli casi. Tuttavia si può forse dire che se il nuovo rapporto, così come delineato in atto, non sia in grado di reggersi da solo (con le pattuizioni intercorse e/o con le norme suppletive legali: ad es. si pensi al caso in cui non sia chiaro l'oggetto del rapporto nuovo *ex art.* 1965 co. 2 cod. civ.), non sarà sufficientemente chiaro il sacrificio a carico di colui, che viene avvantaggiato dall'abbandono della opposta pretesa. Di conseguenza il requisito della 'reciproca concessione' non sarà integrato (in quanto indeterminato o indeterminabile) e la transazione dovrebbe essere nulla. Per Santoro Passarelli la transazione è novativa se la situazione preesistente, essendo interamente dedotta in lite, è pure interamente sostituita dalla situazione giuridica che origina dalla transazione; è non novativa quando la situazione preesistente non è interamente dedotta in lite e quindi non è totalmente sostituita, ma solo integrata da quella creata con la transazione (F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 79 s.; per l'insigne a. questa distinzione coincide con quella di composizione di lite sul titolo o, rispettivamente, di lite sugli effetti del titolo: p. 81. S.P. afferma il carattere novativo solo quando venga sostituita per intero la situazione preesistente, che sia interamente dedotta in lite: non menziona

E' vero che questo a., se non sbaglio, non arriva espressamente alla sintetica conclusione di Cerdonio, secondo la quale novativa è solo la transazione in cui la pretesa viene abbandonata radicalmente a fronte della costituzione modificazione o estinzione di un rapporto diverso da quello litigioso⁸⁶: ma ci si può arrivare indirettamente. Infatti la radicale estinzione del pregresso non può che derivare appunto dall'abbandono della pretesa e dal mutamento giuridico operato su rapporto diverso, che ne costituisca il corrispettivo (la «concessione reciproca» *ex art. 1965 co. 1 e 2*)⁸⁷.

il caso in cui essa sia bensì sostituita integralmente, pur non essendo stata dedotta in lite per intero. Anche in quest'ultimo caso, però, la transazione sarà probabilmente da considerare novativa.

⁸⁶ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 143 s. (e poi ad es. 222 o 229 s.).

⁸⁷ Va evidenziato un punto importante e cioè l'accento di Gennari alla necessità che l'estinzione riguardi non solo lo specifico profilo litigioso, ma anche il complessivo rapporto, in cui il primo è inserito (G. GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, cit., 142 s.). Per chiarire, l'a. ipotizza dei casi relativi ad una locazione immobiliare, in cui il conduttore solleva contestazioni al locatore. Se le parti transigono nel senso che il conduttore, pur permanendo in vigore il rapporto locatizio, abbandona la contestazione in cambio di una diversa prestazione (ad es. remissione di un debito preesistente verso il locatore oppure impegno di questo ad eseguire delle migliorie sull'immobile), tale transazione è mista - *ex art. 1965 co. 2 cod. civ.* - ma non novativa, poiché il rapporto pregresso (locatizio) non è estinto (G. GENNARI, *La risoluzione*, cit., 154). Tale precisazio-

7. *La portata della inefficacia posta dall'art. 1304.*

Stabilito dunque che l'art. 1304 si riferisce solo alla transazione sull'intero, quale è il significato della formula secondo cui la transazione «non produce effetto» nei confronti dei condebitori non transigenti? La risposta possibile è duplice, oscillando tra i seguenti due opposti: a) il creditore può continuare a chiedere l'intero ai restanti condebitori, nonostante abbia stipulata la transazione e nonostante l'esecuzione della medesima: per 'intero' intendendosi l'importo originario, ridotto di quanto pattuito in (oppure: incassato dalla) transazione; b) il creditore non può ottenere da alcuno dei restanti condebitori più di quanto abbia pattuito in transazione: e ciò anche se nessuno di essi abbia dichiarato di profittare⁸⁸. Se-

ne, che ritengo opportuno segnalare vista la confusione lessicale talora riscontrabile in materia, non compare - se non erro - nella trattazione di Cerdonio, che si limita a parlare di 'pretesa integralmente abbandonata' (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 144 e 147). Quest'ultima espressione, però, potrebbe anche riferirsi (anzi in prima battuta si riferisce) al solo profilo litigioso, non al più ampio rapporto (ad es. contrattuale) che lega le parti: con la conseguenza che, se così fosse, il cit. esempio di Gennari integrerebbe per Cerdonio una transazione anche novativa, oltre che mista (pur permanendo la locazione).

⁸⁸ Vedremo però che all'interno di questo orientamento vi sono due tesi diverse (Costanza e, rispettivamente, Cerdonio). Secondo la prima a., il creditore, fino a che la transazione non sia eseguita, continua a potere chiedere l'intero agli altri condebitori, mentre dopo l'esecuzione non può

condo questa seconda opinione, dunque, la dichiarazione di profittare avrebbe rilevanza solo nei rapporti interni (regresso), mentre verso il creditore resterebbe sostanzialmente irrilevante: costui, infatti, ricevuta o meno la dichiarazione di profittare, dai condebitori non transigenti non potrebbe ottenere nulla più di quanto pattuito in transazione.

A dire il vero le risposte possibili circa la corretta interpretazione dell'espressione 'non produce effetto' non sono solamente due, potendosi astrattamente ipotizzare una terza. Se infatti la transazione fosse veramente priva di qualunque effetto verso i restanti consorti, cioè se per essi fosse *tamquam non esset*, il creditore potrebbe chiedere l'intero (cioè l'importo originario) nonostante la stipula della transazione o addirittura nonostante la avvenuta esecuzione di essa. Se ad es. in caso di pretesa di 1000 verso due condebitori A e B, il creditore transiga per 400 con A, secondo questa tesi egli potrebbe ancora chiedere 1000 a B: e ciò sia prima che dopo l'esecuzione della transazione (cioè sia prima che dopo avere incassato i 400 ex transazione). Si potrebbe infatti dire che la radicale inefficacia dovrebbe portare a ciò, non essendovi motivo di intenderla in senso dimezzato o attenuato.

chiedere nulla di più. Secondo la seconda a., già con la stipula della transazione – quindi anche prima della sua esecuzione - il creditore non può chiedere più nulla ai restanti condebitori.

Non mi risulta però che questa terza accezione sia mai stata proposta⁸⁹: essa del resto non pare granchè sensata e va respinta. Qualora la si adottasse, infatti, si avrebbe la conseguenza che il creditore, fino a che non venisse emessa la dichiarazione di profittare, potrebbe arricchirsi in misura addirittura maggiore di quanto pattuito in contratto (se si tratta di pretesa di adempimento) o in misura maggiore del danno subito (se si tratta di pretesa risarcitoria). Tale esito è però contrario ad ogni logica giuridica. Per quanto la transazione con uno solo dei condebitori sia irrilevante per gli altri, non si vede il motivo, per cui il creditore possa ottenere alla fine più di quanto pattuito in contratto ovvero, in caso di azione di danno, più di quello che è il danno subito: l'inefficacia verso i consorti non può arrivare a tanto. Non si vede il motivo che giustifichi un tale arricchimento solo perché i debitori sono più di uno⁹⁰.

⁸⁹ Equivoco L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. I. La struttura*, Milano, 1946, 199, secondo cui se i condebitori non profittano, le reciproche concessioni sono come non avvenute a loro riguardo. La sua affermazione va però intesa nel senso del testo, anche perché egli è invece esplicito nell'affermarlo a proposito della remissione: a p. 198, infatti, scrive che in tale caso il creditore può riservarsi di agire per intero verso gli altri condebitori e ciò non ha l'effetto di diminuire il debito di costoro, ciascuno dei quali può essere chiamato a pagare il tutto.

⁹⁰ Simile osservazione in C. D'ALESSANDRO, *La transazione*, cit., 28 s., nt. 2. E' forse possibile sostenere che, secondo tale tesi, una volta incassato dai condebitori non transi-

Restano dunque le due alternative sopra prospettate *sub a)* e *sub b)*. Una tesi (più tradizionale) è per la prima: il creditore, fino a che i condebitori non transigenti non profittano, può chiedere loro l'intero, detratto quanto spettantegli *ex transazione*⁹¹. Sicchè, continuando con l'es. di cui so-

genti l'intero importo preteso ab origine, resterebbe ingiustificato il pagamento *ex transazione*? Non mi pare, dato che quest'ultimo ha un autonomo titolo giustificativo (la transazione appunto).

⁹¹ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 202 (ma solo dopo l'adempimento della transazione; prima, i condebitori restano obbligati per l'intero iniziale); F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 303 s. (l'a. dice solo che la transazione è priva di effetti per i consorti e che la sua efficacia resta circoscritta tra le parti del contratto); D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Art. 1285-1320, cit., sub art. 1304*, 273 s. Rubino però non è chiarissimo. Egli, circa la transazione non novativa (a quella novativa applica infatti l'art. 1300 cod. civ.), prima dice che B rimane obbligato solidale per tutte le originarie 1000; poi dice che B, dopo pagate le 600 al creditore, ha regresso per 100 verso A (100 perché - nell'esempio da lui proposto - tale è la differenza tra quanto pagato al creditore, 600, e la propria quota, 500). L'espressione «rimane obbligato solidale per tutte le originarie 1000» allora va intesa come riferita alla situazione anteriore al pagamento da parte di A, in esecuzione della transazione; dopo eseguita, il creditore potrà chiedere solo il residuo rispetto al credito originario (cioè solo 600): quindi Rubino la pensa come Amorth. La conferma indiretta del pensiero di Rubino è a p. 278, ove egli contrappone l'effetto estintivo automatico - purchè opposto - della transazione novativa (secondo lui, *ex art. 1300 cod. civ.*) all'effetto 'estintivo', che richiede l'espressa dichiarazione *ex art. 1304 cod. civ.* Per la solidarietà attiva, secondo F.D.

pra e supponendo la parità di quota, pretesi 1000 ma transatto per 400 con A, il creditore potrà chiedere 600 a B.

Quanto al regresso, è come se la transazione non fosse stata stipulata. Quindi A chiederà a B quanto pagato in eccesso rispetto alla propria quota originaria; se invece ha pagato meno di questa, nulla potrà chiedere a B⁹². Tale quantifi-

BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 267, nt. 32, *sub a*), il debitore transigente conserva la libertà di contestare interamente il credito verso gli altri concreditori.

⁹² Quindi, stando all'esempio del testo, A potrebbe agire in regresso solo se *ex transazione* avesse pagato più di 500 ed in misura pari a tale differenza: ad es. se transigesse a 600, A avrebbe poi diritto di ottenere 100 da B, mentre se transigesse a 550, avrebbe diritto di ottenere 50. Se invece transigesse per un importo inferiore alla sua quota calcolata sul *quantum* originario (ad es. obbligandosi a pagare 400), non potrebbe chiedere nulla ai consorti. Così D. RUBINO, op. cit., 274. Ciò deriva dalla finalità del regresso, il cui presupposto è il pagamento (o altro fatto estintivo che comporti sacrificio patrimoniale) da parte di un coobbligato, che nei rapporti interni non si presenti come destinatario finale dell'intero peso del debito (G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso*, cit., 3; simile riflessione in F.M. ANDREANI, voce *Regresso*, cit., 1, § 1, circa le finalità di questa azione): pertanto il *quantum* chiedibile in regresso dal *solvens* è uguale a ciò che è stato pagato in più rispetto alla sua quota. In caso di transazione, essendo questa inefficace per i condebitori non transigenti e non profittanti, è logico che il "di più" dovrà essere calcolato sulla quota riferita all'ammontare originario. Secondo C. D'ALESSANDRO, *La transazione*, cit., 96-100, il condebitore transigente chiederà in regresso ai condebitori non transigenti le rispettive quote applicate

cazione del credito di regresso, parametrata alla quota del solvens sull'intero, è coerente con la cit. affermazione, secondo cui il creditore, nonostante la transazione, continua a poter chiedere il residuo ai condebitori non transigenti.

B però potrà liberamente contestare la fondatezza della domanda di regresso, proponendo tutte le eccezioni e contestazione già proposte da A vs il creditore nonché altre ancora. La ragione della permanenza dell'intero credito originario verso i non stipulanti, si è detto, starebbe nel fatto che la 'riduzione' *ex* transazione ha un costo, dato dalla concessione fatta dal condebitore 'beneficiario' della riduzione medesima⁹³.

però al *quantum* pattuito in transazione: si tratta di posizione solitaria (se si tiene conto poi che l'a. nega che la transazione sull'intero, esternamente, riduca il debito dei condebitore non transigenti verso il creditore al pari del condebitore transigente, la sua posizione è diametralmente opposta a quella di Cerdonio e di Costanza).

⁹³ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4) L'obbligazione*, cit., 740. Amorth, in un successivo scritto, muta opinione circa il *quantum* esigibile in regresso e, aderendo alla sentenza ivi annotata, ritiene che in ogni caso il condebitore transigente possa chiedere al consorte solo la sua quota calcolata sulla minor somma tra il *quantum* pattuito in transazione e il *quantum ex titulo* originario. Ciò perché se questo è minore del primo, la transazione è inefficace e dunque vale il *quantum* originariamente dovuto; se invece quest'ultimo è maggiore del *quantum* di transazione, il patto transattivo vale come limite massimo chiedibile, perché altrimenti si produrrebbe un arricchimento indebito a favore del condebitore transigente. Il giudice, naturalmente dovrebbe para-

Secondo l'altra possibilità interpretativa, invece, l'inefficacia della transazione per i non stipulanti non può arrivare a tanto. All'interno di questo orientamento, secondo una prima impostazione (Costanza) il creditore, se ha transatto (novativamente o no, non cambia), ha disposto dell'intero suo interesse creditorio e null'altro può chiedere ai non stipulanti: o meglio nulla può chiedere una volta che la transazione sia stata eseguita e cioè una volta che egli abbia riscosso il suo credito *ex* transazione. Prima di tale momento (cioè nell'intervallo tra la stipula della transazione e la sua esecuzione) egli rimarrebbe invece titolato a chiedere l'intero importo originario: i condebitori non transigenti, che per avventura avessero pagato il residuo, potrebbero poi agire in regresso verso il condebitore transigente per ottenere la di lui quota, calcolata sull'importo originario (mancando *in thesi* la dichiarazione di profittare). Se così avvenisse, il condebitore transigente potrebbe allora rivolgersi al creditore per ottenere

gonare i due importi, con accertamento (incidentale, direi) del *quantum* originario (G. AMORTH, *Transazione di obbligazione solidale e regresso contro il debitore che non vi ha partecipato*, nota a Trib. Reggio Emilia 04 marzo 1966, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1604 ss., soprattutto 1605 s.). La tesi non è condivisibile, perché l'accertamento della situazione originaria è proprio ciò che le parti hanno voluto evitare stipulando la transazione e, di conseguenza, perché l'arricchimento non è affatto indebito (è frutto di negoziazioni più o meno dispendiose): anzi, non è definibile come arricchimento, visto che non viene chiarito cosa spettasse in partenza.

il risarcimento dei danni: egli si troverebbe infatti sia a dovere eseguire il pagamento *ex* transazione, sia a dover pagare ai consorti la propria quota calcolata sull'importo originario (alla duplice condizione, ovviamente, che essi perdano la causa verso il creditore e che poi la vincano in regresso verso il condebitore transigente⁹⁴).

⁹⁴ Il fatto che la transazione non venga profittata, del resto, comporta libertà di agire e di eccepire non solo per i condebitori non transigenti verso il creditore e verso il condebitore transigente, ma anche per quest'ultimo verso i non transigenti. Convenuto in regresso da questi ultimi, infatti, il condebitore transigente potrà fare valere quelle eccezioni, cui aveva rinunciato in transazione (punto spesso trascurato dai commentatori, che esaminano l'opposto caso delle eccezioni sollevabili dai condebitori non transigenti convenuti in regresso). Come Costanza, anche altra recente dottrina (U. LA PORTA, *Delle obbligazioni*, cit., 271-274) distingue tra transazione ad effetti reali (transazione 'reale') e ad effetti obbligatori (transazione 'obbligatoria'). Il pensiero di questo a., se non erriamo, può venir così riassunto. Nel caso di transazione reale, il creditore manterrà azione per il residuo verso gli altri; nei rapporti interni il condebitore transigente potrà agire in regresso verso i non transigenti solo se e nella misura in cui le quote di costoro da recuperare (si badi: applicate al nuovo *quantum ex* transazione) eccedano la quota di debito originariamente gravante sul condebitore transigente *solvens*. Nella transazione obbligatoria, invece: a) sino a che non viene eseguita, il creditore potrà continuar a chiedere ai condebitori non transigenti il residuo (per vero a p. 272 scrive «l'intero ammontare dell'originario debito», ma a p. 273 s. scrive «il residuo»); b) i non transigenti, se profittano, dovranno poi contribuire *pro quota* al *quantum ex* transazione, ma solo se tale *quantum* sia superiore alla *pars quota* dovuta dal conde-

Non è detto quale sia la base giuridica di tale pretesa risarcitoria del condebitore transigente verso il creditore: verosimilmente, però, dovrebbe trattarsi della violazione della buona fede nel comportamento successivo alla stipula della transazione. Tale buona fede (si può immaginare, l'a. non lo dice) impone al creditore di attendere l'esecuzione della transazione prima di agire verso i restanti consorti: altrimenti si crea un rischio di danno per la controparte contrattuale (appunto quello di essere compulsata dai consorti non stipulanti), senza che questo sia giustificato dalla logica economica della operazione⁹⁵.

bitore transigente (cioè quest'ultimo potrà agire in regresso verso i profittanti solo se ciò che egli ha pagato supera detta sua quota); c) se non profittano e il creditore fa causa con successo ad un condebitore non transigente, questi, soccombente, se paga, estingue pure il rapporto (in ipotesi ancora pendente, trattandosi di transazione obbligatoria) sorto *ex* transazione tra creditore e condebitore transigente, liberando quest'ultimo se ancora non ha adempiuto; questo condebitore non transigente, poi, dopo pagato il residuo, avrà regresso verso gli altri consorti, con l'avvertenza che al condebitore transigente potrà chiedere solo la minor somma tra la quota di quest'ultimo *ex* titolo originario e quella *ex* transazione (cioè il condebitore transigente conserverà il beneficio che gli sarebbe derivato dalla transazione); d) dopo l'esecuzione della transazione, invece, il condebitore che abbia pagato potrà recuperare solo l'esubero rispetto alla pars quota da lui dovuta.

⁹⁵ Ho esposto il ragionamento di M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 24-33, *passim*. Costanza, se non erro, è il primo a. ad avere proposto la tesi della riduzione del credito a quanto pattuito in transazione con efficacia verso tutti i

Sempre all'interno del medesimo orientamento, una seconda impostazione concorda sul risultato finale (il creditore non può ottenere dagli altri più di quanto ottenibile in transazione), anche se se ne differenzia subito, perché afferma che questo effetto a vantaggio dei non transigenti si produce immediatamente con la stipula, anziché solo dopo che la transazione abbia ricevuto esecuzione⁹⁶. Se ne differenzia poi per un iter motivazionale più complesso, che ritengo opportuno riprendere.

Si comincia criticando quella dottrina⁹⁷, secondo cui la transazione novativa non determina la liberazione dei condebitori non transigenti per il fatto che l'estinzione del credito litigioso prevede una controprestazione da parte del condebitore transigente. Correttamente, infatti, si fa notare che anche nella novazione l'estinzione della vec-

condebitori, anche non profittanti: tesi poi accolta ed approfondita da Cerdonio, come si vedrà tra poco. Alla tesi di questa a. aderiscono M. FRANZONI, *Il contratto come fatto giuridico e la rilevanza della transazione*, in *Le obbligazioni*. III) *Fatti e atti fonti di obbligazione* a cura di Franzoni, Torino, 2005, 803 s. e A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 307 ss., 310-314.

⁹⁶ Cioè per Costanza la pretesa creditoria verso i condebitori non transigenti resta integra sino all'esecuzione della transazione; per Cerdonio invece la pretesa medesima viene ridotta al *quantum* pattuito in transazione sin dalla stipula di questa (cioè anche prima della sua esecuzione).

⁹⁷ Si tratta di C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 4) *L'obbligazione*, cit., 740.

chia obbligazione prevede una controprestazione, data dalla nascita della nuova obbligazione: e se qui l'estinzione della obbligazione opera automaticamente (nei rapporti esterni, cioè tra gli altri condebitori e il creditore), altrettanto dovrebbe avvenire per la transazione novativa⁹⁸.

La ragione, per cui è inammissibile che la transazione per i restanti consorti sia del tutto inefficace (nel senso della non estensione ad essi dell'effetto 'estintivo' della obbligazione) sta nell'illegittima duplicazione di utilità che otter-

⁹⁸ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, cit., 226 s. Nella novazione l'estinzione *erga omnes* viene da taluno spiegata, dicendosi che è un atto che agisce, come il pagamento, sulla sostanza stessa del debito, propagando in quanto tale i suoi effetti a tutti i partecipi del rapporto obbligatorio solidale. Inoltre se la novazione non producesse i suoi effetti verso tutti i condebitori, gli altri condebitori, rimanendo obbligati, potrebbero rivalersi verso il debitore che conclude la novazione: pertanto la novazione dell'obbligazione non gioverebbe al debitore che l'avesse conclusa (così testualmente G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, 77). Ebbene, la prima parte del ragionamento vale pure per la transazione: anche con essa il creditore dispone dell'intero suo interesse in relazione all'affare *de quo* e dunque - astrattamente - non vi sarebbe ragione di fare permanere l'obbligazione originaria verso i condebitori non transigenti (l'ostacolo sarà allora il differente dettato normativo). La seconda parte del ragionamento, invece non può essere trasportata nella transazione: non è detto infatti che, se i condebitori non transigenti restano obbligati secondo il titolo originario, necessariamente si vanifichino i vantaggi auspicati dal condebitore transigente con la transazione (v. *infra* nel testo).

rebbe il creditore e (all'opposto) nella duplicazione di sacrifici che subirebbe il condebitore transigente. In caso di transazione (novativa o semplice), infatti, il creditore otterrebbe la nuova prestazione, promessa dal condebitore transigente, e sarebbe poi libero di agire per ottenere il residuo della prestazione originaria dagli altri condebitori, per i quali la transazione è inefficace. Il condebitore transigente, d'altro canto, subirebbe il sacrificio *ex* transazione, ma potrebbe poi subire pure quello derivante dall'azione di regresso promossa dagli altri consorti: costoro infatti, una volta pagato il creditore, si rivolgerebbero al condebitore transigente, chiedendogli la sua quota calcolata sul *quantum* originario⁹⁹. Secondo la tesi tradizionale, insomma, se il creditore transige a 70 in base a una pretesa di 100 (ipotizzando pari quote interne), dopo ottenuti i 70 *ex transacto*, potrebbe agire per i residui 30 verso l'altro condebitore. Nei rapporti interni poi il debitore transigente potrebbe in regresso chiedere solo 20, pari all'eccesso da lui pagato rispetto alla propria quota calcolata sull'originario ($70-50=20$)¹⁰⁰. Se il condebitore transigesse invece a 40, si esporrebbe al rischio di vedersi chiedere 10 dal condebitore non transigente, che fosse stato costretto a pagare i residui 60 al creditore, vanificando così l'utilità della transazione.

⁹⁹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 230 s.

¹⁰⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 233 s., riportando la tesi di Rubino e Amorth.

Questo a., poi, critica la cennata tesi di Costanza, laddove afferma il verificarsi dell'estinzione per tutti solo al momento dell'esecuzione della transazione, anziché già in quello della sua stipula, esponendo *medio tempore* il condebitore transigente al rischio del regresso da parte dei condebitori non transigenti, che avessero pagato il creditore. E' vero –si dice- che Costanza, in relazione a tale eventualità, propone il rimedio dell'azione di danni a favore del condebitore transigente verso il creditore, ma si tratta di rimedio insufficiente: ciò perché è difficile configurare -come conseguenza della transazione- un divieto per il creditore di chiedere ai condebitori non transigenti la porzione abbandonata della propria pretesa¹⁰¹.

¹⁰¹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 237. Quest'affermazione è però dubbia. Se il creditore sa che, in conseguenza della sua iniziativa verso i restanti condebitori, può subirne danno il condebitore transigente, non è affatto illogico ritenere che tale iniziativa sia di mala fede. Il creditore, infatti, in tal modo contraddice il programma contrattuale transattivo, secondo il quale il sacrificio a carico del condebitore transigente è solo quello ivi delineato: l'iniziativa del creditore, invece, determina (o può determinare) sacrifici ulteriori non giustificabili in base a detto programma contrattuale (conf. F.M. ANDREANI, voce *Regresso*, cit., nota 45 e testo corrispondente, con riferimento ad una dilazione di pagamento concessa dal creditore, il quale poi chieda l'intero agli altri condebitori prima della scadenza del termine concesso al beneficiario). Sono contrarie a buona fede le condotte positivamente lesive di interessi, inerenti alle finalità perseguite dal programma sta-

Secondo Cerdonio, allora, per quanto riguarda i rapporti col creditore la transazione non può che avere effetto anche per gli altri condebitori: cioè riduce la pretesa creditoria entro i termini transattivi nei confronti di tutti i condebitori. La spiegazione dogmatica di ciò è connessa alla spiegazione dogmatica della transazione, offerta da questa a.: in particolare è connessa al rapporto tra situazione antecedente e situazione creata dalla transazione.

Vale la pena seguirla sul punto, seppure brevemente, sperando di non fraintenderne il complesso ragionamento.

L'effetto della transazione, rispetto alla situazione pregressa, è effettivamente variabile ma al tempo stesso non è conoscibile il *quantum* di variazione. Si produce pertanto in ogni transazione un effetto minimo costante, che opera sempre,

bilito dai contraenti: questo ha rilevato quella dottrina, che si è cimentata nel difficile compito di riordinare in gruppi tipici la casistica giurisprudenziale in materia (A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. IV) la buona fede*, in *Tratt. dir. priv. dir.* da Bessone, Torino, 2004, 125 ss., schematizzazione a p. 106 s.). Ed invero con la transazione le parti vogliono definire l'intera posizione del debitore transigente rispetto al titolo contestato, non il solo lato esterno: sostenere che le parti si disinteressino di quello interno (regresso), nella maggioranza dei casi sarebbe affermazione fuori dalla realtà economica ed anche giuridica (v. le norme sull'interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362, 1366, 1369 e 1371 cod. civ.). In conclusione, la tesi della violazione della buona fede, proposta da Costanza, pare condivisibile.

anche quando per avventura la situazione determinata in transazione coincida con quella reale. Tale effetto minimo costante (il *proprium* della transazione, potremmo dire) consiste non solo nella rinuncia al diritto eventualmente sottostante alla pretesa, ma prima di tutto nella rinuncia alla sua tutela giurisdizionale (cioè alla azionabilità di tale diritto)¹⁰². L'effetto tipico della transazione semplice, dunque, è la rinuncia alla tutela giurisdizionale della porzione di pretesa e, rispettivamente, di contestazione, che viene abbandonata dai contraenti: sicchè l'effetto estintivo, la rinuncia, concerne principalmente la tutela giurisdizionale della situazione sostanziale dedotta¹⁰³.

¹⁰² G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 123 ss.

¹⁰³ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 127 s. Una simile ricostruzione emerge anche in A. PALMIERI, *Transazione e rapporti etero determinati*, Milano, 2000. Secondo questo a., da un lato, l'efficacia dispositiva della transazione non concerne 'i diritti litigiosi' (*id est*, parrebbe di intendere, le reciproche pretese; tantomeno concernerà il rapporto realmente esistente), bensì il potere di chiedere l'accertamento giurisdizionale delle situazioni giuridiche controverse (cioè delle reciproche pretese, parrebbe): potere al quale le parti rinunciano. A tale rinuncia è correlata la posizione di una regola nuova. L'effetto tipico e immancabile della transazione sarebbe 'dunque' (la congiunzione pare erronea, non ravvisandosi alcuna consequenzialità) da rinvenire *anche* nella sostituzione di una nuova regola di fonte convenzionale ad una regola preesistente (A. PALMIERI, *Transazione*, 66 s., v. poi i cenni a 48 e 51 sulla perdita della tutela giurisdizionale). Ci pare esatta solo la seconda affermazione (posizione di regola nuova), non la

Questo il pensiero dell'a. che meglio di tutti ha di recente tentato la ricostruzione del contratto transattivo¹⁰⁴. Noto che si pone l'accento sulla perdita di tutela giurisdizionale (perdita dell'azione), prima che del diritto sostanziale: si dice infatti che l'*exceptio litis per transactionem finitae* comporta l'inammissibilità di una decisione di merito, invece che un rigetto con sentenza di merito per infondatezza della pretesa o della contestazione.

Tale ricostruzione dell'effetto tipico della transazione è convincente. Tuttavia non è qui il caso di soffermarvisi, tranne per un paio di preci-

prima (rinuncia alla tutela processuale delle pretese). Le parti nella realtà dei traffici non esplicitano alcuna volontà di una rinuncia limitata alla tutela giurisdizionale delle loro pretese: vi rinunciano come effetto riflesso della rinuncia alla situazione reale eventualmente sottostante. Esse infatti si limitano ad esprimere una volizione concernente la creazione della regola nuova, eventualmente abbandonando la vecchia (se contrastante). In ogni caso, dire che la transazione comporta la rinuncia alla tutela giurisdizionale della situazione pregressa e assieme ('correlata': p. 66) la sostituzione della regola nuova a quella preesistente è fonte di incertezza processuale. Qualora infatti venga azionata la regola vecchia e in risposta venga poi eccepita la stipulata transazione, resta oscuro se la domanda debba venire rigettata in rito (se si fa prevalere la rinuncia alla tutela processuale) oppure in merito (se si fa prevalere la sostituzione della regola di diritto sostanziale).

¹⁰⁴ La monografia di Cerdonio va segnalata per l'acume e il rigore, con cui affronta un argomento così complesso e al tempo stesso molto 'frequentato'.

sazioni inserite in nota¹⁰⁵⁻¹⁰⁶ e per la segnalazione che altra dottrina recente ha adottato un simile

¹⁰⁵ E' infatti corretto che la transazione si risolva (per ciascuna parte) nell'abbandono dei diritti (di qualunque diritto) diversi da quelli emersi dalla transazione. Se esse hanno regolato il loro rapporto in un certo modo, significa che ogni altra situazione giuridica eventualmente diversa (nell'*an* o nel *quomodo*) non avrà rilevanza giuridica per il futuro. Il che, se non erro, significa, in base allo strumentario concettuale consueto, che esse hanno rinunciato a tali (eventuali) situazioni giuridiche 'diverse' da quelle *ex transacto*. Mi lascia perplesso, però, il dare importanza prevalente all'abbandono della tutela giurisdizionale, invece che a quello del diritto sostanziale: o meglio, il dire che l'esclusione della tutela giurisdizionale è costante, mentre la disposizione sostanziale è solo eventuale. Infatti, scrive l'a., se le concessioni fossero da riferire alla situazione sostanziale reale, la loro esistenza sarebbe condizionata dall'effettivo modo di essere della situazione medesima; inoltre, se la disposizione della pretesa fosse solo disposizione di un diritto incerto, la disposizione sarebbe inefficace in caso di inesistenza del diritto (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 121-138, *passim*, soprattutto 124-128). Con la conseguenza che l'oggetto 'costante' della rinuncia, attesi i cit. casi di inesistenza del diritto o di sua modalità identica a quella *ex transacto*, non potrebbe che essere la tutela processuale. Non vedo tuttavia perché, qualora si facesse valere la pretesa originaria, si dovrebbe ravvisare una rinuncia alla sua tutela giurisdizionale: ciò è troppo lontano dal programma contrattuale tipico della transazione, con la quale le parti semplicemente creano una nuova regola sostanziale, abbandonando la vecchia, qualunque essa fosse (il che resterà oscuro), con conseguente eventuale rigetto nel merito della originaria pretesa (v. nt. s.). Né tale impostazione ha una necessità dogmatica, in particolare la necessità che la transazione 'copra' pu-

re l'eventualità della assenza della pretesa creditoria (come parrebbe dire l'a.). E' infatti proprio la logica della transazione, che salta a piè pari questo problema, non essendo necessario fare più alcun riferimento o comparazione con la situazione pregressa (sicchè non esiste la necessità di 'coprire' anche la cit. eventualità). Per raggiungere l'intento empirico delle parti, basta dire che la rinuncia alla pretesa è una rinuncia alla situazione sostanziale sottostante, qualora esistente e qualora diversa da quella sorta *ex transacto* (altrimenti non vi è nulla cui rinunciare). Anche per Falzea, una volta intervenuta la preclusione propria del fatto di accertamento (*id est* il giudicato), sarebbe vana ogni ulteriore contestazione debitoria: se viene infatti sollevata, «la pretesa [del debitore] non ottiene più giuridica considerazione neppure al limitato fine di controllarne la fondatezza» (ID., voce *Efficacia*, cit., 503): il che corrisponde alla collocazione del *ne bis in idem* tra i presupposti processuali (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. t. 2: profili generali*, Padova, 2006, 13). Ben diversa dalla *res iudicata*, però, è la valenza della transazione, ove le parti dispongono del diritto sostanziale.

¹⁰⁶La seconda precisazione, discendente dalla prima, riguarda il tipo di sentenza che decide su un'ipotesica domanda giudiziale basata sul regolamento originario, anziché su quello creato dalla transazione. La sentenza respingerà la domanda nel merito, cioè per mancanza del diritto fatto valere: non sarà invece una sentenza di mero rito, che respinge la domanda *in limine litis* per inammissibilità di decisione sul merito (come invece scrive G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 128, ritenendo prevalente la rinuncia alla tutela giurisdizionale su quella al diritto sostanziale). Come detto alla nota precedente, infatti, colui, che transige, implicitamente (ma talora nella prassi si leggono anche clausole esplicite) rinuncia ad ogni situazione giuridica - eventualmente spettantegli - diversa da quella emergente dalla transazione, più che (e prima che) alla tu-

punto di vista¹⁰⁷: lo si è ricordato, infatti, solo per fare capire il modo in cui l'a. spiega la propaga-

tela giurisdizionale. Le parti hanno voluto che il loro rapporto in futuro venisse disciplinato dalla regola nuova: il che - in logica - significa esclusione di qualsiasi altra regola diversa (esclusione, che appunto sotto un profilo dogmatico, va spiegata come rinuncia al diverso diritto eventualmente spettante). Se questo è vero, di fronte ad una domanda basata sulla vecchia regola, il giudice dovrà rilevare la 'mancanza' del diritto fatto valere: il rigetto allora sarà di merito, anziché di rito (secondo G. GITTI, *La transazione*, cit., 209, l'eccezione di transazione introduce nel processo una 'fattispecie sostanziale', estintiva o impeditiva a seconda che sia riconosciuta dal giudice come novativa o meno). Non convince in senso contrario l'argomento di economia processuale, secondo cui solo la qualificazione come eccezione di rito, non invece quella di merito, permette un risparmio di attività processuale (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 136). Ciò sia metodologicamente, visto che la ricostruzione del contenuto di un negozio giuridico non può essere dettata da finalità di economia processuale: e ciò anche se il negozio *de quo* ha finalità conciliative, le quali però non possono interferire sul tipo di pronuncia, che dovrebbe decidere su eventuali future contestazioni. Né convince quanto alla tutela degli interessi in gioco, visto che la qualificazione come eccezione di merito produce la chiusura del processo con la stessa rapidità dell'eccezione di rito, portando subito la causa a sentenza (la causa è infatti matura per la decisione o comunque si tratta di questione preliminare di merito *ex art.* 187 cod. proc. civ.).

¹⁰⁷ Mi riferisco a S. RUPERTO, *Gli atti*, cit. (288-335, soprattutto § 49-50). Per questo a. la transazione comporta (nell'ottica retrospettiva; ad essa l'a. contrappone l'ottica prospettiva: con la prima si definisce la lite, con la seconda si determina il nuovo assetto di interessi: v. 291, ove si

precisa che tale scissione ha valore solo teorico-espositivo) un obbligo di comporre la lite. Precisamente un obbligo di non tenere un comportamento contrastante col nuovo stato di cose originato dalla transazione, cioè un impegno a non dare seguito alle affermazioni contenute nelle rispettive pretese (p. 302). La violazione di tale obbligo, che è possibile solo con la proposizione di una domanda giudiziale incompatibile con la definizione transattiva (p. 302) e sempre che non venga anche impugnata la transazione (nel qual caso, parrebbe, l'impugnazione non costituirebbe più violazione dell'obbligo in questione: pp. 302, 307, 308, 309), non è sanzionabile con azione di risoluzione (per assenza di corrispettività, soprattutto, oltre che per altri due motivi a me poco chiari: p. 307), né con responsabilità per danni (p. 304 s.). La violazione dell'obbligo di comporre la lite, invece, è sanzionabile solo con l'*exceptio litis per transactionem finitae* e poi con la responsabilità aggravata ex art. 96 cod. proc. civ. (v. soprattutto 306-309). Questo obbligo, tuttavia, non trasforma la transazione in contratto ad effetti obbligatori, come parrebbe discorrendosi di 'obbligo di comporre la lite': la composizione della lite è infatti immediata (p. 312). Dove sta, allora, il contenuto obbligatorio del contratto? Se capisco bene, esso consiste nel divieto di porre in essere comportamenti (giudiziali, come detto) contrastanti col regolamento transattivo: i quali, se posti in essere, saranno considerati in violazione della buona fede *in executivis*, intesa nella sua funzione di limite-controllo, non integrativa. Tali comportamenti, scorretti perchè contrari a buona fede, saranno sanzionati da diniego di effetti (p. 316, coincidente con la *exceptio litis per transactionem finitae*). Ebbene, innanzitutto mi pare criticabile considerare costitutiva la transazione nel suo piano retrospettivo in quanto compone la lite: infatti la costitutività degli effetti va affermata semmai in riferimento alla situazione reale, non a quella delineata nelle rispettive pretese, come pare faccia l'a., riferendola alla composizione in sé del rapporto

litigioso (v. pp. 292-296). Anche a prescindere da ciò, la costruzione è poco persuasiva. Che possa parlarsi di buona fede anche in caso di contratti immediatamente dispositivi può essere ammissibile (la mente corre alla scorrettezza del venditore nella doppia alienazione immobiliare, che infatti l'a. richiama: p. 315): tuttavia la situazione del venditore è assai diversa da quella in esame. Dopo la prima alienazione, infatti, sul venditore non grava nessun obbligo specifico –legale o pattizio- verso l'acquirente di astenersi da una seconda alienazione: è giusto quindi che il comportamento del venditore sia governato dalla clausola generale di buona fede. Nel nostro caso, invece, intervenuta una transazione, questo vuoto di regole specifiche non c'è: voglio dire che non c'è quella discrezionalità (apparente) che richiede di essere scrutinata alla luce della buona fede, come succede dopo la stipula della prima vendita. Anzi è proprio l'opposto: esiste infatti una regola specifica, quella sorta dalle reciproche concessioni, sicchè non c'è motivo di ricorrere alla buona fede. Il che porta ad un'ulteriore osservazione. L'eventuale domanda giudiziale incompatibile con la transazione (in breve, la domanda basata sulla porzione di pretesa con essa abbandonata) non è da respingere tramite diniego di effetti, come è giusto che avvenga quando manca una regola *ad hoc* (ricorrendo quindi una sorta di 'abusività'): tale domanda andrà invece rigettata semplicemente per assenza del diritto fatto valere (quindi nel merito). L'abbandono della pretesa (o di una sua parte) infatti, come detto nelle due precedenti note, non è altro che abbandono del diritto sottostante, qualora esistente, oppure 'conferma' della sua inesistenza *ab initio*, qualora mai esistito. Non vedo dunque perché proporre costruzioni barocche e lontane dal programma contrattuale delle parti (è irrealistico che le parti vogliano un divieto di avanzare domande giudiziali contrastanti con la transazione), anziché seguire la via più lineare del rigetto in merito. Per non dire infine che, a ben vedere, qualunque obbligazione produce

zione dell'estinzione del credito anche ai condebitori non transigenti.

A questo proposito, dunque, secondo Cerdonio gli effetti diretti –*id est*, tra le parti della transazione sono due, uno costante (perdita della tutela giurisdizionale) e uno eventuale (perdita del diritto sostanziale, qualora esistente): essi non si propagano ai consorti non stipulanti. Tuttavia, se la perdita del diritto sostanziale (es.: estinzione

L'obbligo di non tenere comportamenti difformi dalla regola pattuita: ma allora questo obbligo ben difficilmente può costituire il contenuto tipico della transazione. Un'ultima notazione. Nella motivazione di Cass. 26 gennaio 1999 n. 710 (cit. da S. RUPERTO, *Gli atti*, cit., 302, nt. 195) effettivamente si qualifica come inadempimento ad una transazione la proposizione di un'impugnazione in nullità per vizio genetico della causa o in risoluzione per vizio di presupposizione (v. § 3 della sentenza): ciò allo scopo di legittimare, quale eccezione di inadempimento, la sospensione dei pagamenti *ex transacto*, attuata dalla controparte. Credo però che la decisione non vada condivisa e comunque che non serva all'a. Da un lato, infatti, non può costituire inadempimento il fatto in sé di fare valere un proprio (preteso) diritto in giudizio: si doveva quindi sospendere, fino alla definizione della impugnazione della transazione, l'eventuale processo sul mancato pagamento dei residui ratei *ex transacto*. Dall'altro lato, comunque la si pensi, la sentenza non serve all'a. Infatti la domanda giudiziale, che per la S.C. costituisce inadempimento della transazione, è un'atto di impugnazione: è quindi proprio quel tipo di domanda giudiziale (*rectius*: l'unico tipo di domanda), che per l'a. non viola l'obbligo di non contrastare lo stato di cose generato dalla definizione transattiva (v. pp. 302 e 307).

dell'obbligazione azionata) non si propaga a costoro come effetto 'diretto', essa si propaga come effetto 'riflesso', quindi liberando anche i non stipulanti. Ciò vale sia per la transazione novativa, che per quella semplice, essendo anche questa - per la parte rinunciata- analoga alla transazione novativa, che estingue del tutto il rapporto. Tale liberazione sarà solo verso il creditore, si intende, non fra condebitori.

La propagazione ai non stipulanti –eccoci al punto centrale della complessa ricostruzione- si verifica per coerenza sistematica rispetto alle altre fattispecie di atti estintivi di obbligazioni solidali (soprattutto remissione e novazione). Dalla disciplina di questi ultimi, infatti, si desume che l'estinzione del singolo rapporto obbligatorio si riflette sui rapporti facenti capo agli altri condebitori –liberandoli dal vincolo- ogni volta che tale estinzione si ricolleggi ad una rinuncia alla realizzazione dell'interesse creditorio. Tale soluzione si fonda sul fatto che il complesso dei rapporti solidali è coordinato alla tutela di un unico interesse creditorio: se ciò è vero, prosegue l'a. in esame, la stessa regola deve valere per la transazione, quando essa produca l'estinzione totale o parziale della obbligazione.

Tuttavia, continua questo a., visto che nella transazione le parti si precludono l'accertamento della situazione passata (che però è al tempo stesso l'unico modo per verificare se vi sia stata o no la sua estinzione), saranno i terzi a chiedere tale

accertamento in giudizio, se vi hanno interesse. In particolare lo faranno quando siano chiamati in giudizio dal creditore, che volesse insistere nel fare valere verso di loro il titolo originario. Sicché se in tale giudizio si accerta che in precedenza il credito effettivamente esisteva (cioè la pretesa creditoria era fondata), l'effetto riflesso della transazione la estinguerà pure per i condebitori non transigenti, per coerenza sistematica ai citati altri atti estintivi regolati dal codice civile. Se invece si accerta che il credito non esisteva, allora non vi è nulla da estinguere e la domanda creditoria verrà rigettata¹⁰⁸.

Producendosi però l'estinzione solo come effetto riflesso anziché diretto, non si produrrà alcuna preclusione processuale a carico del creditore nei confronti dei condebitori non transigenti, producendosi solo la perdita (indiretta) sostanziale. Il creditore potrà dunque agire nei loro confronti facendo valere l'intera pretesa, anche se tale

¹⁰⁸ «Saranno liberati», scrive G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 241. Tuttavia l'espressione è impropria, dato che se si accerta che il credito (e quindi il debito) non esisteva, essi non possono dirsi 'liberati': si viene liberati solo da un vincolo esistente, non da un vincolo affermato ma accertato inesistente. La spiegazione del meccanismo (sintetizzato nel testo) di propagazione dell'estinzione ai condebitori non transigenti sta in G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., § 3 del cap. V, pp. 238-243.

pretesa verrà poi respinta (nel merito) perchè infondata¹⁰⁹.

Questo attiene ai rapporti esterni creditori/condebitori non transigenti.

Nei rapporti interni la transazione non profittata non produrrà effetto alcuno e tutti saranno tenuti in base ai rapporti originari: se il condebitore transigente agisce poi in regresso, i condebitori non transigenti potranno opporgli tutte le eccezioni che avrebbero potuto opporre al creditore¹¹⁰. Proseguendo su questa linea di pensiero

¹⁰⁹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 241 s. Come più sopra ricordato, nei confronti del transigente, invece, la pretesa originaria del creditore viene respinta in rito, per inammissibilità, avendo egli rinunciato alla tutela giurisdizionale prima che al diritto sostanziale (op. ult. cit., 121-128). Anche da qui si nota l'insoddisfazione lasciata dalla tesi della rinuncia alla tutela giurisdizionale: se l'interesse creditorio è stato soddisfatto o consumato per intero, esso deve estinguersi allo stesso modo verso tutti i condebitori: non ha rilievo infatti - sotto il profilo della tutela degli interessi coinvolti - la circostanza che per alcuni (i transigenti) ciò avvenga direttamente a seguito di negozio giuridico, mentre per gli altri avvenga di riflesso. Non c'è motivo per cui i primi vengano maggiormente tutelati, come succede concedendo loro il rigetto in rito (rilevabile di ufficio), anziché di merito (solo *ope exceptionis*).

¹¹⁰ Per Cerdonio, come per Costanza, il regresso opererà diversamente da quanto si ritiene nella prima tesi (Rubino, soprattutto). Secondo dette due autrici, infatti, se ben intendendo, il condebitore transigente può chiedere agli altri consorti non quanto da lui pagato in eccesso sulla propria quota originaria, bensì l'intera quota di ciascuno dei consorti non stipulanti, calcolata sull'originario. Ad es. se il

condebitore A transige sull'intero a 700 (pretesa 1000, quote pari), egli potrà chiedere a B non 200 (il supero sulla propria quota), bensì 500 (cioè l'intera quota di B): «questo è l'unico meccanismo che consente al soggetto transigente di non vedere vanificati gli effetti della convenzione posta in essere» (M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 31, anche se l'affermazione, che precede l'esempio numerico, pare dire l'opposto). Analoghe paiono le posizioni di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 241, e M. DELLA CASA, *sub art. 1304 cod. civ.*, in *Delle Obbligazioni*, a cura di Cuffaro, art. 1277-1320 cod. civ. e leggi collegate, *Comm. del cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, Torino, 2013, 367. Cerdonio esamina anche il caso della transazione mista, dicendo che la pretesa creditoria verso i condebitori non transigenti in tale caso concernerà solo il *quantum* ridotto *ex* titolo originario e non invece la diversa prestazione *ex* art 1965 co. 2 cod. civ. (nemmeno per il corrispondente valore), alla quale sarà obbligato solo il condebitore transigente. La tesi delle due aa. sembra coerente con l'affermazione, per cui la transazione riduce la pretesa verso tutti. E' infatti sensato in tale caso che il *quantum* chiedibile in regresso dal condebitore transigente consista non tanto nell'eccesso da lui pagato rispetto alla propria quota originaria (comparazione insensata, visto che la pretesa originaria *in thesi* è stata ridotta verso tutti; sensata invece per chi conceda al creditore di ottenere il residuo dell'originaria pretesa), quanto piuttosto nel vantaggio conseguito dai condebitori non transigenti con l'estinzione dell'obbligazione, vantaggio quantificabile in misura pari alle rispettive quote calcolate sul debito originario 'estinto'. Secondo la proposta delle due aa., infatti, se il condebitore transigente potesse recuperare solo l'eccesso sulla propria quota originaria, i condebitori non transigenti (e non profittanti) ne potrebbero trarre un vantaggio ingiustificato: stando all'es. di cui sopra in questa nota, se A potesse chiedere a B solo 200, B (non potendo essere più richiesto di nulla dal creditore) potreb-

be lucrare 300, pari alla sua quota di 500 meno i 200 che versa ad A. Tale lucro, però, non sarebbe giustificato per il condebitore ché né transige, né profitta. In sintesi, allora, val la pena ricordare che è astrattamente duplice (il che non sempre viene rilevato) l'oggetto del regresso in caso di transazione sull'intero non profittata: a) egli potrebbe chiedere quanto da lui pagato *ex transactione* in eccesso rispetto alla propria quota, calcolata sul debito originario; b) alternativamente, egli potrebbe invece chiedere a ciascun consorte non transigente l'intera quota gravante su di lui, sempre calcolata sul debito originario. Gli esiti son ben diversi, come sopra indicato. Dire che il regresso mira ad eliminare internamente le alterazioni causate dalla solidarietà oppure a redistribuire il peso dell'adempimento dell'obbligazione affinché ciascun condebitore lo sopporti in funzione al suo interesse (così I. ALPINI, *Regresso*, cit., 107 s., relativamente alle due concezioni del regresso come diritto nuovo o, rispettivamente, compreso ab origine nell'obbligazione) significa poco o nulla in caso di transazione: infatti 'alterazione' e 'sopportazione in funzione dell'interesse di ciascuno' son concetti generici, compatibili con entrambi i citt. possibili oggetti del regresso. Si dovrebbe invece decidere se rileva l'alterazione (in peggio) nella sfera del condebitore disponente oppure quella (in meglio) nella sfera dei consorti. Questa seconda ad es. è probabilmente la soluzione più coerente, se si individua nella reazione ad un arricchimento ingiustificato la ragione del diritto regresso: così ad es. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1299 cod. civ., 232, nonché, ci pare, U. LA PORTA, *Delle obbligazioni*, cit., 184 s. (che infatti coerentemente accorda al condebitore transigente il diritto al rimborso delle somme corrispondenti alla quota di debito, che ciascun obbligato avrebbe dovuto corrispondere al creditore in applicazione delle regole della parziarietà secondo il titolo originario: *ivi*, 186 s.). Detta questione del *quantum* chiedibile in regresso, di notevole interesse sia teorico che

(anche se l'a. non lo dice), si può aggiungere che, all'opposto, i condebitori non transigenti, dopo avere pagato, potranno agire in regresso verso il condebitore transigente e questi potrà risollevarne quelle eccezioni a cui aveva rinunciato in sede di transazione.

Questi effetti si verificano anche se la transazione era novativa, conclude l'a.¹¹¹: in tale caso, però, il condebitore transigente, per potere poi agire in regresso, dovrà dimostrare che la transazione ha effettivamente operato l'estinzione del credito¹¹².

Mi sono dilungato sul pensiero di questo a. perché, se non erro, è l'unico ad avere affrontato in modo approfondito il meccanismo di funzionamento della transazione nella obbligazione solidale, con un impostazione rigorosa.

pratico, meriterebbe attenzione approfondita, qui non possibile.

¹¹¹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 242 s.

¹¹² Dal momento, immagino, che se invece il credito non era mai esistito e quindi la transazione nulla abbia estinto, nulla egli potrà chiedere ai consorti. Mi domando però, seguendo il pensiero dell'a., se spetti al condebitore transigente in regresso l'onere di dimostrare l'estinzione oppure se spetti ai condebitori non transigenti convenuti dimostrare la non avvenuta estinzione. Probabilmente è giusta la prima alternativa, essendo fatto costitutivo della liberazione altrui l'avvenuta estinzione del credito: come nella novazione (qui il richiamo è pertinente) è il condebitore novante a dovere provare l'avvenuta estinzione della obbligazione originaria.

La teoria è ben argomentata e convincente. La differenza tra il meccanismo *estintivo erga omnes* di novazione e remissione, da un parte, e quello della transazione -novativa e semplice, per la parte ‘rinunciata’- , dall’altra, non pare effettivamente giustificabile. Come nel primo l’estinzione avviene automaticamente, salvo poi il diritto del novante di agire in regresso, così anche in sede transattiva la riduzione della pretesa –se verificatasi– dovrebbe essere automatica. Sia nella transazione, che nella novazione, il condebitore stipulante sopporta un sacrificio e dunque sotto questo profilo non c’è differenza tra le due ipotesi. Una differenza ovviamente c’è e riguarda il diverso modo di operare dei due contratti sulla situazione anteriore. Nella novazione si vuole estinguere una obbligazione determinata nell’*an* e nel *quomodo*; nella transazione, invece, si pone una nuova regola, a prescindere dal suo rapporto di conformità o disformità rispetto alla regola precedente. Ma questo, a fini dell’estensione ai condebitori non transigenti dell’effetto estintivo, non dovrebbe fare differenza: se vi è stato l’abbandono della situazione anteriore, esso opera automaticamente.

Si può tuttavia muovere un’obiezione circa il modo operare della liberazione dei consorti non stipulanti. Se infatti esso si produce comunque, sia che il credito ci fosse (in tale caso operando l’estinzione automatica *ex transazione*), sia che il credito non ci fosse (in tale caso addirittura non essendoci alcun vincolo da cui liberarsi), non ci

pare corretto dire che sono i condebitori non transigenti a dovere chiedere l'accertamento giudiziale di tale effetto verso il creditore¹¹³: sembra, infatti, che per l'a. siano i condebitori non transigenti onerati di chiedere tale accertamento giudiziale. Invece sarà sufficiente che essi alleghino la transazione stipulata dal consorte e automaticamente la domanda del creditore per la porzione 'rinunciata' dovrà essere respinta.

Balza poi agli occhi un'altra osservazione: la scarsa non considerazione da parte di questo a. (ma anche di Costanza) del dato letterale. Ricordo che il problema è, in breve, se la transazione – per la parte rinunciata dal creditore – estingue il credito per tutti o solo per il condebitore transigente. Ebbene, l'argomentazione dell'a. si basa essenzialmente sul confronto con novazione e remissione: cioè con gli altri contratti o atti, in cui il

¹¹³ Anche qui l'a. distingue tra perdita della tutela giurisdizionale e perdita del diritto sostanziale. Visto che sui condebitori non transigenti si riflette l'eventuale effetto estintivo sostanziale, ma non quello processuale (perdita creditoria della tutela giurisdizionale), il creditore potrebbe sì agire verso di essi (non ci sarebbe l'ostacolo della inammissibilità della domanda, che opera invece a carico del condebitore transigente): però si vedrebbe poi respingere la domanda nel merito, per la parte 'rinunciata' con la transazione (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 241 s.). La cennata distinzione si rivela anche qui non divisibile. E' corretto che il creditore, che agisca verso i condebitori non transigenti, perda la causa nel merito: ma lo è altrettanto quando agisce verso il transigente (sempre per la porzione di credito 'rinunciata').

creditore dispone del suo diritto estinguendolo, dovendo anche la transazione ricevere uguale disciplina *in parte qua* (cioè nel lato esterno dell'obbligazione solidale).

L'a., peraltro, mi pare non si confronti con la differenza di dettato normativo tra l'art. 1304 e gli artt. 1300-1301. Nel primo è espressamente scritto che la transazione «non produce effetto nei confronti degli altri»; negli altri due, invece, è detto «la novazione [o la remissione] [...] libera gli altri». Quindi potrebbe essere azzardato equiparare le due discipline in presenza di siffatta diversità testuale.

Né si può ritenere che l'art. 1304 si riferisca solo al lato interno, cioè al regresso tra condebitori (come alla fine si dovrebbe, sintetizzando al massimo la posizione dell'a.), mentre l'effetto estintivo nel lato esterno si avrebbe sempre.

L'inefficacia per i non stipulanti, comminata dall'art. 1304, infatti, pare riferirsi proprio al lato esterno, cioè ai rapporti tra non stipulanti e creditore. Ciò lo si desume dalla lettera dell'articolo medesimo, laddove contrappone il rapporto tra creditore e condebitore stipulante, composto dalla transazione, alla inefficacia per i condebitori non transigenti, da intendersi allora come riferita anch'essa al rapporto tra costoro e il creditore. Il legislatore voleva contrapporre, quanto al lato esterno, l'efficacia verso il condebitore transigente all'inefficacia verso gli altri consorti: se avesse voluto indirizzare la regola di inefficacia solo ai

rapporti interni, è legittimo presumere che avrebbe usato una formula diversa¹¹⁴. Lo si desume poi anche dal fatto che pure altre norme, relative all'effetto di vari atti o fatti sull'obbligazione solidale, riguardano essenzialmente l'estensione dell'effetto, prodottosi in capo al condebitore stipulante, ai consorti non stipulanti¹¹⁵.

In prima battuta, quindi, sembrerebbe proprio che, secondo l'art. 1304, a differenza dagli altri atti o fatti, la transazione non modificasse in nulla i rapporti tra creditore e condebitori non transigenti, fino a quando non venisse profittata: il che osterebbe all'accoglimento della tesi dell'a. qui esaminata¹¹⁶.

Tuttavia ci si deve chiedere se questo ostacolo testuale ne precluda l'accoglimento ovvero se

¹¹⁴ Vi sono infatti varie norme che esplicitamente regolano il lato interno (art. 1298 cod. civ.; art. 1299 cod. civ.; art. 1310, co. 2 s., sec. parte, cod. civ.; art. 1313 cod. civ.).

¹¹⁵ La disciplina delle vicende dell'obbligazione solidale, contenuta negli artt. 1300 ss. cod. civ., infatti, attiene solamente al lato esterno, non interno, dell'obbligazione medesima.

¹¹⁶ Afferma l'inevitabilità ai condebitori non transigenti della riduzione della pretesa creditoria C. D'ALESSANDRO, *La transazione*, cit., 91 ss.: intanto, parlare di effetto solo 'riflesso' per il condebitore non transigente (come vorrebbe Cerdonio) circa quello, che costituisce il *proprium* della transazione, parrebbe difficile e, in secondo luogo, i condebitori non transigenti in tale modo fruirebbero automaticamente dei *commoda* derivanti dall'accordo senza sostenerne i relativi *incommoda* (ivi, 94 s.).

un'interpretazione sistematica (come quella proposta dall'a.) permetta di superarlo.

L'impressione è, da un lato, che il legislatore dell'art. 1304 non abbia tenuto in sufficiente considerazione l'esistenza del duplice piano dei rapporti, esterno ed interno, né abbia sufficientemente ragionato sulla coerenza della norma con la disciplina degli altri casi di estinzione¹¹⁷. Dall'altro, che abbia adottato la regola del 1304 per il noto motivo che la transazione, comportando sacrifici e vantaggi entrambi incerti, possa essere efficace solo per coloro che la ritengano conveniente per sé¹¹⁸.

Accogliere la tesi più tradizionale (la transazione non riduce il credito verso i non transigenti) comporta, dice l'a., la possibilità per il creditore di cumulare prestazione *ex* transazione e pre-

¹¹⁷ Cui vanno aggiunti i casi -non regolati- della compensazione con un credito del condebitore stipulante, che uguali o superi l'intero credito, e della *datio in solutum* da parte di un solo condebitore, accettata ad estinzione dell'intero. Qui il creditore, si opina, null'altro potrà chiedere agli altri condebitori, essendosi verificata l'estinzione dell'intero suo credito. Tutti i rapporti sono infatti coordinati in funzione del medesimo interesse creditorio, che deve essere soddisfatto una sola volta dall'uno o dall'altro creditore: così coerentemente G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 193, e gli aa. ivi ricordati, tra cui pure alcuni che la pensano diversamente a proposito della transazione (Rubino ad es. la giustifica dicendo che la *d.i.s.* costituisce pagamento e quindi fa operare pianamente la 'liberazione' disposta dall'art. 1292 cod. civ.).

¹¹⁸ *Ratio* facilmente intuibile e solitamente riconosciuta.

stazione *ex* titolo originario nonché, reciprocamente, per il condebitore transigente quella di subire sia il sacrificio *ex* transazione che – eventualmente- quello basato sul titolo originario in regresso¹¹⁹. Insomma dalla inefficacia così concepita il creditore ne avrebbe solo vantaggi, il condebitore transigente solo svantaggi.

Si può tuttavia replicare che ciò non è scontato: infatti può succedere che i condebitori non transigenti riescano a fare respingere la domanda del creditore nei loro confronti oppure che essi, dopo avere pagato, si vedano respinta la domanda di regresso vs il condebitore transigente¹²⁰.

¹¹⁹ Simile osservazione in A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione*, 310 s. e in M. DELLA CASA, *sub art. 1304 cod. civ.*, in *Delle Obbligazioni*, cit., 365 s., che seguono la tesi di Cerdonio.

¹²⁰ Non è quindi persuasivo, come invece si è fatto (A. D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 307 ss., 310, testo e nt. 10), addurre per la transazione l'osservazione fatta dalla Relazione per remissione e novazione, laddove dice che questi due negozi sarebbero senza senso, se poi il condebitore novante o remissario restasse ugualmente obbligato, essendo tenuto in via di regresso verso i consorti (Relazione al Re, in G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni, illustrato con i lavori prep. e disp. di att. e trans.*, Milano, 1942, 144, *sub art. 1300 cod. civ. – n. 65*, nonché la Relazione del Guardasigilli, Roma, 1943 – anno XXI, 1° ed stereotipa dal testo ufficiale, *sub n. 599*). Mentre infatti condebitore novante o remissario verrebbero di sicuro gravati in regresso (almeno in assenza di contestazioni), svuotando il senso economico dei due negozi, per il con-

Si può tuttavia controreplicare che questo non elimina gli inconvenienti, poiché la sola possibilità che ciò succeda non è giustificabile. Infatti, mal che vada, il creditore rimane con i vantaggi *ex transazione* (anche perdendo la causa con i condebitori non transigenti); il condebitore transigente, d'altro canto, per ben che gli vada, limita i sacrifici a quanto pattuito *ex transazione* (se riesce a fare respingere la domanda di regresso avanzata verso di lui dagli altri consorti che hanno pagato il credito).

Insomma, in quest'ottica mentre il creditore potrebbe solo migliorare la sua posizione rispetto alla transazione ma non peggiorarla, il condebitore transigente invece potrebbe anche peggiorarla, giammai migliorarla. Questo è il quadro. E' sensato? Non tanto, parrebbe.

Riassumendo: la tesi tradizionale (il credito verso i non stipulanti rimane intatto) ha dalla sua il dato letterale dell'art. 1304 (*id est* l'inefficacia per i non stipulanti), quanto meno se paragonato alla disciplina di novazione e remissione: il dettato dell'art. 1304 è infatti alquanto diverso da quello degli artt.1300 e 1301. La tesi più moderna (la transazione libera nei confronti del creditore pure i condebitori non transigenti), però, ha dalla sua il dato sistematico della coerenza logica rispetto alla disciplina di novazione e remissione. Ebbene, può la considerazione sistematica prevalere sul

debitore transigente invece ciò sarebbe tutt'altro che sicuro.

dato letterale (nei termini appena osservati), in pratica interpretando restrittivamente l'espressione 'non produce effetto' come limitata solo ai rapporti interni tra condebitori?

Credo di sì. Innanzitutto per la ragionevolezza della composizione degli interessi in gioco: non c'è motivo perché il creditore, pur disponendo con un consorte dell'intero affare (non di una parte!), possa poi pretendere qualcosa altro dai rimanenti. Le varie obbligazioni erano legate reciprocamente in vista della soddisfazione di un unico e medesimo interesse creditorio: dunque non possono restare insensibili alla definizione di tale interesse concordata tra il titolare di una di esse e il creditore¹²¹.

Inoltre, la considerazione sistematica va fatta prevalere anche per coerenza con la ragione storica dell'introduzione dell'art. 1304. Tale ragione fu quella per cui solo ciascun condebitore può

¹²¹ Si tratta di riflessione intuita dalla dottrina coeva al c.c. previgente. A proposito dell'efficacia verso gli altri consorti degli atti concernenti uno solo di essi, si osservava che la legge presume che il creditore, quando compie un atto dispositivo dell'intero, abbia inteso esaurire il diritto derivantegli dall'obbligazione solidale, in modo che questa resti estinta e che gli altri debitori siano liberati (G. VENZI, *Manuale*, cit., 365). Oppure: il criterio fondamentale, cui dare prevalenza nel dubbio, per decidere sulla efficacia o meno per i consorti è che ogni atto o fatto, che tocchi la sostanza oggettiva della obbligazione, ha efficacia comune per tutti condebitori, dato che l'obbligazione ha un solo oggetto (B. DUSI, *Istituzioni*, cit., 88).

decidere se la transazione è per lui vantaggiosa o meno, mentre non lo si può sapere in astratto¹²². Ma quando il vantaggio è indubbio ed è privo di qualunque 'svantaggio', non c'è motivo di allontanarsi dalla regola generale, per cui gli effetti dell'atto si propagano a tutti i condebitori. Ed è proprio ciò che succede secondo la ricostruzione qui esposta e condivisa: la pretesa creditoria si riduce al *quantum* pattuito in transazione nei confronti non solo del condebitore transigente ma anche degli altri¹²³. Quando invece è dubbia la vantaggiosità o meno, come avviene nei rapporti interni, allora ritorna ad essere arbitro unico della produzione dell'effetto il singolo condebitore non transigente¹²⁴.

¹²² Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale, in G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice*, cit., 145 s., *sub* art. 1304 cod. civ. – n. 56 nonché, poi, analogamente il n. 598 della Relazione del Guardasigilli al Re (Roma, 1943 – anno XXI E.F., 1° ed stereotipa dal testo ufficiale). Questa ragione va di pari passo con l'altra della necessità di evitare possibili collusioni tra creditore e condebitore transigente: v. la Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale, in G. PANDOLFELLI - G. SCARPELLO - M. STELLA RICHTER - G. DALLARI, *Codice*, cit., sempre *sub* art. 1304 cod. civ. – n. 56, cit. in questa nota (mentre stranamente non ne fa menzione il cit. n. 598 della successiva Relazione del Guardasigilli al Re).

¹²³ Salvo un loro potere di rifiuto, che mi pare difficilmente negabile.

¹²⁴ Il dato letterale, poi, a ben vedere, non ha una portata così univoca come potrebbe sembrare. L'espressione «non

Si può portare un terzo motivo a sostegno. Partendo dal presupposto che l'ordinamento giuridico veda con favore l'istituto transattivo (per ovvi motivi di riduzione della litigiosità sociale, fonte di svariati guai e costi, diretti ed indiretti)¹²⁵,

produce effetto» di cui all'art. 1304 cod. civ., anche ammesso che si riferisca pure al rapporto esterno col creditore, oltre che al rapporto interno tra condebitori (tale fu verosimilmente l'intenzione del legislatore storico), andrebbe comunque interpretata, non potendosi accettare il vecchio brocardo *in claris non fit interpretatio*. Anche il testo apparentemente più chiaro, infatti, non si esime dalla necessità di venire interpretato, come insegnano gli studi di teoria dell'interpretazione; oggi lo insegna pure un'interessante sentenza della Cassazione, che, richiamandoli, giunge ad ammettere l'interpretazione antiletterale o apparentemente tale (Cass. 20.06.2007 n. 14376, Publiemme srl c. Amm. Fin. Stato, in *Corr. giur.*, 2008, 825, nota di Pelagatti G.).

¹²⁵ Credo che non manchino tra le pieghe dell'ordinamento appigli normativi, che giustifichino tale conclusione: penso alle conciliazioni giudiziali facilitate a vario titolo (tramite un'imposizione fiscale favorevole, l'attribuzione della qualità di titolo esecutivo all'accordo, etc.). Anche un giurista positivo, strutturalista e alieno da riflessioni funzionali come Kelsen, alla fine ammette che «il diritto è indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace», essendo la pace «una condizione in cui non viene usata la forza» (ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1952, 21 e risp. 22: l'a. lo dice in relazione al fatto che l'ordinamento vieta l'uso della forza in capo agli individui, lasciandone il monopolio ad appositi organi). Successivamente Kelsen, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, rettificò l'opinione, sostituendo il concetto di 'pace', come fine del diritto, con quello di «sicurezza collettiva» (prendo da N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*,

un criterio, alla luce del quale sciogliere il dubbio sulla correttezza della tesi qui in esame potrebbe essere il seguente: quale delle due impostazioni favorisce maggiormente la diffusione del ricorso allo strumento transattivo? Verosimilmente quella qui seguita.

Infatti, con riferimento alla transazione non profittata, mentre i creditori ‘portano a casa’ la prestazione *ex* transazione con qualunque delle due opposte tesi, il condebitore transigente, invece, secondo la tesi tradizionale sarà (assai) disincentivato a transigere. Egli infatti rischia di dovere pagare sia il creditore *ex* transazione, sia poi i consorti (compulsati dal creditore) in regresso sulla base della obbligazione originaria. Se la tesi che favorisce maggiormente il ricorso alla transazione è dunque quella che estende l’effetto di liberazione ai non transigenti, direi di considerare quest’ultima preferibile rispetto all’altra.

Un ultimo motivo a sostegno della tesi in esame. Essa è anche più coerente con l’opinione (incontrastata) relativa alla transazione *pro quota*. Quest’ultima, si ritiene concordemente, opera uno stralcio della quota dello stipulante dal totale del debito: nel senso che questo continuerà bensì

Bari, 2007, 182 s., ove altri dettagli). Un cenno sull’«effetto, di grande rilievo dal punto di vista sociale, della composizione convenzionale della lite» sta nella Relazione del Guardasigilli al cod. civ., cit., 563, § 772, per giustificare la scelta di porre come presupposto della transazione la *res litigiosa*, non la *res dubia*.

a gravare sui condebitori non transigenti, ma ridotto della quota oggetto della transazione¹²⁶. Ebbene, che detta quota venga transatta al 40, al 50 o al 70 per cento, è irrilevante per gli altri condebitori: per essi il debito originario, cui continuano ad essere tenuti, viene ridotto per l'intera quota dello stipulante, quale che siano i termini economici della transazione. Nessuno, infatti, si è mai sognato di sostenere che, transatta la quota del condebitore transigente al 60 per cento, il creditore può continuare a chiedere agli altri consorti, oltre alle quote rimanenti, pure il residuo 40 per cento della quota oggetto di transazione. Non vedo allora perché ciò possa avvenire, qualora la transazione sia sull'intero: quando il creditore dispone di un suo bene (quale che sia: il *totum* o la *pars*) verso un condebitore, ne dispone irrimediabilmente anche verso tutti gli altri.

¹²⁶ Tra i molti: M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 301; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., 278 s.; A. RICCIO, *Le obbligazioni solidali*, in *Le obbligazioni*. I) *Le obbligazioni in generale* a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, 1279. Anche in giurisprudenza l'affermazione è costante (*rectius*, tralaticia): tra le molte v. Cass. 17.01.2013 n. 1025; Cass. 24.01.2012 n. 947; Cass. 27.03.2007 n. 7485; Cass. 17.05.2002 n. 7212; Cass. 03.07.2001 n. 8991; Cass. 26.04.2000 n. 5344; Cass. 12.11.1999 n. 12.558; Cass. 27.03.1999 n. 2931.

8. *La dichiarazione di profittare è negoziale ed integra un contratto plurilaterale e/o un contratto per adesione?*

Taluno ha contestato la natura negoziale della dichiarazione di profittare emessa dai condebitori non transigenti¹²⁷.

La motivazione di questa sorprendente affermazione è la seguente. Si parte dal presupposto che la dichiarazione *ex art.* 1304, potendo essere sollevata solo da chi è convenuto per l'adempimento (in via giudiziale o anche solo stragiudiziale), e svolgendo quindi in pratica una funzione vicina a quello dell'eccezione nel processo, non costituisce negozio, ma semplice atto giuridico. Ciò perché non è un atto di autonomia né in via diretta, visto che non stabilisce un determinato assetto di interessi, né in via indiretta, visto che non aderisce a quanto predisposto da altri soggetti.

Il dichiarante non diventa parte della transazione, che altrimenti diverrebbe contratto plurilaterale: egli si limita ad avvalersi di alcune conseguenze della transazione stessa. E non potrebbe essere diversamente, dato che tra il creditore e i condebitori non transigenti non c'è ancora una lite, nemmeno potenziale, e quindi manca il presupposto della transazione: tra il condebitore dichiarante e il creditore non esiste alcun contrasto.

¹²⁷ M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 35-41, soprattutto 35-38.

Inoltre, emessa la dichiarazione di profittare, le parti stipulanti la transazione risulterebbero ineluttabilmente legate da un (nuovo) vincolo contrattuale, senza avere alcun potere di reazione, come dovrebbe invece succedere attribuendo alla dichiarazione di profittare valore e funzione equivalenti a quelli assolti dalla proposta o accettazione di un contratto: il che sarebbe in contrasto con le regole generali sulla conclusione del contratto. Né si può pensare che la transazione costituisca per i non stipulanti una mera proposta, come la stipula del contratto iniziale nei contratti di adesione, visto che come detto manca il presupposto della lite verso i non stipulanti¹²⁸.

Tutto ciò sarebbe confermato dalla giurisprudenza, che permette anche al difensore di emettere tale dichiarazione munito del normale *ius postulandi*, anche senza che egli abbia ricevuto un mandato speciale¹²⁹.

¹²⁸ M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 37.

¹²⁹ A parte Cass. 29.08.1995 n. 9101 (*dictum* stringato e sostanzialmente immotivato), segnalo Cass, 15.05.2003 n. 7548, per la quale «ulteriore conseguenza che deriva dall'esser la transazione conclusa tra il creditore e un condebitore solidale un contratto perfetto e non in itinere, è che la predetta dichiarazione, per la quale vige il principio della libertà della forma, può esser effettuata anche dal procuratore alle liti del condebitore rimasto estraneo alla pattuizione, senza che occorra un mandato speciale, e manifestata al procuratore alle liti del creditore, perché con essa non si conclude un contratto, ma si esercita un diritto potestativo, che attiene alla condotta della causa e non alla

Addirittura, questa dottrina, partendo dal presupposto –come detto– che la dichiarazione *ex art. 1304*, può essere sollevata solo da chi è convenuto per l'adempimento (in via giudiziale o anche solo stragiudiziale), sostiene che la dichiarazione medesima emessa al di fuori di un problema di immediato adempimento equivale ad una modifica del contenuto del rapporto primitivo, comportando una variazione quantitativa o qualitativa degli obblighi gravanti sul debitore¹³⁰. Il che sarebbe ammissibile, ma si uscirebbe dall'ambito di applicazione dell'art. 1304 per entrare in quello dei negozi giuridici¹³¹. In tale caso non si tratte-

disposizione di essa (Cass. 24/1968)». L'affermazione, a mio sommo avviso, ha dell'inverosimile: come si possa negare che la dichiarazione *ex art. 1304 cod. civ.*, per il solo fatto di limitarsi a paralizzare la domanda attorea, costituisca atto dispositivo del rapporto *sub iudice*, proprio non riesco a spiegarmelo! Tra l'altro questa affermazione viene fatta derivare, se ben intendo, dal fatto che la dichiarazione *de qua* non si inserisce nell'iter formativo, ma aderisce ad un contratto già perfetto: come se non esistesse l'estensione soggettiva dei contratti plurilaterali, c.d. contratti per adesione (si pensi anche all'aumento di capitale sottoscritto da nuovi soci nelle società di capitale)!

¹³⁰ M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 39 ss. Questa seconda parte del ragionamento è svolto per la solidarietà attiva: tuttavia mi pare applicabile, nell'ottica dell'a., anche alla solidarietà passiva.

¹³¹ Ora condivide l'utilizzabilità dell'art. 1304 cod. civ. solo in via di eccezione (quindi in presenza di lite col condebitore profitante), pena una inaccettabile modifica unilaterale del titolo originario, G. GITTI, *I contratti*, cit., I, 215.

rebbe più dell'esercizio di un diritto potestativo, cui il destinatario non può rifiutarsi, sicché la dichiarazione *de qua* diverrebbe efficace solo se non intervenisse un rifiuto della controparte. Bisognerebbe poi che ci fosse una causa che la sostenesse: il rinvio *per relationem* alla transazione intervenuta, infatti, non garantirebbe sufficientemente la conformità della fattispecie alle regole legali di validità e di efficacia, dato che non sarebbe più possibile l'automatico riconoscimento quale contratto tipico (transazione).

In breve la dichiarazione di profittare espressa in via diretta o di azione (anziché di eccezione) è sì un negozio giuridico, ma non una transazione, e la controparte¹³² potrà anche rifiutare questa dichiarazione: infatti non si può ammettere che la modifica del contenuto del contratto avvenga per imposizione unilaterale di uno dei consorti¹³³.

La tesi lascia perplessi non poco. Senza voler contestare passaggio per passaggio, soprattutto non condivisibile è la distinzione tra dichiarazione di profittare emessa in posizione di convenuto-giudiziale o stragiudiziale- per l'adempimento e la medesima dichiarazione emessa in via diretta o

¹³² Il debitore, visto che Costanza ne parla a proposito della solidarietà attiva; ma dovrà dirsi lo stesso per il creditore, in caso di solidarietà passiva.

¹³³ Così M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 40 s. Su posizione simile C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, in *I contratti in generale* dir. da Alpa e Bessone, IV, 1, Torino, 1991, 48 s.: la dichiarazione di profittare è atto (unilaterale) non negoziale, che non gli conferisce la qualità di parte.

di azione. La legge non distingue e quindi la permette in entrambi i casi con la medesima valenza: quella desumibile dal 1304. Inoltre, il rapporto tra le parti viene modificato esattamente nello stesso modo in entrambi i casi: la presenza o l'assenza della domanda attorea (giudiziale o stragiudiziale qui non conta) è del tutto irrilevante¹³⁴. Che tale modifica sia fatta valere in via di eccezione (perché il condebitore, rimanendo comunque debitore, resta 'alla finestra' ad attendere il creditore) oppure in via di azione, qualora per qualsiasi motivo il condebitore abbia interesse ad attivarsi per primo con domanda di accertamento (o anche stragiudizialmente tramite raccomandata di adesione), non fa differenza: la modifica sul rapporto anteriore è la medesima.

Dire, poi, che la dichiarazione emessa da un condebitore non transigente *ex art.* 1304 -quindi come eccezione per paralizzare la richiesta del creditore- non costituisce un atto di autonomia, perché né stabilisce un assetto di interessi né aderisce a quanto stabilito da altri, ci pare errato radi-

¹³⁴ Nell'ottica della tesi ora esposta, bisognerebbe semmai distinguere tra dichiarazione di profitramento emessa dopo il sollecito stragiudiziale, da un lato, e dichiarazione emessa dopo l'inizio del processo, dall'altro. Solo alla seconda, infatti, si attaglia il ragionamento della SC (richiamato da Costanza), secondo cui «con essa non si conclude un contratto, ma si esercita un diritto potestativo, che attiene alla condotta della causa e non alla disposizione di essa» (v. sopra nt. 129): non si attaglia invece alla richiesta stragiudiziale.

calmente. Al contrario, il dichiarante vuole esattamente appropriarsi –per quanto gli compete– di quanto già disposto dagli altri e quindi vuole proprio stabilire un certo assetto di interessi per la propria sfera giuridica. Il fatto che egli, anziché elaborarlo direttamente, si riferisca a quanto elaborato da altri, non significa alcunchè in termine di negoziabilità o meno della fattispecie. Precisamente egli dà un assetto ai propri interessi tramite l'adesione ad un contratto da altri stipulato.

Non si può quindi parlare di semplice atto giuridico. Sul punto va ricordato che, secondo una rigorosa riflessione teorica, il criterio di distinzione tra negozio e atto giuridico consiste nella situazione di interesse, da cui muove la dichiarazione. Nella dichiarazione di volontà non negoziale l'interesse da essa evidenziato non è un interesse nuovo per il diritto, cioè un interesse che il diritto sia chiamato a valutare per la prima volta per adeguarvi gli effetti giuridici. Si tratta invece di interessi che il diritto ha già conosciuto, valutato e reso giuridicamente efficaci e che tuttavia sono suscettibili di sviluppi interni, che appunto vengono promossi dalla dichiarazione di volontà non negoziale: come ad es. per l'intimazione di pagamento, per le opposizioni (al matrimonio, alla divisione, alla restituzione delle cose depositate), per le dichiarazioni di riserva (in materia di remissione, di solidarietà passiva, di appalto), per le richieste, per le istruzioni, per gli ordini e atti

similari. L'opposto avviene per la dichiarazione di volontà negoziale¹³⁵.

Ebbene, stante questo concetto di dichiarazioni non negoziali di volontà, non è possibile sussumervi la dichiarazione di profittare *ex art.* 1304. Essa consiste sempre (anche se successiva ad una richiesta creditoria) in un atto, con cui il condebitore profittante chiede all'ordinamento una valutazione della disposizione programmata (estensione soggettiva del regolamento transattivo): non costituisce affatto lo svolgimento di una situazione già valutata, come per gli atti volontari non negoziali.

Né è corretto dire, per tornare alla tesi di Costanza, che in caso di dichiarazione emessa in via diretta o di azione si modificherebbe il rapporto, ciò che non avverrebbe nel caso di emissione quando il dichiarante è convenuto. Come anticipato sopra, in entrambi i casi l'effetto sul rapporto è uguale: viene limitata la pretesa creditoria

¹³⁵ V. soprattutto A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 1 ss. e 53 ss. (al quale appartiene l'esemplificazione di cui al testo), seguito da V. SCALISI, *La teoria*, in *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 1 ss. e 57, nt. 137. Detto criterio era stato sviluppato con ampiezza, ma anche con lodevole chiarezza, già da V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, 305-356, *passim*, soprattutto 338 s. (v. anche alle pp. 321 s. la distinzione tra mutamento 'del' diritto, proprio dei negozi giuridici, e mutamento 'nel' diritto, propria degli atti non negoziali). Simile è la posizione di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 251.

(con conseguente rigetto nel merito, se già in giudizio o se vi verrà portata) e si producono i relativi aggiustamenti nei rapporti interni, in vista del regresso¹³⁶.

Sotto questo profilo, dunque, non ravvisiamo diversità di funzione tra dichiarazione emessa in via di azione e dichiarazione emessa a seguito di domanda di adempimento.

Il punto critico, piuttosto, con ragione evidenziato da questa dottrina, è quello della possibile assenza di lite tra creditore e condebitori non transigenti. Di fatto la lite vi sarà quasi sempre, ma non è detto: primo, perché può essere mancata l'esternazione della pretesa creditoria a tutti, quando ad es. l'intimazione stragiudiziale o l'atto di citazione sia stato rivolto solo ad alcuni condebitori; secondo, perché, anche se questi atti siano stati inviati a tutti i condebitori, può essere che alcuni non abbiano sollevato alcuna contestazio-

¹³⁶ La distinzione dell'a. tra emissione in via di azione e in via di eccezione, poi, entra in crisi quando la dichiarazione venga bensì emessa in giudizio dal convenuto ma non in via di mera eccezione, bensì di eccezione riconvenzionale o addirittura di domanda riconvenzionale (di accertamento o di condanna all'esecuzione di una qualche controprestazione). Secondo questa teoria, sarebbe ammissibile o no? o meglio, sarebbe profittamento di una transazione o qualche cosa d'altro? Tale distinzione entra in crisi anche quando il processo si estingue, mi pare: che ne è di tale eccezione/dichiarazione? Si estingue forse ogni effetto (art. 310 cod. proc. civ.), essendo solo processuale e non sostanziale?

ne¹³⁷ (ad es. perché la contestazione sollevata dal primo era a lui strettamente personale) e pur tuttavia abbiano poi profittato.

Effettivamente, dunque, in tali casi tra costoro e il creditore non ricorre quella litigiosità che è presupposta dalla disciplina della transazione: per lo meno seguendo la preferibile opinione secondo cui, da un lato, 'lite' *ex art.* 1965 è solo quella portata in giudizio e, dall'altro, non è sufficiente la sola incertezza, richiedendosi almeno una pretesa contestata¹³⁸.

¹³⁷ In generale, la pretesa non contestata non può portare ad una valida transazione, in quanto l'oggetto della medesima sarebbe indeterminato (G. GITTI, *L'oggetto*, cit., 233 s.).

¹³⁸ Questione classica della transazione. Alla tesi seguita nel testo (la soglia temporale, che permette la transazione, sta nella esternazione di pretesa e contestazione; prevenire la lite significa 'evitare il giudizio') si contrappone altra tesi, che anticipa la soglia temporale della stipulabilità della transazione (allargandone quindi l'ambito di applicazione) al momento della mera incertezza, pur se ancora non siano state esternate le rispettive contrapposte pretese. Il primo orientamento è seguito dalla maggioranza della dottrina (da vedere, poi, quale precisione e determinatezza debbono avere la pretesa e la contestazione, punto qui non affrontabile): E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., 13 s. e aa. ivi citt. in nt. 37; *adde* successivamente: M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 14-22; F. PALAZZO, *La transazione*, cit., 385 s.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 12, testo e nt. 18; M. A. FINO, *Transazione. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 295 ss. e 297 s. (se ben intendo). Al secondo fa capo E. VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1986, 206 ss. Si

Ciò però non impedisce di accogliere la tesi dell'adesione negoziale alla transazione già intervenuta. Mi pare infatti che vada pianamente spiegato in termini di anticipazione cronologica del momento, a partire dal quale si può stipulare la transazione: una anticipazione (infatti potrebbero non essere ancora state esternate pretesa e contestazione) relativa alla ipotesi di pluralità di condebitori. La ragione di ciò è ancor una volta il *favor* per la composizione delle controversie e la riduzione della litigiosità sociale. Infatti, visto che si tratta di obbligazione solidale, sarà probabile una successiva esternazione della pretesa pure verso i

badi che, seguendo quest'ultimo orientamento, supereremo l'ostacolo di cui al testo. Il presupposto della transazione, infatti, si verificherebbe anche per i condebitori non transigenti: la pretesa contestata, sorta tra i futuri transigenti, indubbiamente crea anche per i restanti condebitori quella incertezza che giustifica –secondo questa tesi– il ricorso alla transazione. L'oscillazione del concetto di transazione, tra il ristretto ambito della lite (*lis incerta neque finita*) e quello più ampio, comprendente pure l'incertezza (*res dubia*, in quanto non equivalente al primo), ha una storia lunghissima ed è rimasta negli ordinamenti moderni (il secondo è proprio delle codificazioni di lingua tedesca, il primo di quelle francesi e italiane): v. F. TREGGIARI, voce *Transazione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 790 ss., §§ 7-8, spec. 807. Nell'epoca romana tardo-classica prevalse invece l'idea della causa transattiva come mezzo per eliminare una situazione di incertezza tramite un accordo fondato sulla *fides bona*: v. G. MELILLO, voce *Transazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 771 ss., § 7, e spec. 780.

condebitori attualmente non ‘ufficialmente’ in lite; ovvero –se già c’è– sarà probabile la successiva esternazione della contestazione da parte di costoro verso il creditore. Per tale motivo la legge, senza attendere che ciò avvenga, permette da subito una composizione complessiva, aprendo a tutti il contratto stipulato da uno solo dei consorzi¹³⁹.

¹³⁹ Cerdonio, che pure accetta la tesi del negozio unilaterale circa la dichiarazione di profittare, nega si tratti di contratto transattivo per adesione, proprio per la mancanza di lite tra creditore e condebitori non transigenti (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 244 s. e poi 248 s.). Non è chiaro, però, come gli altri condebitori possano estendere a sé un regolamento, che è pur sempre transattivo: se non è transazione ai fini della configurazione come contratto aperto (mancando una lite verso di loro), a quale altro titolo si giustifica l’estensione soggettiva dello stipulato contratto? Si dice che l’art. 1304 cod. civ. vada spiegato ritenendo che la disposizione compiuta dal singolo, in caso di transazione sull’intero, riguarda necessariamente anche i rapporti obbligatori di cui egli non è titolare: sicchè, consistendo l’atto dispositivo in un ‘riconoscimento parziale’ della pretesa creditoria, è logico che tale transazione non possa produrre effetti automaticamente verso gli altri condebitori per i rapporti di cui sono titolari (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 246 s.). Ciò però non supera la perplessità appena evidenziata: l’atto di disposizione sull’intero compiuto dal singolo è una transazione, sicchè rimane oscuro a che titolo possano estendersi i conseguenti effetti giuridici agli altri, nonostante verso di essi manchi il presupposto della litigiosità (è irragionevole, quanto alla tutela degli interessi coinvolti, la conseguente diversità di disciplina, che se ne trae: la forma scritta *ad*

Ebbene, se la dichiarazione di profittare fa diventare il dichiarante parte del contratto di transazione, si realizza la fattispecie del contratto plurilaterale¹⁴⁰; è del resto principio ricevuto, ormai, che tale contratto non riguarda solo quelli a scopo comune *ex art.* 1420 cod. civ. (e quindi anche artt. 1446, 1459 e 1466 cc)¹⁴¹. La dichiarazione *de*

substantiam e *ad probationem*, necessaria per il condebitore transigente, non lo per l'adesione degli altri: G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 253 s. che nelle pp. seguenti affronta il problema del momento ultimo entro cui l'adesione può essere emessa). Non mi sembra una spiegazione nemmeno il dire che il profittante resta estraneo alla transazione, pur potendo beneficiarne degli effetti, trattandosi quindi di uno dei casi previsti dalla legge fatti salvi dall'art. 1372 co. 2 cod. civ. (M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. della res. civ.*, Milano, 2004, 709 s.): così infatti non si spiega il meccanismo giuridico, sottostante all'esercizio del diritto di profittare.

¹⁴⁰ Che la transazione stipulata da più di due parti costituisca contratto plurilaterale è comunemente ammesso: A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 678, includendola tra quelli *ex* 1420 cod. civ.; G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, 16-20 (e gli studi qui citt. a p. 18, nt. 20); G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, artt. 1453-1459*, in *Il cod. civ. Comm.*, Milano, 2007, 798.

¹⁴¹ G. VILLA, *Inadempimento*, cit., 41; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.* Iudica Zatti, Milano, 2000, 131, espressamente ricordando la transazione; V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 531 ss., soprattutto §§ 3-4. Esclude che la categoria del contratto plurilaterale comprenda solo quelli con

qua, in particolare, realizza tale fattispecie col *modus procedendi* proprio del contratto per adesione *ex art. 1332*¹⁴²: norma la cui funzione è anzitutto quella di consentire la possibilità di adesione di nuove parti, senza che sia necessario passare per un nuovo procedimento di formazione fra le parti del contratto già perfezionato e la nuova parte¹⁴³. Si tratta naturalmente di esercizio di un diritto di fonte legale, anziché contrattuale (cioè di un diritto potestativo *ex lege*): ma non ci pare che impedisca di richiamare il meccanismo e gli effetti propri dell'art. 1332 ed in particolare l'assunzione della qualità di parte nel condebitore che dichiara di profittare¹⁴⁴.

organizzazione comune G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, artt. 1453-1459*, cit., 798.

¹⁴² Così Santoro Passarelli, Bianca, Palazzo ed Amorth, citati da G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 243, nt. 413.

¹⁴³ Così F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 139 ss. e 143. Nell'art. 1332 cod. civ., infatti, va ravvisato un profilo normativo del contratto plurilaterale (E. CESARO, *Un problema di identificazione: il contratto cosiddetto aperto*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, Napoli, 1983, 347 ss. e 359). Questo a. però fa rientrare nel contratto aperto essenzialmente i contratti associativi (v. E. CESARO, *Un problema*, cit., 383, nonché soprattutto E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, 38).

¹⁴⁴ La pensa all'opposto C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, cit., 47 s., secondo cui l'art. 1332 cod. civ. richiede una clausola contrattuale di apertura e un ulteriore consenso dei contraenti originari, dato che essi non sono obbliga-

Un motivo teoricamente ostativo a questa duplice conclusione potrebbe ravvisarsi nel fatto che la transazione è contratto non plurilaterale, bensì bilaterale a parte complessa nel lato debitorio¹⁴⁵. In realtà tale ostacolo non dovrebbe esistere e ciò per due motivi. Il primo è che di fronte al

ti ad accettare la richiesta di adesione (almeno secondo certa dottrina).

¹⁴⁵ Col che si escluderebbe sia la figura del contratto plurilaterale, sia quella del contratto per adesione *ex art. 1332 cod. civ.* Anche quest'ultima, infatti, riguarda la partecipazione di un soggetto esterno ad un regolamento già formato, in cui le volontà assumono ciascuna un ruolo autonomo: in breve, quando si aggiunga un soggetto ad un contratto plurilaterale già stipulato (pacifico: v. F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 139 ss. e 142). Il modulo procedimentale *ex art. 1332 cod. civ.*, invece, non riguarda il diverso caso, in cui si aggiunga un membro interno ad una parte complessa, che ha solo 'iniziato' la procedura formativa di un contratto bilaterale, ad es. la costituzione di servitù a carico di fondo in comproprietà (E. CESARO, *Contratto*, cit., 35-44 *passim*): in tale caso il contratto non è formato sino a che non abbia dato il consenso l'ultimo membro della parte complessa. Il modulo *ex art. 1332 cod. civ.*, poi, non riguarda nemmeno il caso (diverso dal precedente) del contratto plurilaterale in itinere, non ancora formato, in quanto ancora non sono stati raccolti i consensi di tutti i soggetti che devono prendervi parte (A. ORESTANO, *L'adesione al contratto aperto*, in *Tratt. del contr.*, I) *Formazione* a cura di Granelli, Milano, 2006, 267 ss. e 268.): come avviene per i comproprietari nel contratto di divisione della cosa comune ovvero per coloro che sarebbero legittimari al momento della stipula nel patto di famiglia (almeno secondo la sua preferibile ricostruzione).

creditore non sta una parte complessa (come sarebbe in caso di comunione) ma una pluralità di condebitori titolari ciascuno di un diverso rapporto obbligatorio, almeno secondo la preferibile ricostruzione della solidarietà passiva¹⁴⁶. Il secondo

¹⁴⁶ Questo motivo potrebbe essere ritenuto debole per la opinabilità della tesi della pluralità dei rapporti nella obbligazione solidale. Pur essendo questa la tesi preferibile e seguita dalla maggioranza di dottrina e giurisprudenza, non va dimenticato che a favore della unicità del vincolo si è pronunciato uno dei più approfonditi studi sulle obbligazioni soggettivamente complesse (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 211 s.). Nello stesso senso anche altri aa.: ad es. B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, Napoli, 1984, 26-33; Miraglia, che estende addirittura l'unicità anche alle obbligazioni ad interesse unisoggettivo (C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, ESI, 1984, 56 ss., 70 ss., 97 ss., 112 ss., 136), per le quali Busnelli invece ammette la pluralità; ora segue Busnelli il pregevole lavoro di A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 27-49, *passim*. A parte altre obiezioni, già le 'modalità diverse' ex art. 1293 cod. civ. mi paiono incompatibili con l'unicità di vincolo, quantunque tra esse si escluda la condizione e le si limiti ad es. a modalità esecutive (conf. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 161 s.; contra F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 93 s., ma in modo sostanzialmente immotivato); per non dire, poi, che il paragone tra detta norma e il corrispondente art. 1187 cod. civ. previg. lascia intendere abbastanza chiaramente che la norma attuale abbia voluto comprendere sia condizione che termine (infatti l'art. 1293 cod. civ. non è altro che la riproposizione della prima parte del previg. art. 1187, solo omettendo quella della seconda parte, in cui però condizione e termine figuravano come meri esempi della regola posta dalla prima parte). In ogni caso, mi pare incompatibile con la unicità soprattutto il

concetto stesso di vincolo o di obbligazione: «l'obbligazione giuridica è un dovere di condotta, ma un dovere è concepibile solo per un soggetto» (E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, 199). Se la prestazione, oggetto dell'obbligazione, consiste nel comportamento dovuto per il soddisfacimento dell'interesse creditorio (F. GAZZONI, *Manuale di dir. priv.*, Napoli, 2006, 557; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* dir da Iudica-Zatti, Milano, 1990, 134 ss.) o se la prestazione dovuta concerne bensì il risultato, inteso come realizzazione dell'interesse creditorio, ma non 'comunque conseguito' bensì conseguito attraverso il comportamento a ciò finalizzato del debitore (A. DI MAIO, *Delle obbligazioni*, cit., 111 e 116; M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 43-49 ma anche 49-57), allora ad ogni soggetto debitore non può che corrispondere un diverso comportamento e quindi un diverso vincolo. Dire, come fa Busnelli, che si deve distinguere la titolarità del dovere dalla sua esecuzione (*rectius*: dall'esercizio del diritto: F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 211 s.) mi pare un sofisma: l'obbligazione ha riguardo proprio e solo al comportamento debitorio e la sua titolarità in null'altro si risolve che nell'individuare chi debba tenere il comportamento medesimo (Busnelli ipostatizza l'obbligo e utilizza il termine per indicare una realtà a sé stante, diversa da quella in cui si trova il soggetto obbligato, che non è facile capire in cosa consista: così S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa*, Milano, 2002, 101 s.; anche per N. IRTI, *Sul concetto di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 501 ss. e 517 s., la titolarità serve a riferire l'azione dovuta e/o svolta ad un determinato soggetto). La titolarità di un unico dovere, che può essere realizzato da altri, mi risulta incomprensibile. Non c'è 'necessità di agire' a carico di un soggetto con riferimento al comportamento dei suoi consorti, quando per Busnelli l'obbligo come necessità di agire può riferirsi ad una pluralità di soggetti: la

motivo sta nel fatto che la dichiarazione di profit-
tare determina automaticamente anche la defini-

necessità non può che riferirsi a comportamenti del soggetto, su cui essa grava. Né mi pare che l'unicità della necessità di agire in capo ai condebitori discenda dalla unicità dell'interesse creditorio (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 212): non vedo nesso logico. L'interesse creditorio è sufficiente che venga soddisfatto con la modalità solidale, irrilevante restando -a livello ricostruttivo- se in esecuzione di un solo obbligo o di più obblighi: l'osservazione dell'insigne a. pare la conseguenza di una simmetria solo formale (unicità di interesse nel lato attivo →unicità di vincoli nel lato passivo), il cui senso giuridico mi sfugge (per non dire poi che, secondo B., l'obbligo, unico come titolarità, si diversificherebbe in più obblighi nella fase dell'esercizio: cioè proprio nella fase cui il creditore è più interessato ed in cui massima dovrebbe essere la sua protezione). La tesi, insomma, mette in relazione due termini che stanno su piani diversi (l'interesse da soddisfare e il vincolo a ciò finalizzato: l'uno è l'obiettivo, l'altro lo strumento approntato dall'ordinamento per conseguirlo) e per i quali non ha senso cercare una simmetria formale quanto alla loro unicità o pluralità. La pluralità di vincoli, anche limitatamente alla fase di esecuzione, secondo la tesi di Busnelli, non è solo eventuale (così invece A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 42, nt. 126), ma è da subito una pluralità reale: il vincolo non sorge solamente quando è fatto valere – cioè quando è azionato –, ma deve necessariamente (logicamente) preesistere. Ammettere un unico vincolo sarebbe forse possibile mantenendo nel concetto di obbligazione (o di prestazione dovuta) solo il risultato ed espungendovi il comportamento: il che però non è sostenuto da alcuno, mi pare (in A. DI MAIO, *Delle obbligazioni*, cit., ai §§ 23-26 trovi ampio esame dell'annosa questione intorno alla struttura dell'obbligazione, con riferimento alla coppia concettuale comportamento/risultato).

zione (in una certa misura: v. § succ.) dei rapporti interni tra condebitori: il che comporta che ciascuno di essi agisca come autonomo centro di interessi e dunque che il contratto sia innegabilmente a più parti¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Si potrebbe controreplicare che, anche dopo l'adesione, la transazione non perde il carattere bilaterale a parte complessa, dovendosi in essa ravvisare due contenuti, reciprocamente non comunicanti (forse addirittura due atti distinti e collegati): uno che riguarda i rapporti interni e l'altro che riguarda i rapporti esterni. Quest'ultimo continuerebbe a restare espressione di un accordo bilaterale a parte complessa. Si tratterebbe eventualmente di collegamento unilaterale, dato che solo il regolamento del lato esterno condizionerebbe quello del lato interno, non viceversa (se infatti quest'ultimo cadesse, resterebbe fermo il regolamento del lato esterno). Effettivamente, allora, la successiva adesione alla transazione da parte dei condebitori non transigenti potrebbe configurarsi –nell'ottica del rapporto esterno- come integrazione della parte complessa. Inoltre, si è fatto notare che, secondo l'art. 1321 cod. civ., nel contratto le parti regolano un rapporto 'tra loro' (S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa*, Milano, 2002, 87, nt. 81), per confermare che i membri della parte complessa non instaurano rapporti 'tra loro', ma solo con la controparte comune. Ebbene, nel nostro caso la porzione dell'accordo, concernente il lato esterno (col creditore), non concerne i rapporti interni tra condebitori: così come la disciplina di questi ultimi *inter se* non riguarda il creditore e ciò anche seguendo la teoria della pluralità – anziché unicità – di rapporti debitori. La questione andrebbe approfondita. Tuttavia uno dei principali problemi circa i contratti bilaterali a parte complessa (quello della formazione del contratto) è risolto dall'art. 1304 cod. civ., che ammette

Non è invece condivisibile l'affermazione, secondo cui il modulo procedimentale *ex art.* 1332 si applica bensì ai soli contratti plurilaterali (e non a quelli bilaterali per il completamento della parte complessa), ma -tra questi- solo a quelli associativi e/o con scopo comune¹⁴⁸. La norma, al contrario, non pone alcuna limitazione né diretta né indiretta. L'impressione, però, è che tale dottrina opini in tal senso solamente (diciamo così) per carenza di immaginazione: cioè per non riuscire ad immaginare altri contratti plurilaterali, oltre a quelli con comunione di scopo o associativi. Tuttavia, laddove altri ne esistano, pure a questi andrà applicato l'art. 1332: sempre che il contratto

la transazione stipulata da uno solo dei condebitori e il diritto per gli altri di aderirvi in seguito.

¹⁴⁸ E. CESARO, *Contratto*, cit., 40 ss.; M. GARUTTI, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Studi in onore di M. Giorgianni*, ESI, 1988, 319 ss.; A. RAVAZZONI, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, IV, Napoli, 1972, 80 ss., soprattutto 84 s.; F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., 139 ss., soprattutto § 9 a p. 150; U. LA PORTA, *Delle obbligazioni*, cit., 265. Critico invece A. ORESTANO, *L'adesione*, cit., 275; ammette contratti aperti anche al di fuori di quelli associativi S. MAIORCA, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, 27 (l'a., per evitare confusioni terminologiche, riserva l'aggettivo 'plurilaterali' a quelli *ex art.* 1420 ss. cod. civ. ivi, p. 7). Addirittura l'art. 1332 cod. civ. si applicherebbe anche ai contratti di scambio, contenenti una pattuizione di apertura ai terzi: A. GNANI, *L'adesione del terzo al contratto. Art. 1332*, in *Il cod. civ. Comm.*, Milano, 2014, *passim*, ad es. 69 s. e 82 ss.

possa reputarsi concluso anche prima della adesione del terzo, come appunto succede nella transazione *de qua*.

Nemmeno è esatto dire che l'art. 1304 non prevede un contratto per adesione, dato che esso suppone una transazione 'limitata negli effetti ad uno solo dei consorti'. E' vero che le parti possono pattuire l'apertura al terzo, si osserva: tuttavia in questo caso la figura del contratto aperto (cioè *ex art.* 1332) risulta inutile, in quanto il diritto potestativo di profittare *ex art.* 1304 già realizza e assorbe l'interesse di adesione del terzo *ex art.* 1332¹⁴⁹. Il ragionamento non ci è chiarissimo. Sotto il profilo oggettivo, la transazione deve essere sull'intero, dato che l'art. 1304 non è applicabile a quella *pro quota* (come sopra visto). Sotto il profilo soggettivo, è ovvio che detta transazione produrrà effetti solo per i condebitori stipulanti (uno o più di uno: non capiamo perché l'a. dica 'limitata negli effetti ad uno solo'): ma è proprio la sua estendibilità a quelli non stipulanti in forza di loro dichiarazione, che giustifica il richiamo del meccanismo del contratto aperto *ex art.* 1332. In sostanza, che il diritto potestativo del terzo di creare un vincolo tra sé e gli stipulanti di un contratto sorga per legge (art. 1304) oppure per clausola *ad hoc* nel contratto medesimo (art. 1332) non ci pare costituisca differenza sufficiente per impedire l'applicazione alla prima fat-

¹⁴⁹ A. GNANI, *L'adesione del terzo al contratto. Art. 1332*, cit., 76, nt. 107.

tispecie di molte delle regole previste per la seconda.

Riassumendo sul punto, l'ostacolo vero alla configurazione di un'adesione alla luce dell'art. 1332 è costituito dalla possibilità che verso il condebitore profittante manchi il presupposto della transazione, cioè l'esternazione di una pretesa contestata. Ma come detto sopra, se tale possibilità è innegabile, la legge ha tuttavia permesso di estendere la transazione pure a questo condebitore: e ciò per favorire il generale obiettivo della composizione dei contrasti¹⁵⁰.

¹⁵⁰ La ricostruzione in termini di adesione ad un contratto aperto (per legge) dovrebbe valere soprattutto per chi esclude la estensione automatica dell'effetto 'estintivo' della pretesa creditoria ai condebitori non transigenti. Per chi invece l'affermi e affermi quindi che l'eventuale dichiarazione di profittare innovi solamente nel lato interno (*id est* nei regressi), potrebbe alternativamente proporsi una diversa ricostruzione, dato che – a ben vedere – in tale ipotesi le parti del rapporto, che emergerebbe dalla dichiarazione *ex art.* 1304 cod. civ., sarebbero solo i condebitori (transigente e non transigenti), non il creditore. La transazione in tale caso costituirebbe solo uno dei due elementi di una fattispecie complessa, ove il secondo sarebbe costituito appunto dalla dichiarazione di profittare, la cui valenza sarebbe tutta da studiare: potrebbe ad es. essere quella di accettazione di proposta (proveniente dal condebitore transigente, costituita dalla transazione) che conclude quindi un contratto. Oppure la valenza della dichiarazione *ex art.* 1304 cod. civ. potrebbe essere quella di atto unilaterale, che non si fonde in unità contrattuale con detta 'proposta', ma che semplicemente costituisce esercizio del diritto potestativo dalla stessa sorta per legge: il contratto

Che conseguenze si possono trarre dal ravvisare nella dichiarazione di profittare una adesione *ex art. 1332* alla transazione già stipulata? Se ne possono indicare alcune. Una è che tale dichiarazione dovrà essere rivestita a fini probatori della forma scritta richiesta dalla legge per la transazione (art. 1967 cc). Un'altra è che dovrà essere indirizzata a tutti i contraenti della transazione iniziale nonché ai precedenti aderenti¹⁵¹. Un'altra

transattivo peraltro non diverrebbe mero fatto giuridico, se è vero (come ci parrebbe) che dovrebbe comunque essere valido secondo la disciplina degli atti negoziali -ad es. esente da vizi del volere- per generare nei condebitori non transigenti il diritto di profittare (non potrebbe quindi essere ritenuto mero atto giuridico, come opina all'opposto C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti*, cit., 47 s., 44, circa questo e altri casi simili, per i quali egli parla di «efficacia/ rilevanza» verso i terzi, invece che di 'effetti' tipici del contratto).

¹⁵¹ F. REALMONTE, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Tratt. dir. priv.*, XIII, 2, Torino, 2000, 96 ss.; M. GARUTTI, *L'adesione*, cit., 309 ss. e 336. Contra: M. FRAGALI, *sub art. 1332 cod. civ.*, in *Cod. civ. Libro delle obbl. Commentario*, Firenze, 1948, 347 (solo ai contraenti originari). Altre conseguenze, poi, possono ravvisarsi a seconda della preferita ricostruzione della sequenza transazione/dichiarazione di profittare: proposta/accettazione, offerta al pubblico/accettazione, invito ad offrire/proposta/accettazione, etc... Quest'ultima è di certo esclusa nel nostro caso, ove è certo che, una volta inviata la dichiarazione di profittare, gli effetti si producono immediatamente, senza dovere attendere alcuna accettazione da parte degli stipulanti originari. Nel nostro caso la clausola di apertura è di fonte legale, non pattizia. A maggiore ragione quindi è inapplicabile la disciplina di proposta e accettazione nonché quella della

ancora è che il luogo di conclusione sarà, anche per l'aderente, quello in cui è stata conclusa la transazione dagli originari stipulanti¹⁵². Un'ultima

revoca della proposta: così, per la clausola pattizia di adesione, A. ORESTANO, *L'adesione al contratto aperto*, in *Tratt. del contr. dir.* da V. Roppo, I, *Formazione* a cura di Granelli, Milano 2006, 269 ss. e 283, il quale però (pp. 280 ss.) vede nella dichiarazione di adesione non un negozio giuridico, come parrebbe preferibile seguendo Mirabelli, ma un atto formativo post-negoziale (e la clausola pattizia di apertura sarebbe un esempio del c.d. negozio di configurazione). Il che meglio si attaglierebbe, secondo Orestano, ad un atto, che si limita ad estendere il regolamento contrattuale originario ad un terzo, che ne diviene parte: atto, quindi, che si limita ad un estensione soggettiva del medesimo (mi sfugge, sia detto incidentalmente, come si possa negare la natura pienamente negoziale ad un atto, che ha per effetto l'estensione a sé di un regolamento contrattuale creato da altri). Pertanto, prosegue questo a., non applicandosi la disciplina della proposta e dell'accettazione, le parti originarie possono liberamente modificare o eliminare il contratto aperto (nel nostro caso: la transazione) in qualunque momento e senza dovere avvisare i condebitori a pena di inefficacia (A. ORESTANO, *L'adesione*, cit., 283). Ciò parrebbe esatto anche per la transazione, purchè, aggiungerei, la dichiarazione di profittare non sia ancora giunta a tutti: quindi modifica o revoca della transazione sono efficaci anche se la dichiarazione *ex art. 1304 cod. civ.* è stata sì ricevuta da alcuni degli stipulanti originari, ma non da tutti o non da tutti i successivi aderenti ma anteriori all'autore della dichiarazione di profittamento.

¹⁵² A. ORESTANO, *L'adesione*, cit., 281; F. REALMONTE, *L'adesione*, cit., 96 ss. Qui si dovrà però distinguere tra contratto originario, da un lato, e vincolo tra gli originari stipulanti e il terzo profittante, dall'altro. Quest'ultimo vincolo,

è che, come può essere revocata l'adesione *ex art.* 1332 (v. Relaz. del Guardasigilli al cod. civ., n. 611)¹⁵³, così potrà esserlo la dichiarazione di profittare *ex art.* 1304¹⁵⁴.

naturalmente, sarà da ritenere sorto al momento di arrivo a destinazione della dichiarazione di profittare: così A. GNANI, *L'adesione*, cit., 169, circa l'adesione *ex art.* 1332 cod. civ., ma applicabile anche al caso *de quo* (l'a. distingue tra adesione costitutiva e adesione non costitutiva, ad es. pp. 13 e 150 ss.: l'analogia nel nostro caso è con quella costitutiva, e cioè con quella, in cui il vincolo sorge per effetto della sola dichiarazione dell'aderente, senza che residui spazio per una valutazione di convenienza da parte degli stipulanti originari).

¹⁵³ Secondo la Relazione, anche la revoca va indirizzata a tutti i contraenti originari (Relazione al cod. civ. del Guardasigilli Grandi, cit., *sub* n. 611). Ammette la revoca dell'adesione F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., 139 ss. e 143, nt. 15 e testo corrispondente. Quanto all'ipotesi opposta, ammette la possibilità, in un primo momento, di rifiutare l'assenso e, in un secondo momento, di mutare avviso e aderire R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ. Scialoia Branca*, Bologna - Roma, 1970, 160, nonché prima di lui C. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV-2, 3 ed., Torino, 1989, 75. Quest'ultima ipotesi è interessante sotto il profilo teorico (il potenziale aderente ha forse 'consumato' il suo diritto col rifiuto? la revoca è istituto generale, sia per gli atti positivi che per quelli di rifiuto?) e potrebbe avere notevole rilevanza pratica: ma non è qui affrontabile.

¹⁵⁴ Si potrebbe forse approfondire lo studio della figura *de qua*, confrontandola ad es. con il ruolo del contraente ceduto nella cessione del contratto oppure con quello del creditore nell'accollo esterno. Tuttavia a prima vista il confronto non parrebbe utile. Quanto alla cessione del con-

tratto, vanno trascurate, direi, le due teorie ‘estreme’: quella unitaria, da un lato, e quella atomistica, dall’altro. Per la prima, il consenso del ceduto è elemento costitutivo della fattispecie, mentre per la seconda, che ravvisa nella cessione una combinazione di cessione di crediti e accollo di debiti, il consenso del ceduto è identificato in un’adesione del creditore accollatario. Vanno trascurate, dato che nel caso nostro la transazione stipulata è invece efficace da subito, cioè anche senza la dichiarazione di profittarne degli altri condebitori (la quale si limiterà a produrre effetti ulteriori). Per la stessa ragione, però, nemmeno è richiamabile l’opinione che afferma la natura unitaria solo in caso di consenso contestuale da parte del ceduto e qualifica invece come negozio unilaterale di approvazione il suo consenso successivo, fino alla cui emanazione l’iniziale negozio di cessione resta inefficace (per quest’ultima opinione v. A. ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità. II) La struttura del negozio di cessione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 261). Più complesso è dire se sia richiamabile il dibattito intorno alla natura dell’adesione del terzo nell’accollo esterno, la cui rilevanza pratica consiste proprio nel considerare la posizione del creditore come parte oppure come mero beneficiario e quindi terzo (così R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 289, ed ora D. FARACE, *sub art. 1273 cod. civ.*, in *Comm. del cod. civ., Delle obbligazioni. Art. 1218-1276* a cura di Cuffaro, Torino, 2013, 931). Anche qui, che si qualifichi l’intervento creditorio come mera ratifica oppure come accettazione con funzione costitutiva, in ogni caso il contratto di accollo inizialmente è inefficace oppure, rispettivamente, costituisce solo una proposta di contratto (sul dibattito v. R. CICALA, voce *Accollo*, cit., 282 ss., al § 5., ricordato ad es. da U. STEFINI, *Solidarietà e sussidiarietà nell’assunzione cumulativa del debito altrui*, in www.juscivile.it, § 6): ben diversamente da quanto avviene nella transazione stipulata tra creditore e uno (o più) dei condebitori, come ricordato appena so-

In generale, comunque, aderendo a questa impostazione, diverrebbe opportuno un esame analitico di quali, delle regole desumibili dall'art. 1332, possano essere applicate al caso *de quo*¹⁵⁵.

9. *Segue: la stima della diversa prestazione in caso di transazione novativa o di transazione cd. mista 'ex' 1965 co. 2.*

Una delle conseguenze principali della intervenuta dichiarazione di profittare è che il condebitore transigente, che avesse già pagato il creditore, in sede di regresso applicherà le quote di debito all'importo concordato in transazione: infatti la transazione definisce i rapporti non solo esterni, ma anche interni (cioè tra condebitori).

pra in questa nota. Tuttavia, se si ritiene che il contratto di accollo esterno si converte in accollo interno in mancanza del consenso creditorio (così U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2009, 296, per il quale tuttavia non si tratta di conversione, ma di normale applicazione della disciplina del contratto a favore di terzo), la sua distanza dalla dinamica giuridica della transazione sull'obbligazione solidale si accorcia: la stipulazione originaria, infatti, rimarrebbe in ogni caso produttiva di effetti.

¹⁵⁵ Non vi è di ostacolo il fatto che il profittamento del terzo determini una rimodulazione del *quantum* di debito/credito tra tutte le parti: l'art. 1332 cod. civ., infatti, permette che l'adesione modifichi il regolamento originario (A. GNANI, *L'adesione*, cit., 30 e 83).

Se non si tratta di transazione né novativa né mista *ex art.* 1965 co. 2¹⁵⁶ (in pratica, se prevede solo una riduzione della pretesa creditoria), non si dovrebbe porre alcun problema: le quote si applicheranno sulla prestazione così come ridotta. Se invece la transazione è novativa o mista e la nuova prestazione, a carico del condebitore transigente è infungibile, si pone il problema della valutazione della prestazione: in particolare (problema mai sollevato finora, mi pare) ci si può chiedere se la eventuale stima della nuova prestazione, presente in transazione, sia vincolante verso i consorti che dichiarino successivamente di profittarne¹⁵⁷. Se ad es. si pattuisce in transazione che, a fronte di una pretesa di 100 verso tre condebitori, il condebitore transigente sarà tenuto a pagare 45, non c'è dubbio che, aderendo i due restanti consorti, anche questi in regresso calcoleranno le loro quote su 45 (quindi 15 cadauno, se le quote sono uguali).

Ma se il creditore abbandona o riduce la sua pretesa in tutto o in parte a fronte di una prestazione diversa (trasferimento della proprietà di un certo quadro, o tanto per complicare le cose, obbligo di non concorrenza) e nel contratto transattivo le parti procedono ad una stima del valore

¹⁵⁶ Altresì detta 'complessa'. Di seguito la si indicherà come transazione 'mista'.

¹⁵⁷ Il dubbio si pone, invero, anche per la stima percentuale dell'ammontare delle quote interne debitorie, eventualmente presente in atto.

della nuova prestazione, *quid iuris* in caso di adesione degli altri condebitori *ex art.* 1304?

Quanto al lato esterno, il creditore potrà pretendere l'esecuzione della prestazione promessa (il quadro o l'astensione dalla concorrenza) solo dallo stipulante originario¹⁵⁸, essendo una prestazione infungibile.

Quanto al lato interno, sorge però il problema, come dicevo, della eventuale rilevanza giuridica -in sede di regresso- della stima contenuta in transazione, magari espressamente motivata proprio al fine di regolare il regresso. Ad. es. il creditore abbandona in toto la pretesa di 100, a fronte del trasferimento della proprietà di un quadro, che le parti della transazione attestano valere 60: detta stima sarà vincolante per i condebitori, che successivamente profittano della transazione? In prima battuta si potrebbe rispondere positivamente. Se un certo regolamento pone un certo valore e se gli altri condebitori aderiscono al regolamento medesimo, si dovrebbe intendere che essi vi abbiano aderito *in toto*, non in parte sì ed in parte no: e ciò a dispetto delle riserve che possano avere inserito nella loro dichiarazione *ex art.* 1304.

Questa risposta, però, a meglio riflettere, non convince. E' vero che un soggetto, se aderisce ad

¹⁵⁸ Ciò ovviamente anche se i condebitori non transigenti fossero concorrenti nel medesimo settore e quindi al creditore potesse fare comodo che anche essi si astenessero dalla concorrenza.

un contratto plurilaterale già stipulato, non può scinderne il contenuto: egli aderisce ad un regolamento, caratterizzato da coerenza ed unitarietà, sicchè non gli è lecito separare ciò che non hanno separato i contraenti originari. Tuttavia è proprio la unitarietà della transazione, che manca nell'ipotesi considerata. Infatti la transazione è il componimento della lite, la quale riguarda solo il rapporto creditore/debitori, non quello interno tra debitori. Una stima del valore della prestazione diversa *ex art.* 1965 co. 2, che venisse inserita nel contratto, non svolgerebbe alcun ruolo nel rapporto creditore/debitori¹⁵⁹ e riguarda solo quello interno (*id est* di regresso): ciò sia che la stima venga motivata in tale senso, sia che non venga motivata affatto¹⁶⁰.

Pertanto, anche quando la transazione contenga la stima della prestazione diversa e i conde-

¹⁵⁹ Si potrebbe forse dire che tale stima un qualche significato lo può avere anche per il creditore, ad es. quale stima preventiva dei danni in caso di inadempimento o per stipulare poi una polizza assicurativa di livello soddisfacente per entrambe le parti. Anche in tale caso, però, la stima non riguarda i rapporti interni, essendo stata pattuita per regolare certi aspetti del rapporto tra condebitore (transigente e/o condebitori non transigenti, qui non importa) e creditore: mi pare arduo allora asserire che essa regoli pure i rapporti interni tra condebitori.

¹⁶⁰ Non addurrei invece il rischio di collusioni pericolose tra gli stipulanti originari a danno dei condebitori non transigenti: questi ultimi infatti potranno sempre evitare di profittare.

bitori non transigenti ne profittino con dichiarazione semplice (che cioè nulla dica circa questa stima), essi aderiranno sì alla transazione, ma non saranno vincolati dalla stima medesima: nell'azione di regresso potranno contestarla liberamente.

Potrà però contestarla (o meglio: discostarsene, visto che è 'sua') il condebitore transigente? Direi di no: se il condebitore si è deciso a dare una certa stima al bene (magari proprio sperando di farla valere nel successivo regresso), per quanto essa non impegni i suoi consorti, non potrà poi ripudiarla in sede di regresso proprio colui che tale stima volle esplicitare. E' vero che, in apparenza, non è un *venire contra factum proprium* tradizionale: la prima dichiarazione, infatti, era stata emessa verso un soggetto (il creditore) diverso da quello, verso il quale si pretende di farla valere successivamente (i consorti in regresso). Tuttavia ciò è esatto solo in apparenza: in realtà, la dichiarazione di stima, presente, in transazione era finalizzata proprio all'azione di regresso e l'esigenza di coerenza va ugualmente soddisfatta¹⁶¹.

¹⁶¹ Il nostro sistema nel suo complesso mostra un chiaro disfavore per la contraddizione, segnatamente in presenza di una relazione tra le parti particolarmente qualificata come ad es. un rapporto contrattuale (così F. ASTONE, '*Venire contra factum proprium*', Napoli, 2006, 238). Qualora si opti per l'impegnatività della stima a carico del condebitore transigente, gli si dovrà riconoscere l'annullabilità per vizi del volere (soprattutto penso all'errore). Se non la si ritiene un nulla giuridico, ma le si riconosce un qualche effetto,

Ciò a meno di concepire la stima *de qua* come una sorta di proposta di contratto determinativo del valore della nuova prestazione, indirizzata ai condebitori non transigenti: contratto che verrebbe concluso a seguito della adesione di costoro. Fino a che non è concluso, si potrebbe dire, tale proposta resta revocabile dal condebitore transigente che l'ha emessa. Tuttavia, a meno di ravvisarvi una revoca, l'impegnatività della stima non potrà essere respinta dal suo autore.

10. *La transazione 'pro quota'*.

Da tempo ci si chiede se la transazione stipulata dal creditore con uno solo dei condebitori (o anche con alcuni di essi) possa riguardare, anziché l'intero debito, solamente una parte: precisamente quella parte che, nei rapporti interni, attiene al condebitore stipulante (o a ciascuno dei condebitori stipulanti).

Per quanto possa forse a prima vista apparire bizzarro che una definizione transattiva riguardi solo una porzione del credito/debito e che il 'residuo' venga lasciato nello stato di litigiosità, la risposta positiva, quasi unanime, va condivisa.

Si era obiettato inizialmente che la lite investe sempre l'obbligazione nella sua interezza, anche se la pretesa è parziale, e che di conseguenza una

questo dovrà essere rimuovibile, se prodotto con un processo alterato di formazione della volontà.

transazione *pro quota* non è ammissibile¹⁶². Tuttavia, che la lite investa l'obbligazione per intero,

¹⁶² F. CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. dir. civ. it.* dir. da F. Vassalli, Torino, 1956, 185, nt. 3; G. SABATINI, *Esclusione della parte civile per transazione sul danno*, nota a Cass. pen. 10.10.1951, ric. Levato, in *La giust. pen.*, 1952, III, 282, per la solidarietà da illecito penale (criticato da M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 54, nt. 130). Così pure M. FRANZONI, *la transazione*, cit., 301, secondo cui qualsiasi transazione deve riguardare l'intera obbligazione e non la quota di pertinenza di ciascun consorte. Questo a., tuttavia, ammette la transazione *pro quota* solo perché l'unitarietà del rapporto esterno riflette la frazionabilità per quote del rapporto interno. Il ragionamento non mi è chiaro: dal momento che la transazione *pro quota* concerne il rapporto esterno creditore/debitore, come può venire giustificata da una caratteristica attinente al rapporto interno? Secondo altra dottrina la transazione *pro quota* è possibile solo quando venga prima sciolto il vincolo solidale rispetto al condebitore transigente oppure quando (ma allora diventa ambiguo chiamarla '*pro quota*') abbia per oggetto il titolo giuridico dell'obbligazione di uno solo dei condebitori ma non degli altri (tipicamente in quelle ad interesse uni soggetto: es. fideiussione): così E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, *Riv. dir. priv.* 2009, 53 ss, §§ 5.1 e 5.3. Secondo la tesi preferibile, però (l'osservazione è importante), il c.d. *beneficium divisionis ex art. 1311 cod. civ.* non fa venir meno i restanti effetti della solidarietà: v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 181-183 (e pp. 208-211 per novazione e remissione *pro quota*, generanti effetti simili alla rinuncia alla solidarietà *ex art. 1311 co. 2 cod. civ.*), nonché citt. in TICOZZI M., *Le obbligazioni*, cit., 117 ss. e G. ROSSETTI, *Le obbligazioni solidali*, in *Tratt. delle obbl.*, V) *le figure speciali* a cura di S. Patti e L. Vacca, Padova, 2010, 849-854 (conf. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 229-234, secondo cui però non si tratta di 'restanti' o 'minori' effetti

non è falso: è che non basta ad escludere la transazione *pro quota*. Tramite alcuni atti dispositivi, legislativamente previsti, infatti, è possibile dare rilevanza esterna alla quota, normalmente rilevante solo internamente (cioè in regresso). Così avviene non solo nei casi espressamente regolati di novazione, remissione e confusione, ma anche nella rinuncia alla solidarietà *ex art. 1311 co. 2*: qui l'obbligazione solidale, a seguito della emersione esterna della quota interna di un condebitore, si ridurrà (esternamente) in misura pari a tale quota (c.d. *beneficium divisionis*)¹⁶³.

Si è detto, a proposito della solidarietà attiva, che la transazione *pro quota* sarebbe possibile solo se novativa. Ciò sulla base della teoria per cui i concreditori sarebbero dei contitolari di un unico diritto di credito (concredito): sicchè, in applicazione dei principi della comunione dei diritti reali, la disposizione sulla propria quota da parte del singolo sarebbe possibile solo nella forma della sostituzione di altri a sé (cessione di quota) o del distacco dalla posizione di concreditore (abbandono della quota). Ogni altro atto dispositivo sarebbe precluso al singolo concreditore¹⁶⁴. La con-

della solidarietà, bensì di regole derivanti dalla struttura unitaria dell'obbligazione e cioè dal condebito, come sarebbe provato dallo stesso dettato dell'art. 1311 cod. civ.: v. p. 233).

¹⁶³ La riduzione in misura pari alla quota non è infatti esplicita in quest'ultimo caso, ma mi pare ovvia.

¹⁶⁴ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 259.

seguenza è che la transazione *pro quota* novativa è possibile, perché comporta un distacco della quota dall'intero. Soluzione opposta invece va accolta per la transazione *pro quota* semplice, ove si realizza un modifica e non un distacco: modifica quindi inibita al singolo, trattandosi di atto concernente l'intero e quindi richiedente l'unanimità dei consensi¹⁶⁵.

La tesi è acuta, ma va respinta respingendo il presupposto logico della unicità di situazione giuridica¹⁶⁶: infatti la tesi della pluralità di rapporti obbligatori si lascia nettamente preferire ed è stata espressamente fatta propria dalla Relazione del Guardasigilli al cod. civ. (n. 597)¹⁶⁷. Tuttavia an-

¹⁶⁵ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 265 s.

¹⁶⁶ Lo ammette F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 266 s., nota 30. Come il condebito da titolo contrattuale, così anche quello risarcitorio, infatti, sarebbe un condebito in senso tecnico (cioè comunione di debito), per chi segue tale ricostruzione: v. A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 45.

¹⁶⁷ Il che allora toglie pregio all'affermazione, secondo cui «non v'è motivo per sostenere che il legislatore abbia voluto riferirsi [con l'espressione 'comunione di interessi', presente sempre nel medesimo parag. della Relaz.] ad un legame comunitario rilevante dal punto di vista prettamente economico anziché giuridico» (A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 44 s., seguendo Busnelli). Il coordinamento delle due espressioni presenti nella Relazione (pluralità dei vincoli; comunione di interessi) non può che essere inteso nel senso che la seconda vada riferita proprio alla fase economica (o pregiudiziale che dir si voglia). Del resto, se si pensa alla lunga tradizione dogmatica relativa all'istituto della comunione dei diritti, sarebbe assai singolare che la Relazione si

che adottando il presupposto della unicità di rapporto obbligatorio, non parrebbe persuasiva.

Innanzitutto è difficile sostenere che la modificazione sia impedita al singolo che dispone *pro quota*. Come noto, infatti, le ‘modalità diverse’ verso ciascun concreditore permesse dall’art. art. 1293 sono introducibili anche successivamente alla nascita dell’obbligazione solidale col consenso del solo consorte interessato¹⁶⁸. Pare allora difficile negare l’ammissibilità della transazione *pro quota* non novativa, la quale è un *quid minus*, in

fosse riferita ad essa, utilizzando l’espressione ‘comunione di interessi’: mi pare invece che abbia proprio voluto distinguere i due fenomeni, per dire che la comunione (economica) di interessi può ricorrere anche quando non vi sia comunione (giuridica) di diritti. Monco è il ragionamento di Busnelli, secondo cui ‘comunione di interessi’ (Relazione al cod. civ. del Guardasigilli Grandi, cit., *sub* n. 597) significherebbe ‘comunione di debito’ visto che è riferito al “condebito” di cui all’art. 1294 cod. civ., concetto da intendere a sua volta come ‘comunione’ in senso giuridico (F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione*, cit., 124 s. e 90): monco perché resta indimostrato quest’ultimo passaggio, il quale anzi viene smentito dall’uso del termine ‘condebito’ nell’art. 1299 ult. co. cod. civ. con riferimento alle obbligazioni ad interesse unisoggettivo (quindi ad una situazione di pluralità di vincoli, come pacificamente riconosciuto dallo stesso B.).

¹⁶⁸ Implicitamente ma chiaramente v.: D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., 180 ss.; G. AMORTH, *L’obbligazione*, cit., 98. Il problema è semmai quello della estensione della modalità diversa ai consorti: in questa sede però non è pertinente.

quanto la modificazione, se pur probabile, non è però certa¹⁶⁹.

Inoltre non mi è chiaro come possa dirsi che costituisca ‘distacco’ dal concredito (e quindi ammessa) la transazione *pro quota* novativa, mentre non lo sia quella semplice. Che lo sia la prima mi pare verissimo; tuttavia lo è pure la seconda. Nel contratto transattivo le parti stipulanti vogliono superare una controversia reciproca: ai fini del distacco dalla obbligazione solidale (per chi la ritiene una situazione unitaria) non cambia nulla, a seconda che il creditore abbandoni *in toto* il programma economico originario a favore di una nuova obbligazione ovvero che vi rinunci solo in parte. Anche nel caso di transazione semplice la modifica (possibile, restando oscuro se effettivamente vi sia o meno) del programma originario vi è: e certamente si tratta di modifica, che secondo la regola generale della comunione, richiederebbe il consenso unanime dei contitolari.

Il distacco dal resto del rapporto (solo questo conta), allora, avviene anche con la transazione semplice. Da un lato, per i restanti concreditori non fa differenza che la obbligazione *ex* transazione sia novativa della precedente o meno: in entrambi i casi il loro credito si ridurrà in misura

¹⁶⁹ In ogni caso, anche non fosse un *quid minus*, la riduzione transattiva della pretesa creditoria andrebbe equiparata ad una remissione parziale della quota, per quanto riguarda la sua compatibilità con i diritti degli altri contitolari, ed andrebbe quindi ammessa.

pari alla quota del consorte stipulante. Dall'altro lato, per le parti transigenti in entrambi i casi il programma contrattuale prevede un determinata definizione del singolo rapporto quotale: il che significa separare le sorti del medesimo da quello rimanente e quindi appunto significa realizzare un distacco, irrilevante essendo le condizioni cui avviene detta separazione.

Ebbene, proviamo a trasporre l'acuto ragionamento di Busnelli alla transazione *pro quota* nella solidarietà passiva: vale anche per quest'ultima? Direi di no. Anche ritenendo non superabile l'ostacolo alla transazione semplice, posto da questa dottrina per la solidarietà attiva¹⁷⁰, le preoccupazioni dovrebbero comunque svanire. Infatti in caso di condebito la transazione *pro quota* semplice opera per i consorti una modifica solo positiva, quale è la riduzione dell'obbligazione in misura pari alla quota dello stipulante. Quindi non ha senso richiedere il loro consenso: la transazione *pro quota* sotto questo profilo non avrà ostacoli, novativa o semplice che sia¹⁷¹.

¹⁷⁰ Mi pare tuttavia che l'ammissibilità della transazione *pro quota* non novativa nella solidarietà attiva, argomentata appena sopra in replica a Busnelli, valga anche per ammetterla nella solidarietà passiva.

¹⁷¹ Secondo M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 55 ss. (se ben intendiamo), la transazione *pro quota* sarebbe ammissibile, da un lato, solo se motivata; dall'altro, solo se novativa oppure, qualora semplice, previa rinuncia alla solidarietà verso tutti, cioè con trasformazione in obbligazioni parziali. Ciò perché la transazione *pro quota* implica una contro-

In ogni caso, ammessa la pluralità (anziché l'unicità) di rapporti obbligatori, la transazione *pro quota* non costituisce più un problema: infatti la transazione svolge la sua funzione (composizione della lite) anche quando definisce uno dei rapporti pendenti (quello col condebitore transigente).

Secondo dottrina e giurisprudenza¹⁷² prevalenti, anche se con qualche distinguo nei dettagli,

versia solamente su una frazione del rapporto (l'a. pare del resto ammetterla solo in presenza di eccezioni personali *ex art. 1297 cod. civ.*: v. *ivi*, 54 s.), il che sarebbe incompatibile col mantenimento della configurazione strutturale (*id est*: unitaria) del rapporto originario. La soluzione è tuttavia poco coerente con le premesse dell'a.. Ella, affermando che la solidarietà è solo un meccanismo di attuazione dell'obbligazione (non un suo aspetto strutturale), pare seguire la tesi della comunione di debito proposta da Busnelli (*ivi*. 12/18, *passim*). Secondo Busnelli, però, anche il condebito ad attuazione parziaria costituisce un unico rapporto giuridico (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 210-213): pertanto la mera rinuncia alla solidarietà non implica divisione del condebito (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 232 s.) e cioè non implica quel frazionamento del rapporto, che per Costanza conseguirebbe alla transazione *pro quota*. Più coerente è allora proprio Busnelli, per il quale la transazione *pro quota* non novativa è inammissibile (lo osserva G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 267). Noto che Busnelli parla della transazione *pro quota* solo per la solidarietà attiva, mentre Costanza pare riferirsi anche a quella passiva.

¹⁷² V. ad es.: Cass. 27.03.2007 n. 7485, C.P. c. C.G., *sub* 2.1.2; Cass. 21.04.2006 n. 9369, P.V. c. C.A. (implicitamente); Cass. 18.04.2006 n. 8946, D.A.A. c. R.F.; Cass. 17.05.2002 n. 7212. Quest'ultima decide un caso di transa-

nella transazione *pro quota* si scioglie il vincolo solidale tra il condebitore transigente e gli altri, senza che tale disposizione influisca sulle quote altrui.

Per Rubino, nei rapporti interni -dopo l'esecuzione della transazione- non c'è più materia di regresso tra il condebitore transigente e gli altri. Infatti se la transazione è novativa, ciò è conseguenza dell'art. 1300, dovendosi equiparare ad una novazione; se è semplice, non potendo in alcun modo pregiudicare i consorti, non c'è materia per fare dipendere l'efficacia della transazione nei loro confronti da una loro valutazione discrezionale di convenienza¹⁷³.

zione su infortunio sul lavoro intervenuta in corso di processo: pur in presenza di conclusioni per l'ottenimento della condanna al risarcimento *pro quota* contro il condebitore non transigente, il Tribunale condanna quest'ultimo per l'intero, quando invece, dice la S.C., avrebbe dovuto ravvisare la rinuncia alla solidarietà tra i due debitori.

¹⁷³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1304 cod. civ., 279; particolarmente chiaro G. AMORTH, *Transazione pro quota, passim*, soprattutto *sub* lett c. (v. anche ID., *Transazione*, cit., 1610). Questo autore però nella sua monografia ha scritto che l'unica differenza tra transazione *pro quota* e transazione sull'intero è che solo la prima comporta l'applicazione dell'art. 1311 n. 2 cod. civ.: infatti quando in sede transattiva il debitore aderisce alla domanda, si applica detta norma e quindi il creditore rinuncia alla solidarietà (G. AMORTH, *L'obbligazione*, cit., 207 s.). Il che lascia perplessi: con la transazione, infatti, la parte non aderisce affatto alla domanda avversaria, ma crea una regola nuova, che prescinde da un giudizio di conformità/disformità ri-

L'ammissibilità della transazione *pro quota*, alla fine, riposa sul fatto che il creditore può chiedere a ciascuno l'intera prestazione, pur senza esservi obbligato: di conseguenza egli può anche limitarsi a chiedere solo una parte¹⁷⁴. Che questa parte, poi, possa coincidere con la quota interna, cioè quella che alla fine graverà economicamente sul condebitore stipulante, è desumibile dalla rilevan-

spetto alla regola precedente. Quindi l'applicazione dell'art. 1311 n. 2 cod. civ. in caso di transazione va respinta: tesi che risente della -allora probabilmente ancora diffusa- concezione dichiarativa della transazione. Ammetteva la transazione *pro quota*, pur se non motivando, BUTERA A., *La definizione dei rapporti incerti*, Torino, 1933, 428 («Si intende che quando uno dei correi debendi ha transatto per la sola sua parte, gli altri condebitori possono risentirne gli effetti limitatamente a tale quota»).

¹⁷⁴ Facoltà innegabile, alla luce dei due esempi legali di rinuncia tacita alla solidarietà: art. 1311 co. 2, n. 1 cod. civ. e soprattutto n. 2 (conf. S. D'ANDREA, *La parte*, cit., 316, nt. 1). Esplicitano tale facoltà ad es.: C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 207; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., 185. Già sotto il cod. civ. era indubbio: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907, I, 168, § 144 *bis*; F. RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile* a cura di F. Caire, Torino, 1923, 204, § 161; E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano, IV) delle obbligazioni in generale*, Torino, 1927, 69. La regola era affermata già dai pandettisti: L. ARNDTS, *Trattato delle pandette*, versione di F. Serafini, Bologna, 1880, II, 49, § 215. Nega invece tale la facoltà di pretesa pro parte G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 150 ss. e 157, appellandosi all'art. 1292 cod. civ. (incomprensibilmente, visto che la norma dice: «può essere costretto per la totalità»).

za esterna di tale quota, che la legge espressamente afferma in alcune fattispecie (remissione, novazione, compensazione confusione e rinuncia alla solidarietà *ex art.* 1311 co. 2). Non si vede allora motivo per impedire all'autonomia privata di disporre della quota interna anche nella modalità transattiva¹⁷⁵.

La transazione, tuttavia, deve pur sempre realizzare la propria funzione: comporre una lite¹⁷⁶. Ciò, in caso di transazione *pro quota*, avviene solo se il creditore rinunci alla solidarietà verso il condebitore stipulante: con la conseguenza di non potergli chiedere più nulla, nemmeno per la residua parte di debito. Solo così, infatti, la controversia sull'obbligazione solidale può dirsi 'composta' nei confronti di quel condebitore. Se invece il creditore mantiene nei suoi confronti il diritto di chiedere il residuo, la lite tra lui e il condebitore transigente non può dirsi 'composta' e quindi non può parlarsi di transazione¹⁷⁷. La transazione *pro*

¹⁷⁵ Osservazione comune, ma non per questo meno vera: G. AMORTH, *Transazione*, cit., 5 s.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit. 206 s. e 263 s.; A. D'ADDA, *L'oggetto*, cit., 318.

¹⁷⁶ Notazione che manca nelle osservazioni di alcuni autori, ma è ad es. presente, come visto, in Costanza.

¹⁷⁷ Così G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 272 s.. Se il creditore si riserva l'azione per il residuo verso lo stipulante, la transazione sarà verosimilmente nulla. Nella novazione e remissione di quota, invece, questo problema non c'è, sicchè ben può il creditore riservarsi verso il condebitore stipulante il diritto di chiedergli il residuo.

quota quindi non può che comportare (implicitamente) rinuncia alla solidarietà del creditore verso lo stipulante. Ne segue, secondo questa dottrina, che la transazione parziale non può che riguardare la quota interna: se infatti riguardasse una parte diversa del debito, non sarebbe idonea a risolvere la lite avente ad oggetto l'intera prestazione¹⁷⁸.

A ben riflettere, però, è forse possibile una precisazione sul punto (anche se probabilmente si tratta di ipotesi quasi solo teorica). Se infatti il criterio, per superare l'obiezione secondo cui la transazione su *an* e *quantum* investe sempre il credito nella sua totalità¹⁷⁹, è quello della definizione della lite tra gli stipulanti, anche la transazione su parte di debito, diversa dalla quota, è in grado di definire la lite, qualora sia accompagnata da un patto supplementare che definisca i rapporti col condebitore transigente. Se ad es. il creditore transige sulla metà del debito con uno dei tre

¹⁷⁸ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 273: il creditore quindi o transige sull'intero o transige sulla quota interna. Del resto, in presenza ad es. di tre condebitori di pari quota, una contestazione, apparentemente sulla metà del debito, riguarda in realtà l'intero: gli effetti della (asserita) assenza del fatto costitutivo o della (asserita) presenza di fatti impeditivi o modificativi necessariamente riguardano anche l'altra metà del debito, quella apparentemente non oggetto di lite. La lite quindi riguarda sempre l'intero.

¹⁷⁹ F. CARRESI, *La transazione*, cit., 185, nt. 3, che di conseguenza non ammette la transazione *pro quota* e dice che quella, che viene così chiamata, rientra in verità nell'art. 1304 cod. civ..

condebitori (di pari quota), rinunciando alla solidarietà verso lo stipulante, forse che non si raggiunge l'obiettivo di definire la lite tra le parti transigenti¹⁸⁰? Mi pare di sì. L'ostacolo ravvisato

¹⁸⁰ Precisamente, se la porzione di obbligazione, che la transazione attribuisce al condebitore stipulante, è superiore alla sua quota interna, è esatto parlare solamente di rinuncia alla solidarietà. Se invece è minore, ci dovrà essere, oltre che rinuncia alla solidarietà, anche un *pactum de non petendo* o una remissione a favore del condebitore transigente relativamente al residuo della sua quota. La mera rinuncia alla solidarietà infatti impedisce al creditore di chiedere allo stipulante ciò che eccede la sua quota, ma non ciò che residua della sua quota: e in quest'ultimo caso qualcosa residua, visto che abbiamo ipotizzato una transazione su parte minore della quota (ad es. transigono su un terzo del debito, quando i condebitori sono due, ciascuno tenuto per metà). Qualora si ritenga ammissibile la transazione su porzione eccedente la quota interna, si porrà il problema dell'applicabilità del diritto di profittare *ex art.* 1304 cod. civ. agli altri consorti: in linea di massima, mi pare difficile giustificare una risposta positiva. Nell'ipotesi *de qua*, infatti, si tratterebbe di facoltà di profittare in relazione alla parte eccedente rispetto alla quota dello stipulante: eccedenza la quale, di riflesso, costituisce una parte, anziché l'intero, della quota dei non stipulanti e come tale non definisce la lite (o comunque i rapporti) tra creditore e condebitore profittante (non essendoci in questo caso i patti aggiuntivi ipotizzati in questa stessa nota a favore dello stipulante). Il tema è però complicato: che succede se i condebitori sono più di due e l'eccedenza della porzione transatta è tale da comprendere un'altra quota (ma non più di una), oltre a quella dello stipulante? chi può fruirne? il condebitore, che per primo invia la dichiarazione? Il tema non può essere

da Carresi (la lite investe sempre l'obbligazione nella sua interezza) vale per tutti i casi di transazione parziale, anche quando la parte coincide con la quota interna e non solo quando riguarda una porzione diversa da questa¹⁸¹. Ma se ciò che conta per superare detto ostacolo e potere ravvisare una transazione, è la definizione della vertenza tra gli stipulanti, ebbene, allora si ha definizione anche nella transazione su parte di debito diversa dalla quota del condebitore transigente: purchè, tramite una delle pattuizioni aggiuntive sopra ipotizzate, il contratto sia idoneo a definire il rapporto tra gli stipulanti.

In ogni caso è indubbio che la transazione *pro quota* produca la liberazione degli altri condebitori per la quota oggetto di transazione. Tuttavia l'affermazione corrente, secondo cui viene meno la solidarietà tra condebitore transigente e non transigenti, va corretta, anzi respinta: la solidarietà viene meno solo esternamente, nel rapporto creditore/condebitore transigente, non nei rapporti

qui approfondito ulteriormente (appare comunque lontano dalla realtà dei traffici giuridici).

¹⁸¹ La quantificazione transattiva della quota, infatti, logicamente presuppone una previa quantificazione dell'intero, proprio come avviene nella transazione su parte diversa dalla quota. La differenza è che nel caso della transazione *pro quota* l'importo definito sull'intero viene poi 'caricato' allo stipulante in base alla sua quota interna; nella transazione su parte diversa dalla quota, invece, gli viene 'caricato' con criterio appunto diverso dalla quota interna.

interni. In questi ultimi il vincolo solidale tra condebitore transigente e gli altri non viene meno. Lo prova l'art. 1313, secondo cui, in caso di rinuncia alla solidarietà, il condebitore beneficiario della stessa sarà comunque tenuto a contribuire in caso di insolvenza di uno dei condebitori non beneficiari: detta rinuncia, quindi, non ha sciolto il legame interno tra condebitori¹⁸². Anche

¹⁸² G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 275 s. (nella transazione *pro quota* è sempre implicita una rinuncia alla solidarietà: *ivi*, 272). Secondo Busnelli invece, gli effetti previsti dagli artt. 1311-1313 cod. civ. si spiegano non tanto con la permanenza della solidarietà (interna), quanto con l'esistenza di una comunione del debito, pur cessata la solidarietà (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 232 ss.). Cerdonio (G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., nt. 481), esamina il caso della insolvenza di uno dei condebitori non transigenti, che può essere di notevole interesse pratico. Secondo l'a., se ben comprendo, da un lato, il creditore potrà recuperare la quota dell'insolvente dagli altri condebitori non transigenti (non dal transigente direttamente: la transazione *pro quota*, come visto, produce una rinuncia alla solidarietà a suo favore) in base alla norma generale sulla solidarietà, art. 1292 cod. civ.. Dall'altro, il peso di tale insolvenza graverà *pro quota ex art. 1313 cod. civ.* anche sul condebitore transigente *pro quota* e non potrà invece -in mancanza di diverso patto inserito in transazione- andare a gravare sul creditore, nemmeno «per quella porzione di contributo che sarebbe spettata nei rapporti interni, a norma dell'art. 1299 comma 2, al condebitore col quale ha stipulato la transazione». Non mi pare però che la cosa possa essere ritenuta dubbia. La prima affermazione è sicura. La seconda mi sembra pure discendere pianamente dalle regole consuete della transazione e delle obbligazioni

solidali. Il rapporto esterno creditore/condebitore transigente, infatti, è stato pienamente definito dalla transazione e null'altro può essere reciprocamente chiesto, salva diversa clausola: è indubbio, quindi, che il condebitore transigente non possa recuperare dal creditore la propria parte nella quota dell'insolvente, cioè quanto egli abbia versato in regresso a quello dei restanti condebitori che l'avesse in precedenza pagata al creditore. Si tratta di un debito gravante *ex lege* sul beneficiario della rinuncia alla solidarietà (art. 1313 cod. civ.), debito che opera nel regresso, cioè nel lato interno e che nulla a che fare col lato esterno, già definito dalla transazione: a che titolo mai potrebbe il condebitore transigente-beneficiario chiederne il rimborso al creditore? Cerdonio, poi, dà per scontato, se non erro, che il creditore non abbia azione verso il condebitore transigente per il recupero pro parte della quota dell'insolvente: cioè che l'art. 1313 cod. civ. abbia valenza solo interna, non anche esterna (per l'efficacia solo interna anche F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 234 s.). La cosa è però dubbia: altra dottrina vi attribuisce invece efficacia anche esterna: ad es. A. RICCIO, *Le obbligazioni*, cit., 1314; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., 319. Secondo quest'ultimo a. (ivi, nt. 1), attribuendovi solo efficacia interna, si avrebbe un inutile giro di pagamenti, perché se la quota dell'insolvente venisse pagata solo dai restanti condebitori, costoro potrebbero poi rivolgersi in regresso al condebitore beneficiario della rinuncia alla solidarietà. Il dettato dell'art. 1313 cod. civ. permette effettivamente entrambe le interpretazioni. E' più persuasiva però la tesi della efficacia solamente interna, come presuppone Cerdonio. La rinuncia alla solidarietà va intesa come impossibilità per il creditore di chiedere al beneficiario ciò che nei rapporti interni grava sugli altri consorti. Tale impossibilità opererà, tranne diversa disposizione di legge o pattuizione, non solo nella fisiologia della dinamica contrattuale (esecuzione spontanea o coattiva) ma anche nella sua patologia (insolvenza):

la rinuncia alla solidarietà, dunque, opererà sempre, a prescindere dalle vicende del recupero del credito (non è permesso distinguerle o graduarle in gravità, una volta che si accetti che è intervenuta siffatta rinuncia). Inoltre, CERDONIO fa notare giustamente che le parti possono in transazione pattuire l'opposto e cioè che l'eventuale insolvenza di un consorte non transigente graverà non sul condebitore transigente, bensì sul creditore («che nessun aggravio possa derivare da ciò al debitore»: G. CERDONIO CHIAROMONTE, *La transazione*, cit., nt. 481), non potendo ovviamente gravare sui non stipulanti, che sono terzi. Processualmente, in caso di apposizione di una tale clausola favorevole al condebitore transigente, si avrà che il creditore chiederà ad uno dei non transigenti anche la quota dell'insolvente; il condebitore convenuto, dopo averla pagata (non potrà esimersi), agirà in regresso *ex art.* 1313 cod. civ. anche verso il condebitore transigente, il quale però si difenderà allegando la cit. clausola di transazione, che lo esonera da ogni aggravio per tale eventualità. Tale clausola, però, è efficace solo nel rapporto col creditore, sicchè chiamerà quest'ultimo in causa per essere da lui tenuto 'manlevato ed indenne' – verso il condebitore *solvens*/attore – da quella parte della quota dell'insolvente, che internamente farebbe carico su di sè. Questo se il condebitore non transigente-*solvens* non è a conoscenza della transazione stipulata e/o della clausola *de qua*. Mi domando, però, se l'*iter* processuale sia il medesimo, qualora egli invece sappia ciò e sia in grado di provarlo: mi domando cioè se in tale caso il condebitore non transigente, convenuto dal creditore, possa sin dall'inizio bloccare l'iniziativa di quest'ultimo nei propri confronti limitatamente al contributo all'insolvenza gravante *ex art.* 1313 cod. civ. sul condebitore transigente. In teoria non può, dato che egli invocherebbe una pattuizione *inter alios acta*; certo è che un creditore, il quale chiede al condebitore non transigente

sotto l'attuale codificazione, un autore ha continuato a sostenere il contrario e cioè la tesi secondo cui la rinuncia alla solidarietà comporta estinzione totale di quest'ultima, anche internamente tra condebitori: la tesi però è difficilmente difendibile¹⁸³.

quello, che alla fine dovrà comunque rimanere a proprio carico, non brilla per correttezza (art. 1175 cod. civ.)!

¹⁸³ Si tratta di C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 241-244 e 249-253. Anzi, sotto il cod. civ. previgente la sua tesi era forse ancora più indifendibile: l'art. 1200 cod. civ., infatti, non solo era del tutto analogo all'attuale art. 1313 cod. civ., ma addirittura, utilizzando l'espressione 'rinuncia all'azione in solido' (anziché l'attuale 'rinuncia alla solidarietà'), era ancora più chiaro nel limitare l'oggetto della rinuncia creditoria al diritto di azione del rinunciante. In breve, secondo questo a. l'interpretazione letterale dell'art. 1313 cod. civ. va corretta, poiché essa contrasta col concetto stesso di rinuncia alla solidarietà ('remissione della solidarietà', secondo l'a.), il quale produce la liberazione completa del beneficiario dal vincolo solidale: ed è quindi impossibile riconoscergli l'obbligo di contributo in caso di insolvenza. Due le conseguenze: da un lato, il ruolo del condebitore beneficiario della rinuncia consisterebbe solo nell'essere conteggiato per fare numero ai fini della determinazione della quota interna; dall'altro, la parte di insolvenza, apparentemente gravante sul condebitore beneficiario della rinuncia, graverebbe invece sul creditore. Detto ragionamento, però, costituisce una grave inversione metodologica: che la rinuncia comporti lo scioglimento della solidarietà anche nel lato interno è proprio il *thema demonstrandum* (l'a. non lo motiva altrimenti). Sicchè, di fronte al tenore chiarissimo dell'art. 1313 cod. civ., si impone l'adesione alla tesi maggioritaria.

La riduzione del credito verso i condebitori non transigenti in misura pari alla quota oggetto della transazione *pro quota* è stata affermata nel 2011 dalle sezioni unite della Cassazione¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Cass. SS.UU. 30.12.2011 n. 30174, pubblicata in varie riviste. La massima sul punto è «Ove la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori solidali abbia avuto ad oggetto solo la quota del condebitore che l'ha stipulata, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato dal condebitore che ha transatto solo se costui ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito; se, invece, il pagamento è stato inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto» (tratta da *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 621, con nota di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e condebito: sulla possibilità di impedire ai condebitori non transigenti di profittare del contratto*). La questione, su cui erano state chiamate a decidere le sezioni unite, era però quella della possibilità di escludere il diritto di profittare per il condebitore non transigente (nonché un'altra in materia assicurativa, qui non rilevante). Un'applicazione in materia societaria è offerta da Trib. Milano 01.09.2010, fall. Novanta Immobiliare c. Pilati e altri, *Riv. dir. soc.*, 2012, 325, nota di M.N. MIZZAU, *I confini della responsabilità solidale degli amministratori per atti di 'mala gestio', nell'ipotesi di transazione 'pro quota'*: in presenza di cinque amministratori convenuti in responsabilità, il fallimento attore in corso di causa transige *pro quota* con tre di questi e prosegue il processo verso gli altri due, riducendo pertanto la domanda ai due quinti. Il Tribunale, ritenuti corresponsabili i tre liberati in via transattiva («per aver transatto con il fallimento e dunque riconosciuto le responsabilità», p. 326: l'affermazione

11. *Sulla clausola con cui il creditore si riserva di agire verso i condebitori non transigenti e su quella che esclude il diritto di profittare per questi ultimi.*

Spesso nelle transazioni capita di leggere una clausola con cui il creditore si riserva di agire per il residuo credito verso i condebitori non transigenti. Sulla ammissibilità e/o sulla sua efficacia della clausola non vi è sempre chiarezza.

Quando ci si imbatte in essa (il punto di vista sarà quello dei condebitori non transigenti) è necessario prima di tutto capire se si tratti di transazione sull'intero o di transazione *pro quota*.

Se la transazione è sull'intero, la clausola sarà diversamente qualificata a seconda della portata che si attribuisce a detta transazione in relazione ai condebitori non transigenti. Se si ritiene, come è preferibile, che la transazione sull'intero produca anche per i condebitori non transigenti l'effetto di limitare il credito all'ammontare pattuito in transazione, allora una simile clausola è alquanto problematica. Essa infatti suona contraddittoria col negozio stipulato. Se ad es., esternata una pretesa di 100, la transazione prevede una 'riduzione' del credito a 60 con efficacia (*in thesi*) per tutti, come può riservarsi di agire per l'intero verso gli altri? Sarebbe come dire che

ci pare una violazione palese della disciplina della transazione) e ritenuto invece non responsabile uno dei due rimasti, condanna l'ultimo amministratore in misura pari ad un quarto (non più un quinto) del danno complessivo.

l'efficacia riduttiva opera verso lo stipulante, ma non verso gli altri consorti: il che non pare ammissibile. Infatti se la transazione consiste nell'abbandono del programma iniziale con la sostituzione di una nuova regola tra le parti, può essere che ciò avvenga solo con riferimento ad alcuni? Non credo che ciò sia possibile¹⁸⁵. Come prima si è detto in generale (con riferimento ad una ordinaria transazione senza la clausola *de qua*), l'effetto automaticamente prodottosi prevede una 'riduzione' del credito per tutti: ci si deve allora domandare se esso possa essere impedito da una clausola diversa inserita in transazione. La risposta dovrebbe essere negativa. La ragione dell'effetto 'estintivo' automatico per tutti i condebitori, prodotto dalla transazione, del resto, è la coerenza con l'analoga disciplina di remissione e novazione: in tali negozi il creditore dispone del proprio interesse complessivo, sicchè l'effetto estintivo per gli altri non può essere evitato.

Si potrebbe però replicare che la disposizione dell'interesse c'è nella misura, in cui così si è stabilito: sicchè, se la riduzione *erga omnes* può essere sensata in caso di assenza di clausola diversa, essa potrebbe non esserlo più in presenza di clausola,

¹⁸⁵ Un medesimo interesse non può realizzarsi che una sola volta, se si vuole evitare l'indebito arricchimento (così M. FRAGALI, *Delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1936 cod. civ., 71, circa il perché, attuatosi l'interesse sotteso al credito principale o a quello fideiussorio, venga meno la causa dell'altro).

che invece riservi al creditore l'azione per l'intero verso i condebitori non transigenti. E allora, se così fosse (se cioè in prima battuta questa clausola non collidesse con il negozio transattivo), bisognerebbe vedere se essa supera il giudizio di meritevolezza causale. Si ripropongono allora le considerazioni di cui sopra, fatte relativamente alla ipotesi semplice della transazione, cioè della transazione priva della clausola *de qua*: l'arricchimento ingiustificato del creditore potrebbe non esserci (se i condebitori riescono a fare respingere la domanda verso di loro), ma di certo il creditore otterrà –mal che gli vada– ciò che è stato pattuito in transazione. Risponde alle linee portanti del sistema civilistico questa possibilità? Probabilmente no. Se un creditore transige, non è sensato che egli possa avere *chances* (non la certezza, si badi: basta anche solo la possibilità) di arricchirsi in misura superiore a quanto pattuito in transazione; così come non è sensato che il condebitore transigente, sua controparte nell'atto, debba sopportare il rischio di subire una perdita ulteriore (quella da regresso, promosso dai condebitori non transigenti), oltre a quella pattuita in transazione¹⁸⁶.

¹⁸⁶ In pratica, tramite questa clausola, per una parte (il creditore) si produrrebbero solo vantaggi, mentre per l'altra (il debitore) solo svantaggi: il primo può infatti solo migliorare la propria situazione, il secondo solo peggiorarla. Si tratterebbe di una sorta di clausola 'leonina', che ricorda il patto vietato dall'art. 2265 cod. civ..

Questo duplice esito non appare allo stato diretto a conseguire un interesse meritevole di tutela: quindi la riserva di agire per l'intero verso i non transigenti non è ammissibile, perché contrastante con l'art. 1322 co. 2 applicato direttamente o meglio estensivamente, visto che il suo enunciato si riferisce ai contratti atipici anziché alle clausole inserite in un contratto tipico, come nel ns. caso¹⁸⁷.

Ci si può chiedere in quale rapporto reciproco stiano la clausola di riserva dei diritti verso i condebitori non transigenti, da un lato, e la clausola

¹⁸⁷ Si può anche osservare, più sinteticamente e senza scendere nel ragionamento appena svolto, che la transazione o è sull'intero o è su una parte (corrispondente alla quota o no, qui non interessa). Ma se è sul totale, se cioè il creditore ha disposto dell'intero suo interesse in gioco, null'altro l'ordinamento giuridico può riconoscergli per il solo fatto che la pretesa sia diretta a condebitori diversi da quello stipulante: il suo interesse si è già 'consumato' né la pluralità dei vincoli può arrivare ad impedirlo (a maggiore ragione se si segue la tesi della contitolarità di un unico debito). Il fautore della comunione debitoria, però, afferma bensì la generale equiparabilità tra pagamento (*rectius*: esecuzione dell'obbligo) ed altri atti con effetto liberatorio, ma sulla base di un diverso ragionamento (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 246-250): secondo questo a., tale effetto è conseguenza della solidarietà (attinente appunto alla fase esecutiva), in contrapposizione al concredito in cui l'opposto effetto della non propagazione (art. 1300 co. 2 cod. civ.; art. 1301 co. 2 cod. civ.) deriva dalla prevalenza della disciplina della comunione (di credito, appunto) su quella della solidarietà e dalla conseguente disponibilità in capo allo stipulante solo della quota, non dell'intero diritto.

che esclude il diritto di profittare dei condebitori non transigenti, dall'altro: cioè se coincidano oppure se si differenzino. In prima battuta può sembrare che coincidano: riservarsi i diritti verso i non stipulanti, infatti, significa non permettere loro di giovare della transazione. A ben pensarci, però, le due clausole, almeno sotto il profilo letterale, non coincidono. Riservarsi ogni diritto verso i non transigenti, infatti, significa qualcosa di meno dell'escludere il loro diritto di profittare. Tale riserva infatti potrebbe significare che, fermo il diritto di profittare dei non stipulanti (che non viene inciso), se costoro non lo esercitano (oppure fino a quando non lo esercitano) il creditore si ritiene libero di agire per ottenere da essi il residuo rispetto alla pretesa originaria (cioè la porzione di pretesa rinunciata in transazione).

Questo sotto il profilo letterale. E' però probabile che nella pratica, le parti, che le adottino, abbiano in entrambi i casi il medesimo intendimento: permettere al creditore di agire verso i non stipulanti per la residua porzione dell'originaria pretesa (*id est* quella abbandonata in sede transattiva).

Quale è dunque la validità di tali clausole, ammesso che non coincidano? Circa quella di riserva di azione verso i non transigenti, lo si è detto poco sopra in questo stesso paragrafo¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Secondo Schlesinger, la giurisprudenza che esclude la transazione *pro quota* dall'art. 1304 cod. civ., intende in realtà escludere non la transazione *pro quota* (essendo la quota

Quanto alla esclusione del loro diritto di profittare, va giudicata senz'altro invalida: tale diritto infatti spetta automaticamente per legge a determinati soggetti (i condebitori non transigenti) e le parti della transazione non possono certo obli-
 rarlo¹⁸⁹. Ciò in base al principio generale della relatività del contratto: in mancanza di diversa

interna un dato indifferente per il creditore e spesso a lui neppure noto), bensì quella transazione, in cui il creditore si limita a ridurre la pretesa verso il solo condebitore transigente (diverrebbe una sorta di *pactum de non petendo* ovvero una modalità della solidarietà *ex art. 1293 cod. civ.*, mi pare): senza con ciò voler minimamente incidere sul suo diritto complessivo né, quindi, rinunciare ad agire per la differenza contro gli altri condebitori (P. SCHLESINGER, nota a Cass. 19.12.1991 n. 13701, in *Corr. giur.*, 1992, 425 ss.). Lo stratagemma concettuale per eludere l'imperatività dell'art. 1304 cod. civ. è acuto. Va però osservato che una transazione con sì limitato oggetto, pur essendo forse astrattamente ammissibile (ricorre la 'concessione' del creditore, né pare vi osti l'art. 1322 cod. civ. o il divieto di atti in frode alla legge), ben difficilmente può essere considerata voluta dalle parti (dal condebitore, in particolare). Il vantaggio per quest'ultimo, infatti, sarebbe assai modesto, restando egli poi soggetto al regresso dei condebitori non transigenti, mentre quello per il creditore sarebbe grandissimo: il che contrasta col canone interpretativo dell'equo contemperamento degli interessi, nonché con quello della buona fede e della non convenienza rispetto alla natura e all'oggetto del contratto (artt. 1371, 1368 e 1369 cod. civ. rispettivamente).

¹⁸⁹ L'art. 1304 cod. civ. attribuisce un diritto di profittare di cui solo il condebitore titolare può rifiutare l'esercizio (P. D'ONOFRIO, *Transazione*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1974, *sub art. 1966 cod. civ.*, 239).

norma, il contratto stipulato tra altre persone *neque nocet neque prodest* e non può dunque togliere ai condebitori non transigenti un diritto, che ad essi è attribuito per legge.

Secondo altra dottrina, il motivo per cui non si può escludere il diritto di profittare dei condebitori non transigenti è leggermente diverso. Costoro sono sì terzi solo rispetto all'atto, ma non rispetto al rapporto: quindi non si può transigere senza incidere potenzialmente anche nella loro sfera. Infatti precludere ai condebitori non transigenti di fruire degli effetti migliorativi della transazione (non può che spettare ad essi valutarne la ricorrenza) significherebbe togliere loro i benefici della solidarietà e quindi pregiudicarli¹⁹⁰.

Ci si potrebbe però chiedere se le parti non possano per così dire 'bypassare' questo punto fermo, stipulando un contratto diverso da quello regolato dal 1304: diverso, in modo tale che l'effetto giuridico ivi previsto non operi. L'unico contratto transattivo diverso immaginabile¹⁹¹, non riconducibile all'art. 1304, però, è la transazione *pro quota* (anziché sull'intero): nel qual caso è vero che non si applicherà l'art. 1304, ma è an-

¹⁹⁰ A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304*, in *Obblig. e contr.*, 2009, 307 ss., § 10 (e poi: nemmeno è sostenibile che l'atto riguardi i condebitori non transigenti solo se viene impresso all'atto carattere di stipula a favore di terzi: la transazione *de qua* infatti lo è per natura, e cioè viene considerata dalla legge necessariamente a favor di terzo).

¹⁹¹ A parte il ragionamento di Schlesinger, di cui nt. 188.

che vero che [...] non è più transazione sull'intero. Sarà allora decisivo capire se nel caso specifico si tratti dell'uno o dell'altro tipo di transazione (e la risposta potrebbe non essere facile¹⁹²). Tuttavia,

¹⁹² Basti qui dire che, sempre che non sia contestata l'entità della quota interna del condebitore transigente, quando la transazione preveda a carico di costui un ammontare maggiore della sua quota (riferita alla pretesa iniziale), non potrà che essere una transazione sull'intero (similmente G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 281 e C. D'ALESSANDRO, *La transazione*, cit., 119). Non è infatti pensabile che nella transazione *pro quota* il condebitore si impegni ad un sacrificio maggiore della propria quota, calcolata sulla originaria pretesa creditoria: mancherebbe la 'concessione' a carico del creditore, cioè il suo sacrificio. Questa osservazione è oggi contestata in un ampio studio (M. DELLA CASA, *Transazione integrale vs. transazione esclusiva nelle obbligazioni solidali*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 431 ss., § 5): nella transazione *pro quota* la quota è solo il punto di partenza, non l'oggetto del contratto, che invece consiste nella liberazione dal transigente dal vincolo verso il creditore. Sicchè, dice questo a., il prezzo pattuito può essere non solo inferiore, ma anche superiore alla quota dello stipulante: come avviene quando (se ben comprendiamo) le eccezioni del condebitore transigente sono molto deboli oppure quando (se venisse stipulata una transazione sull'intero) il condebitore transigente dovrebbe poi in regresso sopportare il rischio dell'insolvenza di qualche consorte. Il ragionamento è interessante ma necessiterebbe di adeguato esame. Mi limito qui ad osservare che, se il prezzo pattuito dal condebitore transigente supera la sua quota originaria, non pare esserci la 'concessione' (*l'aliquid datum*) del creditore oppure ci sarà ma il supero costituirà il prezzo di qualcosa d'altro, ad es. il corrispettivo per l'azzeramento in regresso del cit. rischio di insolvenza: costituendo qualcosa

una volta appurato che si tratta di transazione sull'intero, il diritto dei non stipulanti di profittare non è comprimibile.

E' pertanto da respingere il contrario insegnamento della Suprema Corte, secondo cui della transazione, stipulata tra il creditore e uno o più coobbligati solidali, gli altri non possono giovare,

d'altro rispetto al *disputatum*, sarà allora forse una transazione mista. Secondo questo a., infine, la transazione *pro quota*, da lui chiamata 'esclusiva', libera il condebitore transigente anche dal regresso da parte dei condebitore non transigenti, in pratica sciogliendolo *in toto* dalla solidarietà: il che è frequentemente affermato in giurisprudenza (ad es. da Cass. SS.UU. n. 30174/2011, cit., e poi da Cass. 17.01.2013 n. 1025, Fini ed altri c. soc. Rhone Mediterranee ed altri, in *Foro It.*, 2013, I, 1580 ss., *sub* 4.4.1, in tema di risarcimento da fatto illecito, che però impropriamente richiama l'art. 1311 cod. civ. a proposito dello scioglimento del vincolo solidale, v. *sub* 4.4.2) e talora da altra dottrina (B. GAMBINERI, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2012, 67 s.), ma resta ciò nonostante errato (come sinteticamente ma chiaramente spiega G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 627). Secondo i principi di diritto contrattuale europeo (art. 10:108), remissione e transazione in linea di principio sono *pro quota*, tranne espressa previsione contraria: ma l'intenzione in tale caso dovrà essere chiara (così il Commento, *sub* A, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte III, ed. it. a cura di Castronovo, Milano, 2005, 71; questa soluzione ribalta quella del nostro cod. civ., che in linea di principio prevede una remissione dell'intero). La regola del B.G.B. è del tutto simile (art. 425, § 1): a differenza dei PDEC, però, si riferisce alla transazione solo indirettamente (cioè per esclusione rispetto ai casi nominati negli artt. precedenti).

quando venga inserita in essa una clausola di esclusione di tale possibilità¹⁹³. La SC, in un'azione di responsabilità promossa da una s.p.a. contro un suo amministratore e relativa ad una specifica operazione gestionale (vendita di una partecipazione sociale)¹⁹⁴, desume questa conse-

¹⁹³ Cass. 24.04.2007 n. 9901, Sviluppo Italia c. Fittipaldi, in *Giur. it.*, 2007, 2757 ss., con acritica adesione dell'anonimo annotatore. Per la dottrina in tema di esclusione del diritto di profittare v. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit., 259-263 (ed ivi citazioni). La S.C. n. 9901/2007 aggiunge che, se è possibile escludere il diritto di profittare degli altri coobbligati, a maggiore ragione l'impossibilità di profittare sussiste quando discende direttamente dalla legge, come nel caso in cui sia richiesta l'autorizzazione dei soci *ex art.* 2393 ult. co. cod. civ.. La questione circa l'autorizzazione, richiesta da questa norma societaria, qui non è pertinente: solamente rilevo l'assenza di consequenzialità tra i due passaggi, non riuscendo a capire perché l'ammettere l'escludibilità pattizia del diritto di profittare *ex art.* 1304 cod. civ. determini l'impossibilità di profittare nel caso in cui manchi l'autorizzazione *ex art.* 2393 cod. civ.. Le due questioni sono diverse, talchè anche opinando diversamente nella prima (cioè ritenendo non comprimibile il diritto di profittare dei consorti), nulla cambierebbe nella soluzione della seconda: non potrebbe infatti che rimanere ferma l'impossibilità di profittare di una transazione senza l'autorizzazione *ex art.* 2393 cod. civ.. Questa norma e la sottostante tutela delle minoranze subirebbero un vulnus non indifferente se, ogni volta che intervenisse una transazione con un convenuto non amministratore, venisse meno la necessità dell'autorizzazione (come peraltro giustamente fa osservare la stessa S.C. a p. 2759).

¹⁹⁴ La fattispecie concreta non è di immediata comprensione. Pare che, oltre al giudizio *de quo*, la società attrice

guenza dalla autonomia negoziale, affermando che le parti possono stabilire liberamente il contenuto del negozio, anche alterandone gli effetti tipici.

La decisione richiama un precedente ad essa conforme (Cass. 19.04.1991 n. 4257)¹⁹⁵, alquanto noto in materia, che dice qualcosa (non molto) in

avesse promosso un diverso giudizio nei confronti di altri quattro soggetti (società), facendo valere (anche) la responsabilità per i medesimi fatti azionati contro l'amministratore. Tra l'amministratore convenuto e queste quattro società, dunque, era sorto un rapporto obbligatorio solidale per il risarcimento dei danni provocati alla società attrice (non è chiaro il ruolo di queste società, tranne quello di due, le quali dovrebbero essere state l'acquirente formale e quello effettivo delle partecipazioni oggetto della vendita contestata): in sintesi, parrebbe trattarsi dei cinque coautori di un medesimo fatto dannoso. Ebbene, la società attrice danneggiata ad un certo punto stipula una transazione con due di queste società; successivamente ne profitano le restanti due società; infine, dichiara di profittarne pure l'amministratore convenuto nel giudizio definito dalla sentenza ora in esame (la dichiarazione dell'amministratore venne effettuata in pendenza del giudizio di primo grado, parrebbe).

¹⁹⁵ Cass. 19.04.1991 n. 4257, in *Riv. notar.*, 1992, II, 1580 ss., nota di Pertegato G. Entrambe le sentenze (Cass. 4257/1991 e Cass. 9901/2007) richiamano a loro volta Cass. 23.0.1982 n. 3827 circa la possibilità per le parti di orientare in contenuti atipici gli effetti di contratti tipici: possibilità invero non contestabile. Tale precedente però, non concernendo una fattispecie transattiva, non verrà considerato. Aderisce all'insegnamento di Cass. 4257/1991 C. M. MAZZONI, *Le obbligazioni*, cit., 758.

più rispetto a Cass. 9901/2007. Secondo Cass. 4257/91, come i condebitori possono, omettendo la dichiarazione di cui all'art. 1304, escludere l'efficacia della transazione, così il creditore può con sua dichiarazione (unilaterale? al di fuori della transazione?) impedire che l'efficacia sia loro estesa: e ciò perché, come poi ripete la S. C. nel 2007, alle parti è concesso produrre effetti atipici pur con strutture tipiche.

Tale insegnamento non va condiviso. Le parti possono certamente produrre effetti atipici, ma *inter se*, non certo a danno di terzi: come invece avviene quando si incide negativamente nella sfera patrimoniale di costoro, eliminando il diritto di profittare *ex art. 1304*. Secondo l'art. 1322, le parti possono bensì determinare liberamente il contenuto del contratto, ma «nei limiti imposti dalla legge»: nella transazione su obbligazione solidale, quali che siano i termini dell'accordo, il limite *ex lege* consiste appunto nel dovere subire l'eventuale adesione degli altri condebitori¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Del tutto incomprensibile poi è il paragone, fatto da S.C. n. 4257/1991, cit., tra la facoltà dei condebitori non transigenti di non profittare e la facoltà del creditore di togliere ad essi il diritto di profittare. La prima facoltà è ovvia: chiunque può scegliere di non esercitare le situazioni attive di cui è titolare. La seconda facoltà, se riconosciuta, permetterebbe di comprimere la sfera giuridica dei terzi senza il loro consenso: non è quindi minimamente deducibile dalla precedente facoltà. Si è anche specificato che il creditore, dopo stipulata la transazione, non può precludere la facoltà di profittare, avvalendosi del diritto di revoca

Fortunatamente sul punto ha fatto poi chiarezza la già cit. Cassazione del 2011 a sezioni unite, chiamata a deciderlo come questione di massima di particolare importanza¹⁹⁷.

Piuttosto ci si può chiedere quale sia la sanzione per questa illegittima clausola. Verrebbe da pensare subito alla sua nullità per contrarietà a

del beneficio al terzo *ex art.* 1411 co. 2 cod. civ., in quanto il condebitore non transigente non sarebbe un terzo (Cass. 15.05.2003 n. 7548, *sub* 3 in motivazione): in realtà la ragione è più a monte, non essendoci nemmeno il beneficio netto, presupposto perché si possa parlare di contratto ‘a favore’ di terzo.

¹⁹⁷ Cass. SS.UU. 30.12.2011 n. 30174, pubblicata in varie riviste. La massima sul punto è «La norma di cui all’art. 1304, comma 1, cod. civ. si riferisce unicamente alla transazione che abbia ad oggetto l’intero debito, e non la sola quota del debitore con cui è stipulata (spettando al giudice del merito verificare quale sia l’effettiva portata contenutistica del contratto), giacché è la comunanza dell’oggetto della transazione stessa a far sì che possa avvalersene il condebitore solidale pur non avendo partecipato alla sua stipulazione e, quindi, in deroga al principio per cui il contratto produce effetti soltanto tra le parti. La conseguente riduzione dell’ammontare dell’intero debito, pattuita in via transattiva con uno solo dei debitori, che opera anche nei confronti del condebitore il quale dichiara di voler profittare della transazione, non può essere impedita dall’inserimento nel medesimo contratto di una clausola di contrario tenore, essendo inibito alle parti contraenti disporre dell’anzidetto diritto potestativo che la legge attribuisce ad un terzo estraneo al vincolo negoziale» (tratta da *Nuova Giur. civ. Comm.*, 2012, 621, con nota di G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione*, cit.).

norma imperativa *ex* art. 1418 cc¹⁹⁸. Anzi verrebbe da chiedersi se operasse l'alternativa nullità totale/nullità parziale *ex* art. 1419 oppure la sostituzione di diritto disposta dagli art. 1419 co. 2-1339: atteso che il diritto di profittare è posto da norma imperativa (art. 1304), infatti, si potrebbe pensare di ricorrere alla citata sostituzione di diritto.

Ferma restando l'indubbia astratta applicabilità dell'art. 1419 al contratto di transazione¹⁹⁹, il quesito parrebbe invero mal posto. Bisogna distinguere l'ottica dei terzi (condebitori non transigenti) da quella delle parti. Quanto alla prima, l'interessato a fruire della norma imperativa (art. 1304) non è una delle parti, come negli artt. 1418-1419-1339, ma appunto un terzo. Allora non vi è più la necessità di regolare d'imperio il rapporto dei contraenti tra loro, come invece vogliono fare gli artt. 1419 co. 2 e 1339: si tratterà semplicemente di applicare il principio di relatività del contratto. Pertanto, dal punto di vista dei terzi (i condebitori non transigenti), la clausola sarà semplicemente improduttiva di ogni effetto, *tamquam non esset* (addirittura giuridicamente irrilevante, verrebbe da dire): come lo è ogni atto dispositivo sul patrimonio altrui non autorizzato dalla legge

¹⁹⁸ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., *sub* art. 1304 cod. civ., 275. L'a. non si pone il problema delle conseguenze, accennato subito dopo nel testo.

¹⁹⁹ Cass. 1986/67, cit. da G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, Padova, *sub* art. 1419 cod. civ., I, 6.

(art. 1372/2)²⁰⁰. Di conseguenza il diritto di profittare resterà intatto e i condebitori non transigenti potranno efficacemente esercitarlo.

Quanto all'ottica delle parti transigenti, mi chiedo se tale radicale inefficacia per i terzi si ripercuota sull'intera transazione: anche qui, infatti, come nell'art. 1419 co. 1, può essere che le parti (il creditore, soprattutto), non abbiano più interesse alla transazione, se a questa possono partecipare pure i restanti condebitori, a dispetto della clausola di loro esclusione. Ebbene, tale dubbio è governato dall'art. 1419/2? La norma infatti regola il caso in cui la clausola 'problematica' sia nulla: ma nel ns. caso è appunto da vedere se *tra le parti della transazione* la clausola *de qua* sia proprio nulla oppure sia colpita da qualche altra sanzione o trattamento.

²⁰⁰ Scrive di 'giuridica irrilevanza' L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 648 s.; di 'indifferenza' F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu Messineo*, II, 1987, 669. Non si tratta quindi del generale limite, operante per le clausole atipiche di riserva, della disponibilità della situazione giuridica, cioè della eventuale elusione/violazione di norma imperativa realizzata con tali clausole (V. PESCATORE, *La dichiarazione di riserva*, Milano, 2003, 229): si tratta invece del generalissimo limite all'agire negoziale dei privati, costituito dalla necessità di rimanere entro la propria sfera giuridica. Si tratterebbe di «inefficacia relativa [...] e consequenzialmente di inopponibilità ai terzi interessati» per M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 44 (il riferimento alla inopponibilità mi pare poco opportuno).

Mi pare che la clausola *de qua* sia nulla per impossibilità giuridica dell'oggetto (art. 1346): infatti le parti volevano conseguire un effetto, che è sottratto alla loro sfera di autonomia e dunque un effetto, che erano impossibilitate giuridicamente a determinare. Ne segue che tra le parti della transazione opererà normalmente l'art. 1419 nonché il giudizio di conservazione/eliminazione dell'intero contratto ivi previsto. Non sarà raro, direi concludendo, che il creditore non sia più interessato alla transazione, una volta che debba subire l'ingresso dei condebitori non transigenti: proprio quelli che egli aveva cercato di escludere tramite la clausola *de qua*²⁰¹.

²⁰¹ Tuttavia gli incomberà l'onere di provare l'essenzialità della clausola, secondo quanto ritengono giurisprudenza unanime e dottrina prevalente con riferimento all'art. 1419 cod. civ., in base al generale principio di conservazione degli atti giuridici (per tutti: M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, Tratt. del contratto, IV-I rimedi a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 110; M. RABITTI, *sub art. 1419 cod. civ.*, in *Dei contratti in generale: artt. 1387-1424*, in *Comm. del cod. civ.*, Milano, 2012, 592). Effettivamente il tenore letterale («[...] importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso [...]») lascia intendere che, fino a che non risulti un simile intento, l'invalidità colpisca solamente la specifica clausola. Andando in senso opposto, invece, altri ritiene che la conservazione deroghi alla regola della nullità dell'intero contratto (G. FILANTI, voce *Nullità*, I) *diritto civile*, in *Enc. giur. trecc.*, Roma, 1990, 7, dato che l'art. 1418 cod. civ. non distingue circa l'estensione del vizio).

Resterebbe da esaminare il coordinamento tra il potere delle parti di fare dichiarare nullo il contratto di transazione e quello (configgente) dei terzi di profittare, tenendo conto della retroattività della sentenza di nullità: probabilmente da attuarsi in base al principio di prevenzione temporale. Il punto però non può essere qui trattato²⁰².

²⁰² Ci si può invece chiedere se sia consentito alle parti non tanto escludere il diritto di profittare, quanto piuttosto disciplinarne la modalità di esercizio, ad es. chiedendo una determinata forma per la dichiarazione. Qui non si può ripetere quanto sopra detto per la stima della prestazione ‘diversa’ a carico dello stipulante: si tratta infatti di regolare un interesse comune anche al creditore. E’ vero che la norma attribuisce un diritto incondizionato di profittare. Credo però che la richiesta di certe modalità non sia illegittima, purchè non esse aggravino troppo la posizione dei condebitori non transigenti, rendendo eccessivamente difficile l’esercizio del diritto (inaccettabile ad es. sarebbe l’imposizione di un termine finale): un simile giudizio caso per caso non appaia eccessivo, visto che ad. es. è uguale il criterio legale per decidere sulla legittimità delle modificazioni alla disciplina della decadenza (art. 2965 cod. civ.). Non è invece probante l’elaborazione dottrinale intorno all’art. 1332 cod. civ., secondo cui –condivisibilmente- le clausole di apertura *ex art. 1332 cod. civ.* possono richiedere modalità particolari per l’adesione (R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1993, I, 275; soprattutto A. RAVAZZONI, *L’adesione*, cit., 114): nel nostro caso infatti non si tratta di diritti di adesione sorti solamente da pattuizione *ad hoc* (come nel caso dell’art. 1332 cod. civ.), per i quali è coerente che siano conformati solo dalla pattuizione medesima; bensì di diritti sorti *ex lege* e quindi non comprimibili – in linea di massima – senza il consenso dei rispettivi titolari (*ubi lex non distinguit, nec nos*

12. *La transazione 'pro quota' nella responsabilità da fatto illecito: è ammissibile?*

Si è scritto che, in caso di responsabilità da fatto illecito, non sarebbe ammissibile la transazione *pro quota*, in quanto mancherebbero le quote interne dell'obbligazione²⁰³. Da un lato, infatti, non essendo possibile quantificare le incidenze causali in rapporto all'ammontare del danno (come spiegato da autorevole dottrina²⁰⁴), per il danneggiato sarebbe indifferente che il danno fosse stato cagionato da più di un soggetto. Dall'altro, non si potrebbero utilizzare le quote poste dall'art. 2055 commi 2 e 3 ai fini del regresso: tale divisione avrebbe infatti solo scopo equitativo, come dimostra la presunzione di uguaglianza posta dal co. 3; tale divisione, comunque, al co. 2 dà la misura della responsabilità, non delle conseguenze derivate dal comportamento *contra legem*.

distinguere debemus: se la legge riconosce ai condebitori un diritto incondizionato, le condizioni non possono essere introdotte pattiziamente da terzi).

²⁰³ M. COSTANZA, *Obbligazioni*, cit., 59 s., che scrive di «contitolarità accidentale» (pp. 53 e 57): ma già SABATINI G., *Esclusione*, cit. L'opinione di Costanza è condivisa da S. DELLA BELLA, *La transazione nelle obbligazioni solidali*, nota a Cass. 05.07.2001 n. 9071, in *Resp. civ. previd.*, 2002, 1058 ss., 1069.

²⁰⁴ viene richiamato P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 283 (l'affermazione è in realtà alla seg. p. 284).

La tesi non persuade. Come detto sopra, l'ammissibilità della transazione *pro quota* riposa sulla possibilità (anziché necessità) che il creditore chieda a ciascuno l'intero: tant'è che egli per espressa disposizione può anche disporre in vario modo di tale parte di credito -corrispondente alla porzione di debito del condebitore stipulante-tramite novazione o remissione. Inoltre, l'emersione nel lato esterno della quota interna di debito può avvenire anche per iniziativa debitoria (compensazione) o ad altro titolo (confusione). Tutto ciò rende ammissibile che le parti (creditore e un condebitore) dispongano della quota (interna) anche nella modalità transattiva.

Ebbene per lo stesso motivo anche nella responsabilità da illecito le parti potranno disporre della quota (interna) con novazione o remissione e quindi anche tramite transazione: la giustificazione in tal caso della transazione *pro quota* è la stessa che ricorre quando si è in presenza di obbligo da contratto.

Anche nella solidarietà risarcitoria, infatti, una quota interna esiste ed è quella indicata dai co. 2 e 3 dell'art. 2055. Che non si tratti di quantificazione solo equitativa lo dice proprio la contrapposizione tra il co. 2 e il co. 3. Anche volendo ritenere equitativo il criterio dell'eguaglianza di colpa, posto dal co. 3, esso comunque è residuale rispetto al co. 2, ove il criterio (gravità della colpa e delle conseguenze derivatene) equitativo certo non è. Sicchè, da un lato, in mancanza di dubbio, la col-

pa va accertata nella sua gravità effettiva; dall'altro, anche operasse la presunzione del co. 3, resterebbe pur sempre da accertare l'entità delle conseguenze, per poi combinare i due criteri ai fini della determinazione di responsabilità²⁰⁵.

Tuttavia, anche ammettendo che complessivamente la disciplina dei rapporti interni posta dall'art. 2055 sia ispirata da una finalità equitativa, la soluzione del problema non cambierebbe. Bisogna infatti distinguere tra ammissibilità della transazione *pro quota* e determinazione della quota: risolto positivamente il primo quesito, si può passare al secondo. Quanto al primo, si è detto che l'ammissibilità riposa sul fatto che la rilevanza esterna della quota interna di debito è provata da vari spunti testuali, né esistono ostacoli per esclu-

²⁰⁵ La presunzione presente nell'art. 2055 co. 3 cod. civ., infatti, riguarda solo la colpa, non l'entità delle conseguenze: perciò non riguarda l'intera responsabilità del correo (la sua quota interna), bensì solamente uno dei due parametri posti dall'art. 2055 cod. civ. per determinarla (non rileva in questa sede il problema del coordinamento tra detti due parametri). Secondo A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 47 s., la quota, di solito avente rilevanza interna, può emergere anche esternamente nel caso di vicende diverse dall'adempimento coinvolgenti la persona di un condebitore (cioè *ex art. 1300 segg. cod. civ.*). Tale opinione acquisirebbe maggior forza se si aderisce alla tesi, per cui il regresso sorge sin da subito assieme alla obbligazione solidale (e non solo dopo il suo adempimento), avendo come oggetto la quota parametrata sulla colpa *ex art. 2055 co. 2 cod. civ.* (così S. MARULLO DI CONDOJANNI, *sub art. 2055 cod. civ.*, *Dei fatti*, cit., 444).

derla nella responsabilità da illecito. Quanto al secondo quesito (determinazione della quota), è irrilevante che la ripartizione *ex lege* sia ispirata da questa o quella finalità: è sufficiente che una qualche ripartizione interna per legge esista, quale che essa sia e su qualunque ratio riposi.

Il richiamo alla dottrina, secondo cui il concetto di causa non ammette attributi quantitativi, poi, non è pertinente²⁰⁶. Sia perché tale dottrina si occupa del concorso tra attività soggette al regime della responsabilità senza colpa²⁰⁷, il cui trattamento giuridico potrebbe legittimamente differenziarsi da quello della corresponsabilità colposa. Sia perché la frase è estrapolata da un più ampio contesto, nel quale tale dottrina dice che la causa del danno è indivisibile solamente sotto un profi-

²⁰⁶ Per non dire che è anche di dubbia esattezza (ma sul punto non mi arrischio ad esprimere un'opinione). In senso opposto infatti v. P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 148-151: che la condotta di un soggetto sia stata *conditio sine qua non* di un evento, non comporta necessariamente che ne sia stata causa esclusiva; e se più siano state le cause umane imputabili che abbiano condizionato l'evento, allora dal punto di vista della logica strettamente causale, appare strettamente necessario ammettere che ciascuna di codeste concause ha contribuito solo pro parte alla produzione dell'intero danno. Conf. B. TASSONE, *Solidarietà e parziarietà nell'ordinamento italiano: un'analisi operativa*, in *Danno e resp.*, 2007, 1095 ss. e 1101 (ove analisi di casi, in cui la giurisprudenza supera in modo più o meno esplicito la solidarietà, optando per la parziarietà).

²⁰⁷ P. TRIMARCHI, *Rischio*, cit., 281.

lo naturalistico, non invece sotto un profilo giuridico.²⁰⁸ A fini giuridici, il frazionamento interno esiste e nulla è di ostacolo, affinché assuma rilevanza anche nel lato esterno tramite atti dispositivi del credito (e reciprocamente del debito) *pro quota*²⁰⁹.

Più insidiosa potrebbe invece essere l'obiezione, per cui la solidarietà, posta dall'art. 2055, riflette l'adesione del legislatore alla teoria della *condicio sine qua non*. Se infatti la piena responsabilità di ciascuno derivasse dal fatto che ciascuno è responsabile dell'intero, potrebbe effettivamente essere arduo concepire la transazio-

²⁰⁸ «Una divisione di questi [danni] per quote ideali, delle quali ciascuna verrà attribuita nei rapporti interni a ciascun responsabile, costituirà lo scopo e il risultato dell'attività del giudice. Ma è chiaro che tale distinzione non può essere ricondotta ad una distinzione di parti reali del danno, il quale è invece causalmente riconducibile nella sua interezza tanto [...] [al primo comportamento che al secondo]» (P. TRIMARCHI, *Rischio*, cit., 284). L'a. prosegue sostenendo la nota tesi, per cui la responsabilità debba pesare in misura maggiore sulle attività più rischiose.

²⁰⁹ Si può muovere anche un'altra obiezione. Pure nell'obbligazione da contratto la suddivisione in quote è mera creazione del diritto, non certo un fatto oggettivo presente *in rerum natura*. Pertanto non è ravvisabile una contrapposizione con la corresponsabilità da fatto illecito: anche questa può frazionarsi o no e, in caso positivo, lo fa in base a criteri solo giuridici, quindi non necessariamente coincidenti con la causalità naturale (simile osservazione in A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 22-25, circa la seconda critica alla teoria dell'equivalenza delle cause).

ne *pro quota*. Secondo questa posizione, non esisterebbe una quota di ciascuno inferiore all'intero, tale che, sommata alle altre, formasse l'intero: in tesi, lo ripeto, ciascuno sarebbe responsabile del tutto²¹⁰.

Tuttavia la tesi non persuade.

Come è stato dimostrato, la storia della norma lascia intendere che la solidarietà risarcitoria va spiegata con una maggiore protezione del danneggiato. Nel cod. civ. francese, infatti, non esisteva una regola come il nostro art. 2055, né una regola generale sulla solidarietà: anzi, secondo l'art. 1202 di quel codice, la solidarietà non si presumeva mai. E dunque la dottrina, per ovviare alle difficoltà del danneggiato privo della solidarietà quanto al credito risarcitorio²¹¹, «si inventò»²¹² la

²¹⁰ La tesi, che spiega la solidarietà posta dall'art. 2055 cod. civ. sulla base della teoria della *condicio sine qua non*, ebbe un certo seguito in passato: v. P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 95-98. nonché gli altri aa. cit. da A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 21, nt. 7. Questi aa. però non traggono la conseguenza, di cui al testo, della conseguente inammissibilità di una transazione *pro quota*: a me però sembra inevitabile. La tesi della *condicio sine qua non* viene ora condivisa da M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005, 142.

²¹¹ Difficoltà consistenti in: rischio di non individuare qualcuno dei responsabili; rischio di insolvenza di alcuno di essi; notevoli costi nel dovere convenire tutti in giudizio (A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 12 ss.) nonché rischio che qualche danneggiante sia non imputabile *ex art.* 2046 cod. civ. (M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. della resp. civile*, Milano, 2004, 115). Oggi si aggiunge una considerazione di ef-

tesi, secondo cui ciascuno fosse responsabilità dell'intero: non potendosi così il giudice esimere dal condannare ciascuno appunto per l'intero, in base alla norma generale dell'illecito civile (art. 1382 cod. civ. francese, corrispondente al nostro art. 2043). Tuttavia il nostro codice civile, avendo certamente presenti i contrasti presenti nell'ordinamento francese, quando pose l'art. 1156 (cod. civ. 1865) e oggi l'art. 2055 (soprattutto in relazione alla disciplina comune *ex art.* 1292 segg.), si allontanò consapevolmente dalla ratio data dagli studiosi francesi e in modo sufficientemente chiaro configurò la responsabilità solidale da illecito come una normale obbligazione solidale²¹³.

ficienza economica a favore della solidarietà anziché parziarietà risarcitoria, ad es. per garantire un adeguato effetto deterrente (riff. in B. TASSONE B., *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile*, Napoli – Roma, 2007, 274 ss.; l'a. però ne dubita, alla luce di un ragionamento di analisi economica del diritto: 284 ss., ove anche – al § 4, 298 ss. – un esame del lavoro di U. VIOLANTE, *la responsabilità parziaria*, Napoli – Roma, 2004, 149 ss., secondo cui nessuna distorsione deriva dal regime di 'proportionate liability', mentre invece quello di solidarietà produce effetti indesiderabili quanto a 'deterrence' e ad 'efficiency').

²¹² così A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 5.

²¹³ Ho riportato la ricostruzione storica di F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 136-141, seguita da ORLANDI M., *La responsabilità*, cit., 28 e 274 s. e qui note 11-12. Per Busnelli anche nella corresponsabilità da illecito esista la *eadem causa obligandi* (*e.c.o.*), che tradizionalmente caratterizza l'obbligazione solidale (*id est* il condebito solidale, non ne-

cessariamente la solidarietà, la quale è mero meccanismo attuativo che può innestarsi su strutture diverse, secondo la visione dell'a.): la *e.c.o.*, infatti, consiste nella unicità dell'evento dannoso anziché del fatto dannoso, atteso che i fatti potranno anche essere più di uno (F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 141-144 nonché in ID., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 333 s.). Conformi A. DI MAJO, voce *Obbligazioni*, cit., 323 s. e M. DE ACUTIS, *Solidarietà ed 'eadem causa' in presenza di diverse fonti contrattuali di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 360 ss., 373. Secondo De Acutis, tuttavia, ciò contrasterebbe con la teoria generale dell'obbligazione solidale e precisamente col riferimento al 'fatto illecito' menzionato dall'art. 1173 cod. civ. come fonte di obbligazioni. Da un lato, si dice, è questa la norma, che giustifica la corresponsabilità da illecito; dall'altro, il termine 'fatto' comprende sia la condotta che l'evento; pertanto limitare la *eadem causa obligandi* al solo evento, anziché anche alla condotta, sarebbe incoerente con l'art. 1173 cod. civ.. Non mi pare tuttavia che sussista questo contrasto. Non è detto che l'unicità debba riguardare anche la condotta: basta che riguardi l'evento, unico profilo che interessa il danneggiato, soprattutto alla luce della funzione compensativa propria della responsabilità civile (conf. A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 133 s.). Il criterio per ravvisare o no la solidarietà, infatti, è dato dalla miglior tutela del danneggiato: sarebbe problematico gravarlo della parziarietà solo perché le condotte sono autonome, pur generando un unico evento di danno (si avrebbe una disparità di trattamento difficilmente giustificabile). Lo stesso dettato normativo, del resto, porta a tale conclusione: in presenza di più condotte, l'uso nell'art. 2055 cod. civ. del singolare ('fatto dannoso'), anziché del plurale, non può che riferirsi al danno, unico elemento in comune ai coautori, non alla condotta, diversa per ciascuno di essi: conf. A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 146, specificando pure che l'elemento comune sarà l'evento di

Si è detto in contrario che non basterebbe a spiegare la solidarietà il *commodum creditoris*, perché questo rappresenta logicamente il *posterius* del correlativo sacrificio che si voglia imporre al debitore: sicchè l'unica spiegazione sarebbe l'adesione alla teoria della *condicio sine qua non*. Né sarebbe di ostacolo il fatto che nei rapporti interni opera invece una ripartizione, la quale non dipenderebbe dalla struttura originaria dell'obbligazione (come nella responsabilità da contratto), ma solo da ragioni di equità e giustizia distributiva²¹⁴.

Si può però osservare che la lettera dell'art. 2055 presuppone già accertata la riconducibilità causale a più fattori in base a criteri *aliunde* fissati²¹⁵. Si può inoltre osservare che l'adesione alla teoria della *condicio sine qua non* avrebbe dovuto imporre nei rapporti interni un riparto diverso da quello posto dai commi 2 e 3 dell'art. 2055: in particolare avrebbe dovuto imporre una partizio-

danno, non il danno conseguenza (*rectius*, l'evento e non il danno: v. *ivi* p. 144 per la precisazione terminologica).

²¹⁴ P. FORCHIELLI, *Il rapporto*, cit. 96 s.; ma v. anche più avanti alle pp. 151 s. (la solidarietà non si giustifica quando il correlativo sacrificio, imposto al debitore, è eccessivo ed ingiusto).

²¹⁵ M.L. RUFFINI, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 39 ss., 55 s.; M. DE ACUTIS, *Solidarietà*, cit., 371.

ne sempre in parti uguali²¹⁶. Si può infine osservare che, se l'art. 2055 co. 2 riflette la possibilità che le singole condotte abbiano efficacia eziologica solo parziale, allora l'obbligo risarcitorio per la totalità non può più essere un corollario logico della teoria di equivalenza delle cause: dovrà invece derivare da una precisa scelta di diritto positivo (*id est* dalla regola di solidarietà)²¹⁷.

Non condivisibile, infine, è l'asserita priorità logica del sacrificio debitorio rispetto al *commodum creditoris*²¹⁸. Essa non esiste: non c'è alcun motivo logico per stabilire simile priorità, essendo il sacrificio dell'uno e il *commodum* dell'altro esattamente sullo stesso piano di importanza. Il legislatore ha semplicemente scelto di agevolare l'uno e penalizzare l'altro, dopo avere comparato la posizione

²¹⁶ M.L. RUFFINI, *Il concorso*, cit., 45 (qui con riferimento alla contraria dottrina francese). L'argomento mi sembra decisamente forte: per quale motivo la logica dei rapporti interni dovrebbe essere così diversa da quella dei rapporti esterni? Se tutte le concause fossero veramente in pari misura necessarie al verificarsi dell'evento, l'equità dovrebbe condurre ad una pari responsabilità: se non è possibile differenziare in termini di efficienza causale, non è sensato differenziare in termini di responsabilità né all'esterno, né all'interno (simile osservazione in A. GNANI, voce *Obbligazione solidale*, in *Il diritto. Enc. giur. del Sole 24 Ore*, 10, Milano, 2007, 215).

²¹⁷ così A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 27.

²¹⁸ La priorità del *commodum creditoris* potrebbe essere di ostacolo, nel senso (se ben intendo) che bisognerebbe spiegare il perché del sacrificio del debitore, prima del perché dell'agevolazione al creditore.

di entrambi: e condivisibilmente, dato che una parte ha invaso illegittimamente la sfera dell'altra ed è dunque giusto che la comparazione di interessi si risolva a danno della prima.

La non necessità logica della solidarietà, poi, è testimoniata dall'opposto principio della parziarietà, che il nostro ordinamento ha seguito in alcuni casi speciali di responsabilità per fatto dannoso (da illecito o da contratto)²¹⁹.

E' insomma corretto dire che il principio di causalità, ispiratore della disciplina posta dall'art. 2055, vada ricercato non nel co. 1, bensì nei commi 2 e 3, nei quali si tende ad adeguare – sia pure in sede di regresso- la quota di responsabilità dei singoli coautori alla misura della loro partecipazione alla produzione dell'evento dannoso²²⁰. Il

²¹⁹ Elencati in B. TASSONE, *Solidarietà*, cit.: art. 484 co. 1 cod. nav. circa la collisione tra navi; art. 18 co. 7 della l. 349/1986 sul danno all'ambiente (ora abrogato dal d.lgs. 152 del 2006, che, pur non brillando per chiarezza, parrebbe riprendere la regola della parziarietà: v. art. 311 co. 3); art. 1 co. 1 *quater* della l. 20/1994 in tema di responsabilità contabile; art. 93 del cod. cons. d. lgs. 206/2005 in tema di responsabilità da vendita di pacchetto turistico.

²²⁰ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione*, cit., 141; conf. A. D'ADDA, *L'oggetto*, cit., § 6, *passim*. Ardua è la questione del concorso tra causa umana e causa naturale, ove si discute se alla prima debba ugualmente applicarsi la solidarietà ex co. 1 ovvero la parziarietà del co. 2. Nel primo senso paiono dottrina e giurisprudenza prevalenti: v. ad es. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dic. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1186-1257, secondo cui l'interesse della vittima ad essere risarcita per intero prevale su quello

comma 1, invece, è finalizzato alla tutela del creditore e solo a tale scopo prescinde dalla differenziazione del contributo causale di ciascuno: ma non appena questo scopo viene meno (come quando è il creditore a rinunciarvi novando, rimettendo o transigendo oppure quando è in discussione il rapporto interno tra condebitori), riprende vigore la regola della responsabilità frazionata.

Si può concedere che non sarà sempre facile capire quando vi sia un unico evento dannoso, imputabile a più persone, oppure una pluralità di eventi dannosi, ciascuno da imputare ad un distinto soggetto²²¹. Tuttavia, quando l'unicità

del danneggiante a rispondere solo per la parte da lui cagionata. L'affermazione lascia perplessi, parendo preferibile la tesi opposta (ben argomentata da A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 171 ss., § 9). La questione, tuttavia, non è qui rilevante.

²²¹ Sul tema oggi la trattazione di riferimento oggi è quella di A. GNANI, *La responsabilità*, cit., cap. 2, *passim* e soprattutto i §§ da 6 a 8. Secondo questo a., il criterio unificatore delle varie condotte è quello del medesimo evento dannoso, da intendersi come medesimo interesse protetto: e ciò anche se si tratta di serie causali del tutto autonome e anche se verificatesi in tempi diversi (v. soprattutto § 8, 163-171). Questa trattazione, pregevole per profondità e chiarezza, critica la tesi di Orlandi, svolta in ID., *La responsabilità*, cit., evidenziandone alcuni profili non soddisfacenti (la critica sta soprattutto nelle pp. 134-139 de *La responsabilità*, cit.): in questa sede osservo solo che mentre la tesi di Gnani amplia i casi di corresponsabilità risarcitoria solidale, quella di Orlandi invece li restringe. Quest'ultimo a. ha

dell'evento è riconosciuta, le quote interne non

di recente replicato, riproponendo le proprie tesi in uno scritto (M. ORLANDI, *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 179 ss.), sul quale mi limito a due considerazioni. Da un lato, la teoria del criterio unificatore, proposto da Gnani, non presuppone l'adesione alla teoria della comunione di debito: Orlandi invece non pare scindere i due aspetti (v. M. ORLANDI, *Obbligazioni*, cit., soprattutto 182 ss.). Dall'altro, non convince l'argomento di coerenza sistematica, secondo cui l'interesse creditorio come elemento unificatore o c'è sempre, quindi anche nel regime generale *ex artt.* 1292 e 1294 cod. civ., oppure non c'è mai, quindi nemmeno per quella *ex art.* 2055 cod. civ. (così M. ORLANDI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, cit., 190 s.): le due situazioni, invece, sono diverse. Il credito da contratto, infatti, è volontario: ben poteva dunque il creditore cautelarsi, negoziando con i condebitori anche la solidarietà (e pagandone il costo relativo). Il danneggiato, invece, è un creditore involontario, che si vede invasa la propria sfera: è dunque giustificato interpretare l'art. 2055 cod. civ., avendo come stella polare la tutela del danneggiato. Anche B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità*, cit., critica la tesi dell'imputazione del danno ai coautori dell'illecito a prescindere dalle regole proprie del nesso causale, proposta da Gnani. Secondo Tassone, soprattutto per il fatto che il responsabile solidale *ex art.* 2055 cod. civ. diventa un involontario assicuratore o fideiussore contro il rischio di insolvenza degli altri danneggianti (il che costituirebbe una vera e propria 'sanzione': *ivi*, 445) e per il fatto che -quando sia possibile individuare distinte serie causali- egli risponde del danno cagionato da altri- si impone una applicazione restrittiva della regola solidaristica (sostanzialmente solo quando non sia possibile addebitare distintamente l'elemento eziologico: B. TASSONE, *La ripartizione*, cit., cap. VIII: soprattutto 409 ss. e 433 ss.).

scompaiono a favore di una indistinta equivalenza causale.

Di conseguenza, nulla osta all'ammissibilità della transazione *pro quota* anche nella responsabilità da fatto illecito²²².

ABSTRACT

²²² Non affronto qui il tema dell'applicabilità dell'art. 2055 cod. civ. ad altri casi, come ad es. al concorso tra più inadempimenti a diversi contratti (es.: responsabilità dell'appaltatore e del progettista per crollo dell'edificio oppure del venditore e del notaio per la presenza di trascrizioni pregiudizievoli sul bene acquistato) o tra corresponsabili per l'inadempimento di un unico contratto, in cui il debitore sia una parte soggettivamente complessa (corresponsabilità solidale, anche alla luce dell'art. 1307 cod. civ.: v. A. GNANI, *La responsabilità*, cit., 18, 50 s., e poi 95 ss., § 13) oppure tra responsabili in via oggettiva oppure tra illecito doloso e illecito sanzionato ad altro titolo (su cui B. TASSONE, *La ripartizione*, cit., 125 ss.). Sul punto sarebbe utile verificare l'unificabilità in un'unica categoria delle obbligazioni risarcitorie, a prescindere cioè dal loro titolo, aquiliano o da inadempimento. E' stato in proposito osservato che la particolare posizione sistematica di tali obbligazioni nel nostro codice è solo implicita, mentre fu storicamente esplicita nel codice austriaco (ABGB) del 1811 (C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, IX, 2005, 19, nt. 50): nel § 859 di tale codice, infatti, le fonti delle obbligazioni vennero individuate, oltre che nella legge e nel contratto, anche nel 'danno sofferto', tale essendo quello conseguente sia all'illecito aquiliano che all'inadempimento (così C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cult. giur.*, IV, Bologna, 1974, 95 s.) .

In questo saggio esamino le principali questioni intorno ad un tema che, pur se di rilevante impatto pratico, resta di difficile ricostruzione, posto come è a cavallo di due istituti complessi come l'obbligazione solidale e la transazione. L'art. 1304 cod. civ., del resto, pur se posto proprio per regolare questa fattispecie, non risolve tutte le questioni. Esamino principalmente la transazione di un'obbligazione solidale di origine contrattuale, ma accenno pure a quella di origine aquiliana.

In this essay I examine the main issues about a subject, which, although of relevant practical impact, remains of difficult reconstruction, being astride of two difficult legal institutions such as the joint and several liability and the settlement. After all, art. 1304 of the civil code, als if precisely set to regulate the case, doesn't solve every issue. I examine mainly the settlement of a joint and several liability case *ex contractu*, but I also briefly examine it in a case *ex lege aquilia* (tort).

LORENZO ALBERTINI

Professore a contratto di Diritto della Proprietà Intellettuale presso il Dipartimento di Lingue dell'Università di Verona

E-mail: lorenzoalbertini.vr@gmail.com