



SALVATORE MONTICELLI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Foggia

TRANSAZIONE NOVATIVA ED *ARS NOTARIA* *

SOMMARIO: 1. Prologo: le «ragioni» di Don Filippo e la transazione. – 2. Transazione semplice e transazione novativa: il ruolo del notaio. – 3. La transazione su titolo nullo quale transazione necessariamente novativa e la nullità della transazione relativa a contratto illecito. – 3.1. Segue. Il limite legislativo alla possibilità di transigere su titolo nullo. Impedimento tecnico o scelta politica? – 3.2. Segue. La transazione sulle conseguenze patrimoniali derivanti dall'illiceità del titolo. – 4. L'accordo di conciliazione su titolo nullo ed il ruolo del notaio. – 5. La transazione su titolo nullo ed il c.d. recupero del contratto nullo. – 5.1. "Titolo" inesistente e transazione. – 6. La transazione nei contratti tra professionista e consumatore: l'indisponibilità di cui all'art. 143 C.d.c. – 6.1. Segue. Le conseguenze di una pretesa indisponibilità assoluta. – 6.2. L'opportunità di circoscrivere l'indisponibilità ai soli diritti non ancora acquisiti nella titolarità del consumatore. – 6.3. Segue. La ratio della previsione di nullità comminata dall'art. 143, I comma, II parte C.d.c. e carattere assoluto di essa. – 6.4. Segue. La disposizione del diritto mediante rinuncia o mediante transazione semplice o novativa. – 7. Conclusioni.

1. – È di un celebre scrittore e drammaturgo francese di fine 800, Alessandro Dumas, maestro del romanzo storico e del teatro romantico, un piccolo cammeo letterario che descrive, come pochi, con forza ed esemplare realismo, le finalità e le opportunità che l'istituto della transazione offre ai litiganti non solo per dirimere una lite, in atto o potenziale, ma, altresì per sottrarre le parti alle incertezze, ai costi ma, soprattutto alle lungaggini della "via" giudiziaria che, già all'epoca descritta dal Dumas, si connotava, nell'allora Regno di Napoli, per i tempi straordinariamente lunghi attraverso i quali i litiganti riuscivano ad ottenere giustizia.

L'opera alla quale alludo è una raccolta di scritti, denominata "Il Corricolo", di cui riporto l'efficace dialogo tra i litiganti – il proprietario di casa – in principio fermo ed integerrimo nei suoi propositi di far valere i propri diritti, e lo scaltro occupante *sine titulo* dell'immobile, don Filippo, che, con argomentazioni tanto realistiche, quanto poco giuridiche, lo convince, o, meglio, lo induce a transigere la lite.

“Ascoltatemi, mio bravo amico, mio degno proprietario! – disse don Filippo, chiudendo il libro – Per scacciarmi di qui è necessario un processo, è evidente: non abbiamo un contratto di fitto ed io ho il possesso. Ora, io mi lascerò processare in contumacia, un mese; farò opposizione, altro mese; voi mi citerete di nuovo, terzo mese; io metterò appello, quarto mese; voi otterrete una seconda sentenza, quinto mese; io ricorrerò in cassazione, sesto mese. Vedete che allargando un po' la cosa, giacché mi sono attenuto al minimo di tempo, si arriva a un anno perduto, oltre le spese.

* Lo scritto riproduce, con talune aggiunte e le note, il testo della relazione svolta al Convegno del 22 gennaio 2016, organizzato dalla Fondazione Emanuele Casale, in Avellino, sul tema: "I regolamenti transattivi: l'ars notaria nelle composizioni delle liti".

JUS CIVILE



- *Come! le spese? – esclamò il proprietario – Siete voi che sarete condannato alle spese.*
- *Senza dubbio, sarò io condannato alle spese, ma voi le pagherete, dato che io non ho un soldo e che, essendo voi l'attore, sarete obbligato ad anticiparle.*
- *Ahimè, è purtroppo vero! – mormorò il povero proprietario, emettendo un profondo sospiro.*
- *Roba da seicento ducati! – mormorò don Filippo.*
- *Quasi quasi – rispose il proprietario, che aveva rapidamente calcolato le spese giudiziarie e le sportule degli avvocati.*
- *Ebbene, facciamo qualcosa di meglio, mio degno proprietario: transigiamo.*
- *Non domando di meglio. Vediamo”.*

2. – Ebbene, venendo, dopo questa breve pittoresca introduzione, al tema della mia relazione, non può dubitarsi che lo strumento che più e meglio di ogni altro incarna le finalità transattive è rappresentato da quel particolare tipo di transazione, detta novativa.

Strumento negoziale, questo, tanto duttile ed efficace da consentire, secondo taluna, sia pure non condivisibile, dottrina¹, perfino la possibilità di un recupero del contratto nullo in ragione del dettato dell'art. 1972 c.c. e che, in ogni caso, ha come finalità e giustificazione causale la conciliazione definitiva della lite, mediante la rifondazione del titolo da cui origina rapporto tra le parti.

Ed infatti, se è pur vero che sia la transazione novativa che quella semplice eliminano la posizione di contrasto fra le parti e fanno venire meno l'interesse delle stesse ad una pronuncia sulla domanda come proposta o come evolutasi in corso di causa, correlativamente determinando l'inutilità della pronuncia medesima, è però altrettanto vero che, secondo quanto previsto dall'art. 1976 c.c., la transazione novativa implica l'integrale sostituzione del nuovo assetto di interessi delineato dalle parti al rapporto preesistente, il quale, in linea di principio (l'art. 1976, ultima parte, infatti, fa salva l'ipotesi in cui “il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato”), non può essere fatto rivivere nemmeno mediante l'attivazione del rimedio della risoluzione per inadempimento del contratto.

In altri termini la transazione novativa e la transazione semplice, pur essendo entrambi negozi cd. di secondo grado, benché evidenziandosi da taluni la natura dichiarativa della seconda a fronte della natura dispositiva della prima², si differenziano peculiarmente, giacché la prima a differenza della seconda non può considerarsi quale negozio ausiliario di quello principale, in

¹ Cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961, 91; ma, anche, E. VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa. La transazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo continuato da Mengoni, II^a ed., Milano, 1986, 394

² CARRESI, voce *La Transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 487. Ma, in senso critico, vedi M. FRANZONI, *La Transazione*, Padova, 2001, 169. Per un'agevole ricognizione delle varie tesi prospettate in dottrina riguardo i tratti distintivi delle due figure di transazione cfr., per tutti, MOSCARINI-CORBO, voce *Transazione: I*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1998, 9.



quanto la finalità di conciliare la lite passa, necessariamente, per la totale eliminazione della situazione giuridica – o pretesa tale (per quanto si dirà è ammissibile anche la transazione novativa rispetto ad un titolo inesistente) – attorno alla quale verte la lite che viene interamente sostituita dall’assenso d’interessi che origina solo dalla transazione.

Distinguo questo che sembra dato per acquisito anche in giurisprudenza che, nel differenziare le due ipotesi, pone in evidenza che *“caratteristica della transazione novativa è quella di essere non un negozio ausiliario, bensì un negozio principale”*, sottolineando che *“a differenza di quel che accade nella transazione propria, nella quale il contratto di transazione è complementare rispetto al fatto causativo del rapporto originario ed è quindi fonte concorrente di diritti ed obblighi, nella transazione novativa il contratto di transazione rappresenta l’unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti”*³.

Consequenziale al distinguo di cui innanzi è che nella transazione semplice, poiché non viene sostituito il titolo originario, ma sono modificati solo taluni profili di esso (ad esempio il *quantum* o le modalità dell’adempimento ecc.), che rimane a fondamento del rapporto inizialmente costituito, *“la natura dell’obbligazione resta quella originaria, soggetta alle sue vicende”*⁴. Pari discorso vale per le garanzie: giacché, qualora la transazione non sia novativa, le garanzie che assistevano l’adempimento del rapporto originario si estendono a quello che trova nella transazione una fonte c.d. concorrente. In questo caso, infatti, *“la nuova regola”* derivante dalla sopravvenuta transazione, *“si pone in via di derivazione rispetto alla situazione sulla quale si innesta e dalla quale dipende, dunque non ne elimina gli accessori”*⁵. Tale risultato non consegue, invece, alla transazione novativa salva l’ipotesi in cui vi sia un patto espresso in tal senso secondo quanto dispone l’art. 1232 c.c., in tema di novazione.

Con riferimento all’attività notarile mi sembra, invero, che il tema della transazione in generale e, più ancora, della transazione novativa non rivesta una valenza peculiare, nel senso che non ritengo, sotto il profilo eminentemente quantitativo, che il notaio sia chiamato di sovente a cimentarsi con l’istituto della transazione, se non per l’ipotesi in cui sia chiamato a rogitare una divisione transattiva o una transazione divisoria relativamente a patrimoni essenzialmente immobiliari. Ciò nonostante l’attenzione del notaio è sollecitata, per i limiti indicati dall’art. 1972, comma 1, c.c. in comb. disp. con l’art. 28 L.N., allorché lo strumento transattivo è adoperato con riferimento ad un contratto nullo e, per quanto si dirà, inesistente, nonché, all’esito di recenti interventi legislativi, considerato che l’art. 12 del d.lgs. n. 28/2010, in materia di mediazione e

³ Cass. 18 maggio 1999, n. 4811, in *Notiz. giur. lav.* 1999, 690.

⁴ M. Franzoni, *op. cit.*, 170. L’Autore, quanto alla prescrizione dell’obbligazione fondata sul titolo originario, evidenzia che *“nell’ipotesi della transazione semplice, il rapporto resta assoggettato alla prescrizione originaria, tuttavia la stipula del contratto vale ad interromperne il decorso, in modo corrispondente agli effetti dell’art. 2944 c.c.”*. Sottolineando (233) che l’effetto interruttivo *“vale anche nell’ipotesi in cui la transazione si risolva o venga annullata, mentre non permane se questa venga dichiarata nulla”*.

⁵ M. FRANZONI, *op. cit.*, 229.



conciliazione, sancisce che il verbale di accordo non può avere contenuto «contrario all'ordine pubblico o a norme imperative» e l'art. 11, comma 3, del predetto d.lg. prevede che «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato». È notorio, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 2657 c.c., il notaio è l'unico pubblico ufficiale che ha tra i suoi compiti specifici quello di ricevere e, quindi, autenticare i contratti soggetti a trascrizione.

3. – Procedendo con ordine, in queste riflessioni sparse in tema di transazione novativa ed attività notarile, e venendo alla prima questione d'interesse indicata in premessa, giova qui indagare la *ratio* sottesa alla limitazione contenuta nel dettato dell'art. 1972, comma 1, c.c. circa la possibilità delle parti di transigere validamente relativamente ad un contratto nullo ma non nell'ipotesi in cui detto contratto sia illecito, giacché la norma citata, com'è noto, espressamente sancisce la nullità della transazione relativa ad un contratto viziato da tale causa di nullità, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo⁶.

Secondo l'interpretazione prevalente, in dottrina ed in giurisprudenza, circa la portata della norma proibitiva/imperativa in questione essa sancisce la nullità della transazione soltanto se questa abbia ad oggetto un contratto nullo per illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti⁷ e non quando si tratti di contratto nullo per mancanza di uno dei requisiti previsti dall'art. 1325 c.c.⁸.

Invece, non vi sono pronunce edite, a quanto consta, relativamente all'ipotesi in cui l'illiceità riguardi l'oggetto del contratto; ma, invero, autorevole e condivisibile dottrina⁹ ha affermato che l'impedimento indicato dall'art. 1972, comma 1, c.c. consegue alla illiceità del negozio sottostante derivante da qualsivoglia ragione e, dunque, attinente, oltre che alla causa ed al motivo illecito comune, all'oggetto, ai soggetti, o, perfino, ad una modalità, se ovviamente l'illiceità

⁶ La norma si inserisce, sebbene con le peculiarità di cui si dirà appresso, nel quadro di una serie di disposizioni che riservano al contratto nullo, perché illecito, un trattamento diverso da quello che concerne la nullità in genere, cfr., sul punto, per taluni rilievi sistematici, utilmente, G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, immeritevolezza nullità* a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, 9 ss.

⁷ In tal senso, tra gli altri, E. VALSECCHI, cit., 339. Sul punto, anche, E. DEL PRATO, voce *Transazione*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 845, che evidenzia che l'illiceità in questione “debba coincidere con la nozione fornita dall'art. 1343 c.c.”.

⁸ Cass. 27 agosto 1994, n. 7553. Secondo un'opinione (Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 89) la nozione di illiceità di cui all'art. 1972 c.c. sarebbe, invece, assi più ristretta: essa in particolare riguarderebbe unicamente gli atti contrari alla morale, ai *boni mores*. Ciò in forza della considerazione in base alla quale soltanto in questo caso è dalla legge preclusa alle parti la disponibilità delle reciproche posizioni giuridiche, come sarebbe provato dal dettato dell'art. 2035 c.c., ai sensi del quale non è ammessa la ripetizione di quanto corrisposto *ob turpem causam*.

⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, rist. 2ª ed. (1975), Napoli, 126.



non vizi solo detta modalità¹⁰. Aggiungerei che l'orientamento, oramai consolidato della giurisprudenza, secondo cui è alla causa in concreto cui bisogna fare riferimento ai fini della valutazione della illiceità del contratto¹¹, ovviamente complica notevolmente il compito dell'interprete, anche ai fini che qui interessano della possibilità di transigere relativamente ad un titolo nullo, considerando che la nullità per l'illiceità della causa concreta è, certamente, di più complessa individuazione¹².

Ulteriore questione relativa all'ambito di applicazione della norma è quella della riferibilità o meno di essa alle transazioni riferibili non già a contratti illeciti bensì a negozi giuridici illeciti, diversi dai contratti. Il problema si è posto, in particolare, per il testamento¹³. A tal riguardo si ritiene che il riferimento esplicito al contratto vada interpretato non in senso letterale e, perciò, restrittivo, dovendosi, invece, riferire il limite posto dal legislatore a qualsiasi atto di autonomia privata¹⁴. È stato, infine, rilevato circa la riferibilità del limite di cui all'art. 1972 c.c. all'azione conseguente all'impugnazione di una delibera assembleare che qualora “la nullità delle deliberazioni assembleari deriva da cause che costituirebbero motivi d'illiceità dell'atto, si deve ritenere che per queste operi l'art. 1972, comma 1, c.c., che trasmette la nullità alla transazione”¹⁵.

3.1. – Premesso quanto innanzi e passando alla disamina del divieto contenuto nell'art. 1972, comma 1, c.c., si rileva che il dettato della norma impone di indagare preliminarmente circa la

¹⁰ Per un'attenta ricognizione del contenuto e dell'ambito di applicazione del divieto contenuto nel comma 1 dell'art. 1972 c.c. cfr. E. INDRACCOLO, *Commento all'art. 1972 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, artt. 1861-1986, Torino, 2011, 762-763.

¹¹ Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, che recita: “L'indagine relativa alla liceità della causa quale obiettiva funzione economico-sociale del contratto va svolta non ‘in astratto’ ma ‘in concreto’, onde verificare la conformità a legge dell'attività negoziale posta in essere dalle parti e quindi la riconoscibilità nella specie della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico. Una siffatta indagine in ordine alla funzione obiettiva del negozio posto in essere non può prescindere dall'apprezzamento degli interessi che lo stesso è destinato a realizzare, quali emergono dalle circostanze obiettive (pregresse, coeve e successive alla sua conclusione) secondo la valutazione, riservata al giudice del merito, del materiale probatorio acquisito”; ma vedi anche Cass. civ., Sez. III, sent. 7 ottobre 2008, n. 24769, secondo cui, “Qualora le parti perseguano il risultato vietato dall'ordinamento non attraverso la combinazione di atti di per sé leciti ma mediante la stipulazione di un contratto la cui causa concreta si ponga direttamente in contrasto con le disposizioni urbanistiche e, in particolare, con i vincoli di destinazione posti dal locale piano regolatore, il contratto stipulato è nullo ai sensi dell'art. 1343 cod. civ. (per violazione, appunto, di disposizioni imperative) e non ai sensi dell'art. 1344 cod. civ.”.

¹² Considerato il testo dell'art. 28 L.N. e l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza in ordine alla portata di detta disposizione, al di fuori delle ipotesi di espresso divieto di legge, e di manifesta contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume, l'eventuale nullità dell'atto derivante dall'acclarata illiceità della causa concreta non sarà sufficiente a determinare l'insorgenza di una responsabilità disciplinare, ex art. 28, n. 1, del notaio rogante.

¹³ Sul punto, App. Genova, 21 febbraio 1957, in *Foro it.*, 1957, I, 1672 ss, con nota critica di P. Schlesinger, *Sulla transigibilità degli atti in senso stretto o dell'illiceità dei fatti giuridici*.

¹⁴ In tal senso, tra gli altri, condivisibilmente, E. DEL PRATO, voce *Transazione*, cit., 845; G. GITTI, *La transazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, IV, *I contratti composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2005, 137; E. INDRACCOLO, *op. cit.*

¹⁵ M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 93.



sussistenza o meno di un impedimento **tecnico** sotteso al divieto di transigere relativamente ad un negozio illecito e motivato dal possibile rifluire della peculiare patologia del titolo originario nell'accordo transattivo con valenza novativa.

È ben vero, infatti, che l'art. 1972 c.c., nel distinguere con riferimento alla disciplina della transazione novativa a seconda se quest'ultima intervenga relativamente ad un titolo nullo o relativamente ad un titolo nullo perché illecito, commina solo nel secondo caso la nullità di essa, mentre per la prima ipotesi la nullità del titolo diviene solo causa di impugnabilità dell'accordo transattivo per errore sul motivo laddove la patologia del titolo preesistente era stata ignorata dalle parti.

Tale diversa disciplina legittima il dubbio che nell'accordo transattivo, sebbene avente valenza novativa, si trasfonda l'illiceità del contratto su cui la transazione si fonda, di talché la transazione stipulata sulla illiceità del contratto sarà anch'essa nulla per illiceità. Non è un caso che da taluni si sia sottolineato il parallelismo con l'analoga regola, sia pure non espressa, relativa alla conversione, nonché con la disposizione che esclude la conferma per le disposizioni testamentarie e le donazioni viziata da illiceità.

Siffatta prospettiva, come già in altre occasioni ebbi a sottolineare¹⁶, non è, però, condivisibile giacché irrimediabilmente contrasta con le peculiarità che connotano e differenziano la transazione novativa dalla transazione semplice: ed infatti, se riguardo la conversione le ragioni del divieto non espresso possono individuarsi proprio nel rapporto di continenza intercorrente tra la fattispecie risultante dalla conversione ed il negozio nullo e se, parimenti, non può dubitarsi della relazione peculiare esistente tra la negoziazione nulla ed il negozio di conferma, siffatti legami, viceversa, non sussistono per l'ipotesi di transazione novativa anche se relativa al contratto illecito.

La giustificazione di tale affermazione risiede, infatti, nella funzione esplicata dall'accordo transattivo con valenza novativa laddove lo stesso intervenga, in generale, relativamente ad una negoziazione nulla: in questa ipotesi il risultato cui mirano le parti è, come si è detto, quello di rendere indipendente la validità del nuovo rapporto fondato sulla transazione dalle vicende relative alla situazione controversa fondate sulla preesistente negoziazione viziata.

Tale effetto è perseguibile solo creando *ex novo* un rapporto che in tutto si sostituisce al precedente eliminando la fonte originaria della lite¹⁷; in questi termini, allora, appare chiaro che **non può negarsi all'accordo transattivo appieno innovativo l'idoneità tecnica a creare un nuovo rapporto perfettamente valido relativamente anche alla situazione litigiosa fondata su un contratto illecito.**

¹⁶ S. MONTICELLI, *Patologia del contratto e negoziazioni compositive della lite*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 1, 2002, 20 ss.; ID., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 108.

¹⁷ Sul punto concorda anche F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, II ed., Padova, 2008, 987, che afferma: "Quanto alla natura necessariamente novativa della transazione su contratto nullo, essa appare indiscutibile", rilevando, altresì, che da tale natura consegue che "gli effetti del contratto faranno data dal momento non del contratto nullo, ma della successiva transazione".



Ed infatti, tanto sotto il profilo causale quanto sotto il profilo dell'oggetto, il rapporto derivante dall'accordo transattivo appieno innovativo sarà del tutto autonomo da quello fondato sul contratto nullo, ancorché illecito, e, proprio in ragione di tale autonomia, da un lato dovrà negarsi ogni fondamento alla tesi che attribuisce alla transazione su titolo nullo una valenza cd. recuperatoria e/o di sanatoria del contratto presupposto, da cui origina la lite, in tesi nullo, dall'altro non potrà negarsi che il nuovo rapporto fondato sulla transazione sarebbe immune dai vizi che connotavano la fattispecie affetta da illiceità che si è voluta sostituire (spazzare via) proprio attraverso la transazione.

Alla luce di quanto esposto, dunque, deve riconoscersi al divieto comminato nel comma 1 dell'art. 1972 c.c. esclusivamente una **funzione sanzionatoria** giustificata dal particolare disfavore manifestato nei confronti dei rapporti contrattuali nulli per illiceità¹⁸ che si risolve, quindi, in un limite a comporre la lite attraverso la transazione¹⁹.

In altri termini il divieto contenuto nella norma in oggetto, ben lungi dall'essere confermativo di un possibile rifluire della illiceità del titolo originario nell'accordo transattivo con valenza novativa, ha piuttosto il valore di *limite eccezionale* dell'autonomia dei privati, limite che ha i connotati propri della *sanzione civile* e che il legislatore necessariamente ha dovuto porre con un divieto espresso in quanto, in mancanza di esso, nessun impedimento tecnico si sarebbe potuto frapporre ad una valida stipulazione di una transazione novativa²⁰ relativa ad una negoziazione viziata da illiceità²¹.

3.2. – Per concludere sul punto, se è pur vero che l'art. 1972, comma 1, c.c., esclude la possibilità di concludere una valida transazione relativamente ad un contratto illecito, nulla impedi-

¹⁸ Si ricorda, tra le altre norme, anche il disposto dell'art. 2126 c.c. "La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, *salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa*".

¹⁹ Sul punto cfr., anche, G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, Napoli, 2003, 56, che osserva che la finalità perseguita dall'art. 1972, comma 1, c.c. è di evitare che "mediante una transazione, le parti ledano gli interessi, a tutela dei quali il legislatore ha disposto la nullità, quindi che il contratto illecito produca effetti, sia pure in modo indiretto".

²⁰ Appieno condivisibili appieno i rilievi di E. DEL PRATO, voce *Transazione*, cit., 845, che opportunamente evidenzia che dal comma 2 dell'art. 1972 c.c. "si desume, infatti, la generale ammissibilità e l'autonomia dell'accordo volto a superare la controversia sulla nullità del titolo. L'art. 1972, comma 1, limita la portata di questo principio, riservando alla decisione giudiziale ogni questione in materia di illiceità".

²¹ Sulle argomentazioni svolte nel testo, che riprendono quelle già elaborate dal sottoscritto negli scritti citati in nota 14 e qui riprese, sembra concordare F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 986 ss., che, nell'escludere che con la transazione su titolo nullo si operi una sanatoria di esso, realizzandosi, piuttosto un nuovo contratto del tutto autonomo dal precedente, conclude che, a rigore, "si dovrebbe perfettamente ammettere la transigibilità del contratto illecito", sebbene evidenzi che la regola espressa dal comma 1 dell'art. 1972 c.c. non stia ad individuare una sorta di sanzione civile all'autonomia privata bensì ricalchi la regola affermata dall'art. 2035 c.c. per cui sarebbe contrario al buon costume (ordine pubblico non economico) consentire discussione e disposizione di situazioni giuridiche ed economiche connesse ad un contratto illecito" (987). In verità non mi sembra che l'argomentazione appena riferita escluda la qualificabilità del divieto espresso dall'art. 1972, comma 1, c.c., in termini di sanzione civile.



sce che una valida transazione sia stipulata sulle conseguenze, restitutorie o risarcitorie, che da tale illiceità e conseguente nullità conseguano. Infatti, quest'ultima transazione poiché non investe il contratto ma solo le conseguenze che dalla nullità derivano non è soggetta in alcun modo al limite di cui al predetto articolo, ed è pienamente ammissibile²².

4. – Si è detto nell'*incipit* di questa relazione che l'attenzione del notaio relativamente alla transazione su titolo nullo è sollecitata, per i limiti indicati dall'art. 1972, comma 1, c.c. in comb. disp. con l'art. 28 L.N., in quanto, laddove lo strumento transattivo, sia pure in forma novativa, sia adoperato dalle parti relativamente ad un titolo nullo perché illecito, anche la transazione sarà affetta da nullità, per violazione della norma proibitiva/imperativa espressa dal predetto art. 1972, comma 1, c.c.

Ebbene, la questione in concreto potrebbe apparire marginale quanto all'ipotesi in cui in notaio sia direttamente officiato dalle parti nella redazione della predetta transazione, giacché in questo caso il notaio, usualmente accorto, effettuerà il controllo di legalità cui è tenuto e, nella ricorrenza dell'illiceità del titolo, dovrà rifiutare la stipulazione.

Maggiori rischi potrebbe, invece, presentare l'intervento del notaio nel procedimento di mediazione. Va infatti considerato che in detto contesto l'intervento del notaio può esplicarsi in tre modalità: a) in qualità di pubblico ufficiale chiamato ad autenticare il verbale di conciliazione da trascrivere; b) in qualità di mediatore; c) nella duplice veste di mediatore prima e di notaio, poi, chiamato ad autenticare il verbale di conciliazione²³, qualora con l'accordo le parti concludano uno dei contratti o compiano uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., soggetti quindi a trascrizione.

Con riferimento alle ipotesi indicate, in relazione al ruolo ricoperto dal notaio, si rileva che: nell'ipotesi a), l'intervento del notaio ricorre a valle di un accordo di mediazione, cui il notaio rimane estraneo.

Detto accordo è frutto dell'intesa raggiunta dalle parti, assistite dai propri avvocati, sotto la direzione del mediatore.

Ma, sebbene l'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010, in materia di mediazione e conciliazione, sancisca che il verbale di accordo non può avere contenuto «contrario all'ordine pubblico o a norme imperative», è noto che il mediatore difficilmente ha le competenze per individuare talune forme d'illiceità ed è ben possibile che le stesse sfuggano anche alle parti ed ai loro legali. Tra

²² Cass. 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Guida al dir.*, 2004, 17, 64, secondo cui "Anche il contratto nullo è transigibile, ma se è illecito, è valida la sola transazione sulle conseguenze patrimoniali, anche di mero fatto, dell'atto stesso". In precedenza Cass., 26 gennaio 1988, n. 664.

²³ La possibilità per il notaio di assumere la duplice veste di Notaio e di mediatore ha destato iniziali perplessità in considerazione del disposto dell'art 14 del decreto, ove è statuito il divieto per il mediatore di assumere diritti o obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati. Dette perplessità sono state risolte poi in senso positivo dalla dottrina prevalente e dallo stesso Consiglio Nazionale del Notariato.



tutte mi vengono immediatamente in mente quelle relative all'abusività di un immobile o, soprattutto, di parte di esso, già oggetto del contratto controverso.

Ebbene, se le parti nel transigere, in sede di media-conciliazione, la controversia insorta relativamente a quel contratto, con oggetto illecito, sia pure con l'adozione dello strumento della transazione novativa, effettuino un atto di disposizione di un diritto reale, magari relativo a tutt'altro cespite, sarà necessario che l'accordo di conciliazione sia autenticato dal notaio, ai fini della trascrizione. E poiché, si è detto, che la limitazione di cui all'art. 1972 c.c. include l'ipotesi di illiceità dell'oggetto del contratto, ne segue che il notaio chiamato ad autenticare il verbale di conciliazione da trasciversi, dovrà effettuare in quella sede i controlli e le verifiche che la legge notarile gli impone: in particolare il controllo di legalità da esercitarsi sul contenuto dell'accordo di conciliazione e, per esso, sul contratto presupposto, nullo per illiceità, relativamente al quale si è conclusa la transazione novativa. Come è noto, infatti, l'art. 28 della legge notarile, come novellato dall'art. 12, comma 1, legge 28 novembre 2005, impone al notaio tale fondamentale adempimento anche relativamente alle scritture private autenticate.

A complicare il compito del notaio, in tale contesto, vi è la circostanza, affatto trascurabile, che l'accordo di conciliazione, nell'ipotesi considerata, arriverà al notaio già concluso, il che, laddove, all'esito del controllo di legalità, detto accordo di conciliazione non passi il vaglio di cui all'art. 1972, comma 1, c.c., imporrà al notaio di denegare l'autentica e, in sostanza, a rimettere alle parti la conclusione di un nuovo accordo, auspicabilmente valido. È molto probabile che in tale ipotesi saranno le parti ad incaricare il notaio di assisterle nella redazione di tale atto negoziale autonomo, riattribuendogli, così, quel ruolo di mediatore *ante litteram* – ma esperto del diritto – che il malaccorto legislatore, con una disciplina, quale quella sulla media-conciliazione, a dire poco, deprecabile, non ha considerato.

5. – Le considerazioni fin qui esposte consentono anche di escludere che l'art. 1972 c.c. rappresenti una norma che, con altre (590, 790, 2126, 2332 c.c., ecc.), attesti la possibilità del recupero del contratto nullo o, una delle ipotesi di eccezione al divieto di convalida di esso, indicate, ma non specificate, nell'art. 1423 c.c.

Infatti, poiché, per quanto già esposto, relativamente al titolo nullo non può che ipotizzarsi una transazione appieno innovativa giacché l'accordo transattivo si sostituisce appieno, accantonandolo, al contratto originario viziato da nullità relativamente al quale è sorta la controversia, ne segue che, nell'ipotesi di transazione su titolo nullo, il contratto originario non è affatto recuperato all'esito della transazione e, neppure, ad esso può riconoscersi, come invece, ad esempio, al testamento o alla donazione nulla, confermati, una valenza di fonte concorrente e/o additiva in una fattispecie complessa, composta dal titolo nullo e dalla transazione. Rimanendo, invece, esso mero presupposto di fatto da cui origina la lite oggetto di composizione. D'altra parte non



può che condivedersi l'osservazione di chi²⁴ ritenendo "indiscutibile" la natura necessariamente novativa della transazione su contratto nullo, evidenza che diversamente opinare implicherebbe ritenere che sia possibile disporre di ciò che non è disponibile, mortificando l'esigenza di tutela dell'interesse generale sotteso alla previsione della nullità. Non a caso l'art. 1966 c.c. detta la nullità per la transazione che coinvolge diritti indisponibili.

5.1. – Se, come si è tentato di dimostrare, la previsione contenuta nell'art. 1972 c.c. è inidonea a fondare un'ipotesi di sanatoria del contratto nullo e neppure un recupero di esso deve coerentemente ritenersi che con appare essenziale ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 c.c. e, dunque, di una valida transazione, dare per necessaria l'esistenza di un "titolo", sia pure nullo, elevandolo, così, a presupposto "non controverso dei rapporti controversi"²⁵; indispensabile ai fini del valido perfezionamento della fattispecie transattiva. Se, infatti, attraverso l'accordo transattivo si è inteso creare un nuovo assetto d'interessi svincolato del tutto dal rapporto litigioso, sarà irrilevante distinguere il caso in cui il «titolo» sia affetto da nullità da quello in cui esso sia, invece, inesistente ritenendo possibile la transazione appieno innovativa, ex art. 1972 c.c., solo nella prima ipotesi. D'altra parte quanto innanzi trova anche riprova nella distinzione tra la transazione novativa e la novazione, giacché, com'è noto, nella prima il nesso tra l'estinzione e la costituzione del nuovo rapporto non è funzionalmente necessario a differenza della seconda ove la validità dell'obbligazione nuova, risultante dalla novazione, presuppone la validità dell'obbligazione novata in quanto l'effetto estintivo dell'una è in funzione dell'effetto costitutivo all'altra relativo²⁶. E, perciò, laddove la questione dell'esistenza o meno del fatto (titolo) ha formato argomento della lite oggetto di transazione non sarà consentito alle parti impugnare l'accordo transattivo "allegando che il contratto è privo di oggetto o viziato nella causa o che comunque è inesistente il titolo sui cui effetti (presunti) si è transatto giacché a tale indagine osta il divieto di riproporre questioni che siano state decise convenzionalmente dalle parti interessate"²⁷.

6. – Il disposto dell'art. 1966 c.c. induce qualche riflessione sull'ulteriore questione dell'ammissibilità della transazione, **novativa o semplice**, relativamente a controversie insorte nei contratti tra professionista e consumatore. Problematica d'interesse notarile non solo per il suo obbiettivo rilievo generale ma, anche, nello specifico, giacché essa può facilmente emergere lad-

²⁴ F. DI MARZIO, *op. cit.*, 987.

²⁵ M. GIORGIANNI, *In tema di transazione sul «titolo nullo»*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 441.

²⁶ Cfr., tra gli altri, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 101 ss.

²⁷ CARRESI, *Transazione*, cit., 208. In generale la dottrina assolutamente prevalente, cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 167; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 855, è favorevole ad estendere l'operatività dell'art. 1972 c.c. anche all'ipotesi di "titolo" inesistente.



dove il notaio sia incaricato di rogare un mutuo bancario, ad esempio per l'acquisto di un immobile, in cui il mutuatario sia, appunto, classificabile come "consumatore".

Va considerata, al riguardo, la previsione, contenuta nell'art. 143 C.d.c., che sancisce: "*I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili*" nonché la nullità di "*ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice*".

Nel riprendere talune considerazioni da me svolte in sede di primo commento alla disposizione in questione²⁸ rilevo che se la natura imperativa di essa sembra indubitabile, di più difficile comprensione appare l'individuazione della portata del precetto normativo da essa espresso.

Per dare un senso alla previsione normativa, la nullità, comminata dalla 2° preposizione di cui al comma 1 dell'art. 143 C.d.c., va, a parere di chi scrive, correttamente riferita esclusivamente ai patti ed ai negozi unilaterali con i quali il consumatore disponga, rinunciandovi, dei diritti che il C.d.c. gli attribuisce.

Inoltre, sembra ragionevole ritenere che il divieto di deroga convenzionale alle norme del C.d.c., anche se come innanzi circoscritto, consenta comunque deroghe migliorative in favore del consumatore²⁹.

Chiarito preliminarmente quanto innanzi è da evidenziare che sono di ben altra portata e difficoltà interpretativa i problemi che la disposizione in esame pone all'operatore del diritto.

È ben vero, infatti, che se non può dubitarsi che il connotato della irrinunciabilità vada senz'altro riferito a taluni dei diritti fondamentali del consumatore, elencati in maniera esemplificativa nell'art. 2 C.d.c., quali ad esempio quelli cristallizzati nella Carta Costituzionale, sembra, invece, dubbio che la prevista indisponibilità possa anche essere correttamente riferita ai diritti patrimoniali del consumatore maturati in conseguenza di negoziazioni concluse con il professionista. Rispetto ad essi c'è da chiedersi se la norma, col sancire l'irrinunciabilità dei diritti e la nullità di ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice, vieti qualsiasi atto dispositivo di diritti attribuiti al consumatore dal C.d.c. sia in via preventiva rispetto al verificarsi di atti o fatti ai quali è connesso l'insorgere di tali diritti che successivamente rispetto alla cd. maturazione del diritto in capo al consumatore.

Tale quesito ne evoca, poi, immediatamente un altro: laddove, infatti, si dovesse propendere per la tesi più rigorosa e, dunque, per la nullità di qualsiasi atto dispositivo dei diritti patrimoniali derivanti dal C.d.c. benché già maturati c'è da interrogarsi sul come si potrebbe conciliare tale nullità con l'altra previsione, contenuta nell'art. 141 C.d.c., che contempla la possibilità che le controversie insorte nell'ambito dei rapporti tra consumatore e professionista

²⁸ Sia consentito rinviare a S. MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore e la nullità dei patti*, in *Contratti*, fasc. 7, 2007, 697 ss.

²⁹ Anche in altri campi ove il legislatore, attraverso la previsione di norme inderogabili, attua finalità di protezione di interessi di categoria sono generalmente consentite deroghe migliorative a favore del soggetto protetto, è quanto ad esempio concordemente si ritiene con riferimento alla legislazione lavoristica, cfr., per tutti, G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 2006, 294.



trovino risoluzione attraverso il ricorso a procedure di composizione extragiudiziale.

È evidente, infatti, che tale sistema paragiurisdizionale di composizione della controversia può trovare concreta attuazione solo se le parti, e in concreto il consumatore, siano libere di transigere, rinunciare o, comunque, disporre dei propri reciproci diritti, quantomeno di quelli già acquisiti. Non è un caso che il legislatore in tutt'altra materia, quella del lavoro, ove, però, come nel C.d.c. si mira a tutelare non tanto un interesse generale quanto, piuttosto, un interesse categoriale, ha espressamente previsto, nell'art. 2113 c.c., l'inoppugnabilità delle rinunzie e transazioni stipulate con l'intervento sindacale, ovvero in presenza di organi pubblici.

Ancora, c'è da chiedersi se la nullità comminata dall'art. 143, comma 1, II parte, sia, stante il silenzio del legislatore al riguardo, assoluta o, piuttosto, relativa in armonia, dunque, con le altre ipotesi di nullità di protezione contenute nel C.d.c.³⁰.

Infine, spostando la riflessione dal piano strettamente sostanziale a quello processuale, c'è da interrogarsi circa l'ammissibilità e la valenza di una dichiarazione resa nel corso del giudizio, in ossequio ad una precisa scelta difensiva, da parte del consumatore, di non intendere avvalersi di taluni diritti che il C.d.c. pur gli attribuisce.

In concreto, ad esempio, ci si riferisce all'ammissibilità o meno di una dichiarazione, contenuta nelle difese spiegate dal consumatore, nella quale questi precisi che non intende sollevare la questione della vessatorietà e, quindi, della nullità di una clausola contenuta in un contratto stipulato con il professionista.

Sorge infatti il dubbio se una tale opzione difensiva, a parere di chi scrive, ammissibile e preclusiva di ogni iniziativa officiosa del giudicante circa la declaratoria di nullità della clausola fintantoché la previsione di cui all'art. 1469 *quinquies*, comma 3, c.c. (“*l'inefficacia, alias la nullità, opera soltanto a vantaggio del consumatore*”) non era stata trasfusa nel più ampio contesto del C.d.c.³¹, possa oggi ancora considerarsi tale leggendo l'art. 36, comma 3, C.d.c., in

³⁰ Sul punto si registrano opinioni opposte, in verità non sempre sorrette da un'adeguata riflessione sulle finalità sottese alla previsione della nullità in questione. Propendono per la natura relativa della nullità C. PETRELLA, *sub art. 143 in Commentario al Codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa* a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore, 2006, 1079; F. LUCCHESI, *sub art. 143*, in *Codice del consumo* a cura di Vettori, Padova, 2007, 1112; A. Saccomanni, *sub art. 143, Irrinunciabilità dei diritti*, in *Codice del consumo* commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, 877 ss; G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel “Codice” del consumo*, in questa *Rivista*, n. 4, 2006, 393. Sembra invece ritenere ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di nullità assoluta A. BARBA, *sub art. 143*, in *Codice del consumo* a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, 554 che evidenzia che l'irrinunciabilità dei diritti costituisce un principio regolativo del mercato; analogamente propende per la natura assoluta della nullità contemplata dalla norma in questione G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni “generali” e “finali” del Codice del Consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 69-70. Laddove si tratti di nullità assoluta, così come si tenterà di dimostrare in questo scritto, tra le conseguenze di tale qualificazione rientrerà anche la responsabilità disciplinare del notaio per la violazione dell'art. 28 della L.N. nell'ipotesi in cui in un atto notarile vi sia un patto abdicativo o, comunque, dispositivo del diritto del consumatore, qualora esso non sia ancora sorto.

³¹ Sia dato rinviare alle considerazioni esposte nei miei scritti, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. di dir. priv.*, n. 4/2002, 685 ss.; *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, 295 ss.



combinato disposto con l'art. 143, comma 1, C.d.c., con le conseguenze che ne derivano in ordine alla conformazione dei poteri officiosi del giudicante agli interessi del consumatore.

6.1. – L'individuazione dei tanti problemi che si prospettano per l'operatore del diritto a seguito dell'introduzione nel C.d.c. dell'art. 143 se certamente conferma l'opinione, largamente diffusa in dottrina, circa la scarsa attenzione riservata dal legislatore nel valutare la ricaduta e l'impatto nel sistema delle nuove norme inserite nel C.d.c. d'altro impone agli interpreti e, anzitutto, tra questi, agli studiosi l'arduo compito di dare risposte concrete e tentare, per quanto possibile, di ricondurre nel sistema o, meglio, nel microsistema del C.d.c., disposizioni, come quella in esame, che, per quanto già sommariamente evidenziato e più diffusamente si dirà, sembrano del tutto asistematiche³² e perfino idonee minarne i fondamenti.

Nel procedere con ordine nell'affrontare le problematiche delineate e, dunque, preliminarmente quella relativa all'indisponibilità dei diritti degli utenti e dei consumatori, conseguente alla prescritta irrinunciabilità di siffatti diritti di cui alla I parte del comma 1 dell'art. 143 C.d.c., si osserva che se tale indisponibilità dovesse riguardare non solo i diritti non ancora acquisiti nella sfera giuridica del consumatore bensì anche quelli già maturati, **dovrebbe coerentemente ritenersi che essi siano anche assolutamente intransigibili.**

Invero, questa radicale conclusione sembrerebbe trovare conferma nella II parte del 1° comma dell'art. 143 laddove è prescritta la comminatoria di nullità di ogni pattuizione che si pone "in contrasto con le disposizioni del codice" e, dunque, giocoforza, con la disposta irrinunciabilità (indisponibilità) di cui alla I parte del comma 1 dell'articolo citato.

In definitiva il negozio dismissorio, in concreto la rinuncia, anche se inserita nell'ambito di una transazione, sia esso coevo sia esso successivo all'insorgere del diritto, sarebbe in ogni caso contrario a norme imperative e, dunque, nullo secondo quanto testualmente previsto dalla norma in esame.

In coerenza con siffatta opzione interpretativa la nullità in questione dovrebbe, invero, essere assoluta e rilevabile d'ufficio dal giudice con i soli limiti, che la giurisprudenza rinviene, del rispetto del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Una tale conclusione, laddove trovasse conferma all'esito di una più meditata riflessione sulle finalità sottese alla norma in commento, dovrebbe indurre una constatazione: il C.d.c. dopo aver conferito pieno riconoscimento, nel sistema dei contratti conclusi tra professionista e consumatore, alla categoria della nullità di protezione, in quanto, per le note peculiarità che la connotano e, nel contempo, la differenziano dalla nullità tradizionale, essa è funzionale alla tutela anzitutto dell'interesse del consumatore e, solo, in via subordinata dell'interesse generale, sembrerebbe poi fare una precipitosa "marcia indietro". Ciò avverrebbe negando, in via categorica ed assoluta, al consumatore di essere arbitro del proprio diritto, perché esso è qualificato *tout*

³² Condivisibilmente sottolinea l'asistematicità del Codice del consumo G. DE NOVA, *op. cit.*, 392.



court indisponibile e sono connotati di nullità radicale ed assoluta gli atti negoziali con i quali del diritto egli disponga. Come a dire, ricordando un noto brano letterario, “*tutto cambia perché nulla deve cambiare*”.

Il sistema civilistico tradizionale, destrutturato negli ultimi dieci anni dalle innovazioni derivanti dalla ricezione della legislazione comunitaria, avrebbe la sua rivincita e si ricompatterebbe grazie ad una norma nazionale paradossalmente collocata proprio in un contenitore normativo pensato, secondo quanto si legge nella Relazione governativa che accompagna il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, per “*riorganizzare in modo sistematico le numerose leggi a tutela del consumatore*”, per operarne un “*riordino sistematico*”, effettuarne un “*coordinamento*” ed eliminarne “*le incoerenze e le sovrapposizioni tra le diverse regole derivanti da distinte direttive comunitarie*”.

6.2. – I rilievi appena svolti non devono, però, far dimenticare che compito dell’interprete non è tanto quello di individuare i profili di incoerenza di determinate disposizioni rispetto al sistema bensì quello, ben più arduo, di indicare opzioni interpretative che riconducano, per quanto possibile, dette norme nel sistema o, come nel caso di specie, nel microsistema dettato dal C.d.c., onde consentire a quest’ultimo di funzionare.

Si ritiene quindi utile prospettare nella materia che ci occupa qualche soluzione in grado di conciliare la categorica irrinunciabilità dei diritti del consumatore con una normativa che, in molti casi, invece, da un lato legittima **il solo consumatore** a far valere in sede giudiziale la nullità di clausole contrattuali lesive di detti diritti, dall’altro favorisce la **risoluzione amichevole delle controversie** originate da transazioni commerciali concluse con il professionista, dall’altro ancora consente, sia pure con riferimento a fattispecie specifiche ma pur sempre contemplate nel C.d.c., limitazioni convenzionali a diritti già acquisiti dal consumatore.

In quest’ottica si propone di distinguere, nell’ambito delle negoziazioni dismissive dei diritti del consumatore, quei patti o negozi unilaterali contenenti rinunce conclusi **prima** o, più probabilmente, **coevamente** all’atto di stipulazione del contratto da quelli stipulati, invece, **in epoca successiva**.

Solo i primi sarebbero nulli in quanto atti ad impedire il sorgere del diritto in un momento, quello costitutivo del rapporto contrattuale tra professionista e consumatore, ove quest’ultimo si pone quale soggetto debole e, dunque, destinatario di un supplemento di tutela assicurato dalle norme di protezione contenute nel C.d.c. Viceversa tali esigenze di maggiore tutela si riducono, se non si azzerano successivamente all’insorgere del diritto, all’acquisizione di esso nella titolarità del consumatore. In questa fase ulteriore, com’è noto, egli diviene arbitro di azionare o meno il proprio diritto in quanto unico soggetto a ciò legittimato secondo quanto previsto dall’art. 36, comma 3, e dall’art. 134 C.d.c., e di conseguenza è libero anche di rinunciare o di transigere rispetto ad esso³³.

³³ Al riguardo, nell’esprimere un giudizio fortemente critico sulla scelta operata dal legislatore inserendo nel



Non è di ostacolo, d'altra parte, ad una tale ipotesi ricostruttiva la previsione, pur sempre contenuta nei menzionati articoli, della rilevabilità di ufficio da parte del giudice della nullità: infatti, già in altre sedi³⁴ si è avuto modo di evidenziare il legame stretto che corre tra la legittimazione relativa all'azione di nullità circoscritta al consumatore e l'esercizio dei poteri officiosi del giudicante. Essi sono stati previsti con la finalità di supplire a carenze difensive del consumatore e, pertanto, vanno esercitati senza automatismi, proprio in ragione della disposta legittimazione all'azione del solo consumatore, dunque, anzitutto, nell'interesse concreto di questi; di talché il giudice, per non tradire la *ratio* sottesa a tali nullità di protezione, dovrà conformare ed eventualmente limitare l'esercizio del suo intervento d'ufficio laddove la declaratoria di nullità appaia in concreto pregiudizievole per il consumatore o, addirittura, sia da questi non voluta.

D'altra parte univoche in tal senso sono le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria che, come si è avuto modo di osservare in commento ad una esemplare decisione di qualche anno fa³⁵, costruisce il potere/dovere di rilievo d'ufficio delle nullità di protezione come condizionato all'assenso o al mancato diniego del consumatore, proprio considerando la *ratio* del disposto dell'art. 36, comma 3, secondo cui la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore.

Secondo la ricostruzione appena prospettata, pertanto, la finalità di maggior tutela del consumatore, sottesa alla previsione d'indisponibilità degli interessi protetti dal C.d.c., si collocherebbe ed andrebbe, perciò, correttamente circoscritta **alla sola fase antecedente all'insorgere dei diritti economici che trovano fondamento nel C.d.c.** E, perciò, una volta che il consumatore è divenuto titolare di tali diritti ed è, dunque, venuta meno quell'esigenza di protezione che costituisce la principale *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina in oggetto, non avrebbe più giustificazione il permanere del regime d'indisponibilità per il consumatore dei diritti di natura patrimoniale derivanti dai contratti già stipulati con il professionista, giacché la finalità perseguita

C.d.c. l'art. 143, comma 1, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, 81 sottolinea: "Non si comprende, invero, come possa affermarsi da un lato che il consumatore può far valere la nullità della clausola vessatoria ovvero (non esercitare il diritto di chiedere la nullità della clausola vessatoria e) domandare l'esecuzione (del contratto) così come prevista dalla clausola vessatoria, ovvero addirittura (rinunciare al diritto di chiedere la nullità della clausola vessatoria e convalidare o) sanare la nullità della clausola vessatoria, e dall'altro che il consumatore non può validamente rinunciare ai diritti che il codice del consumo gli riconosce, ed in primo luogo al diritto di far valere la nullità della clausola vessatoria". Ritiene ammissibile la rinuncia successiva al maturare del diritto nella titolarità del consumatore G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 68.

³⁴ Si rinvia ancora agli scritti *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., 685 ss.; *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit., 295 ss.; *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, fasc. 12, 2009, 1115 ss., in commento alla decisione della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sez. IV, 4 giugno 2009, causa C-243/08.

³⁵ Cfr. la decisione citata nella nota che precede ove si legge che "Il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. Tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale".



dal legislatore, come desumibile dall'intero contesto normativo in cui l'art. 143 C.d.c. trova collocazione, è quella di garantire l'effettiva attribuzione dei diritti al consumatore nonché la possibilità che egli sia libero di esercitarli o meno.

Detta composita finalità trova attuazione in un momento temporale che, per lo più, anche se non sempre necessariamente, coincide con la stipulazione del contratto di consumo.

Nella fase successiva, **attinente al rapporto di consumo**, il tenore di norme quali gli artt. 36 e 134 C.d.c., che contemplano una *legittimazione relativa* del consumatore a sollevare la *questio nullitatis*, la previsione contenuta nella prima parte del comma 1 dell'art. 134 C.d.c. che commina la nullità dei soli patti dispositivi di diritti dell'acquirente di un bene di consumo *anteriori* alla comunicazione al venditore del difetto di conformità del bene mobile, nonché il disposto dell'art. 124 C.d.c. che sancisce la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti *preventivamente*, nei confronti del danneggiato, la responsabilità per danno da prodotto difettoso, inducono a ritenere che al regime di totale indisponibilità dei diritti non ancora nella titolarità del consumatore subentri, una volta che essi siano stati da questi acquisiti, un regime giuridico contraddistinto da un grado di maggiore elasticità che, coerentemente con la disposta legittimazione relativa all'azione, consenta al consumatore di disporre (con rinunzie e transazioni) dei diritti economici di cui sia divenuto titolare³⁶.

6.3. – La prospettata lettura dell'art. 143 C.d.c. alla luce dell'intero microsistema del C.d.c. da un lato permette di risolvere le evidenziate insanabili contraddizioni che deriverebbero da un'acritica e formalistica interpretazione della disposizione in esame come negatoria, sempre e comunque, di qualsiasi atto di disposizione dei diritti patrimoniali del consumatore, anche se già maturati, dall'altro consente di collocare la norma in una posizione non distonica rispetto al sistema in cui è inserita nonché di individuarne la *ratio*: quella cioè di assicurare al consumatore, al momento dell'instaurazione del rapporto di consumo, la garanzia dell'acquisizione degli strumenti minimi di protezione contemplati dal C.d.c. affermando, così, nel contempo, un principio regolativo del mercato³⁷.

³⁶ Con riferimento alla *ratio* sottesa alla limitazione della nullità contenuta nell'art. 134 C.d.c. ai soli patti anteriori alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, cfr. A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, *sub art. 134 del D.lgs. 6.9.2005, n. 206*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2006, 554, che opportunamente sottolinea: “Le ragioni di questa limitazione ben si comprendono se si considera che, quando il difetto di conformità sia emerso, ed entrambe le parti abbiano acquisito consapevolezza della sua esistenza e delle sue caratteristiche (e, conseguentemente, dei diritti ed obblighi che ne derivano per ciascuna di esse), sarebbe eccessivo ed irragionevole e complessivamente non rispondente agli interessi di entrambe i contraenti negare spazio a qualsivoglia esplicazione dell'autonomia privata, e precludere al consumatore la possibilità di disporre dei diritti che gli competono nei confronti del venditore”; in proposito vedi, pure, CORSO, *Della vendita di beni di consumo, artt. 1519 bis-1519 nonies*, in *Comm. al cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005, 179.

³⁷ Evidenzia tale ultimo profilo A. BARBA, *op. loc. cit.*; ma cfr., anche, le riflessioni di G. ALPA, *Sei voci sul “codice del consumo” italiano*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p.6, che afferma: “È ... chiaro ormai che i consumi non sono più un fatto privato, ma un fatto pubblico; la tutela del consumatore non è più preoccupazione di pochi, ma sta diventando una esigenza generalizzata”.



Tale composita finalità di protezione è posta a tutela di un interesse superindividuale, dunque non già del singolo consumatore bensì della categoria dei consumatori e del mercato, e ben giustifica la prevista nullità, assoluta³⁸, non relativa, di un negozio abdicativo o, comunque, dispositivo del diritto, concluso prima del sorgere di esso. Con l'instaurazione del rapporto di consumo, attraverso la conclusione del relativo contratto, o, comunque, al momento in cui i diritti contemplati nel C.d.c. maturano in capo al consumatore secondo le peculiarità proprie dei vari rapporti di consumo, si esaurisce l'ambito di operatività dell'art. 143, comma 1, C.d.c. e, di conseguenza, il consumatore diviene arbitro del proprio diritto e potrà, quindi, anche disporne.

In definitiva, l'indisponibilità sancita dall'art. 143 C.d.c., con disposizione inderogabile, atiene alla fase antecedente all'insorgere del diritto ma non si riflette sulla vigenza di questo che, una volta maturato, può validamente formare oggetto di disposizione³⁹.

6.4. – Un'ulteriore questione esige, però, risposta: se l'indisponibilità del diritto sussiste fintantoché esso non sia sorto c'è da interrogarsi circa la possibilità di disporre, anche in via transattiva od anche con un verbale di conciliazione, del diritto del consumatore, laddove tale atto di disposizione riguardi non solo la rinuncia ad un diritto già acquisito nella titolarità del consumatore ma detti anche una regola da seguire per il futuro che determini rinunce riguardo a diritti non ancora sorti ed indisponibili.

La risposta a tale quesito non può prescindere dalla situazione che in concreto si prospetta come oggetto di detto atto di disposizione e/o rinuncia: infatti, laddove trattasi di semplice rinuncia valevole anche per il futuro, riterrei, coerentemente con quanto sopra prospettato, che detto ulteriore negozio dismissivo sarà, in generale, affetto da nullità⁴⁰.

³⁸ Trattandosi di nullità assoluta conseguirà anche la responsabilità disciplinare del notaio per la violazione dell'art. 28 della L.N. nell'ipotesi in cui in un atto notarile vi sia un patto abdicativo o, comunque, dispositivo del diritto del consumatore, concluso prima del sorgere di esso. L'applicazione di tale regime di responsabilità è invece per lo più escluso per la violazione delle nullità relative contenute nel C.d.c.: cfr., al riguardo, le argomentazioni, sotto molti profili condivisibili, di C. CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato* n. 1/2007, 49 ss. Sul punto sia dato anche rinviare a S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato*, fasc. 6, 2010, 686 ss.

³⁹ In proposito cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. III, sent. 25 febbraio 2008, n. 4714, secondo cui "Le parti di un contratto di locazione di un immobile urbano possono definire transattivamente la lite tra loro pendente relativa alla durata o ad altri aspetti del rapporto, convenendo tra l'altro la data di rilascio dell'immobile ed il corrispettivo per il suo ulteriore godimento; il nuovo rapporto instauratosi per effetto dell'accordo transattivo, ancorché di natura locativa, trova la sua inderogabile regolamentazione nel detto accordo ed è sottratto alla speciale disciplina che regola la materia delle locazioni, tra cui la legge n. 392 del 1978. La transazione così conclusa non è nulla per contrarietà al disposto dell'art. 79 della legge citata, poiché tale norma, volta ad evitare l'elusione dei diritti del conduttore a mezzo di rinuncia preventiva ad essi, non esclude la possibilità di disporre dei diritti stessi, una volta che i medesimi siano stati già acquisiti". In generale sul rapporto tra transazione e norme inderogabili si rinvia alla chiara ed esaustiva esposizione di E. DEL PRATO, *op. cit.*, 845 ss.

⁴⁰ A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 555-556, pervengono alle stesse conclusioni indicate nel testo ma con riferimento agli accordi, stipulati posteriormente alla comunicazione al venditore di un difetto di conformità relativo ad un bene, con i quali il consumatore dispone non già di diritti già maturati relativamente al difetto comunicato



Ciò detto merita considerazione, per la sua possibile ricorrenza in concreto, l'ipotesi in cui l'atto di disposizione del diritto anche per il futuro consegua ad un accordo più ampio concretantesi in una transazione: si faccia ad esempio il caso in cui le parti, in sede di transazione o di conciliazione relativamente ad una *quaestio nullitatis* sollevata relativamente ad una o più clausole vessatorie, oltre a disporre/transigere rispetto alla individuata *quaestio nullitatis* rinegozino anche le clausole contrattuali in odore di vessatorietà contenute nel contratto, pure se non riferibili all'ipotesi in immediata contestazione. Invero, appare evidente, che, nell'esempio prospettato, il diritto a fare valere la nullità di tutte le clausole in odore di vessatorietà, e di cui si andrebbe a disporre con la transazione, è già sorto, con la stipulazione del contratto, a nulla rilevando che la controversia sia inizialmente insorta relativamente ad una specifica *quaestio nullitatis* e non alle altre poi oggetto della transazione.

Alla luce di quanto esposto non può condividersi, l'unica pronuncia, a quanto consta, edita sulla portata dell'art. 143 C.d.c., laddove, con riferimento proprio alle clausole vessatorie di cui all'art. 33 C.d.c., sancisce, in termini assolutistici, che *“la irrinunciabilità dei diritti nascenti dal Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005) da parte del consumatore, stabilita dall'art. 143 del medesimo testo di legge, deve essere intesa in termini di invalidità della rinuncia solo se anteriore alla instaurazione del giudizio”*⁴¹; si rileva, infatti, al riguardo che il limite di validità della rinuncia non può essere riferito al momento dell'instaurazione del processo quanto piuttosto all'insorgere o meno del diritto ed indipendentemente dalla circostanza che esso sia o meno azionato. Nel contempo deve ritenersi che le scelte processuali effettuate dal consumatore in sede giudiziale, in ordine alla volontà di non avvalersi della nullità di protezione in relazione a singole clausole vessatorie, non abbia, in generale e salve le peculiarità del caso concreto, valenza sostanziale di convalida della singola clausola in contenzioso né valenza di rinuncia a fare valere detta nullità per il futuro, ovviamente in altro processo⁴².

Mantenendo ferme tali considerazioni che sembrano coerenti con la regola generale dell'indisponibilità per il futuro solo laddove il diritto non sia ancora sorto, ritengo che nel caso delle clausole vessatorie la transazione, successiva alla stipulazione del contratto di consumo, sarà senz'altro ammissibile giacché essa, peraltro, farebbe venire meno, sia pure *ex post*, il presupposto oggettivo di applicazione della disciplina dettata dagli artt. 33 e ss. C.d.c., individuato, nell'art. 34, comma 4, C.d.c., nell'assenza della trattativa individuale.

In tale contesto poiché l'accordo transattivo si porrà come fonte concorrente del regolamento

bensi anche riguardo a difetti ulteriori non ancora manifestatisi; in argomento vedi anche le considerazioni di G. DE NOVA, *op. loc. cit.*, che, nel valutare la possibile integrazione tra il dettato dell'art. 134, comma 1 e l'art. 143, comma 1, C.d.c., dal un lato esclude la validità di un patto limitativo in generale dei futuri diritti del consumatore, benché stipulato successivamente alla denuncia di uno specifico difetto di conformità, dall'altro ritiene invece valido il patto qualora non abbia portata generale bensì sia strettamente connesso con il difetto di conformità oggetto della denuncia.

⁴¹ Trib. Bologna, sez. II, 18 ottobre 2012, massima redazionale Utet.

⁴² Sul punto, per maggiori approfondimenti, si rinvia a S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo “atto” della Corte di Giustizia*, cit., 1122-1123.

JUS CIVILE



contrattuale già fissato dall'originario contratto di consumo, la transazione in questione non potrà essere novativa, bensì semplice, salvo il caso in cui con la transazione le parti intendano rifondare *ex novo* il rapporto di consumo, ponendo tale fondamento esclusivamente nel titolo transattivo.

In ogni caso riterrai debba senz'altro escludersi l'ipotesi formulata, sia pure opportunamente in via dubitativa, da taluna dottrina⁴³ secondo cui le nullità di protezione, indicate dal C.d.c. ed in particolare quelle di cui all'art. 36, sarebbero da ricondurre alla illiceità, dal che deriverebbe, in applicazione dell'art. 1972, comma 1, c.c., l'inammissibilità di una transazione su clausole abusive. Le peculiarità di dette forme di nullità, gli interessi da esse tutelati, la legittimazione relativa a farle valere, l'esercizio condizionato dei poteri officiosi del giudice all'interesse del consumatore, la necessaria parzialità di esse, sono elementi, invero, inconciliabili con una pretesa riconduzione all'illiceità di tali forme d'invalidità.

7. – Al termine di queste considerazioni sparse in tema di transazione novativa ed *ars notaria*, nonostante il ruolo ancora marginale che l'istituto della transazione, semplice o novativa che sia, riveste nell'attività notarile, si delinea un quadro talvolta complesso e problematico, conseguente anche a recenti, quanto poco meditati, interventi normativi che suggeriscono attenzione da parte del notaio, a vario titolo officiato. Resta il fatto che nell'ambito dei rapporti tra privati l'intervento notarile svolge una funzione di giustizia preventiva che contribuisce al contenimento del contenzioso, in un Paese, come l'Italia, in cui vi è una forte vocazione alla litigiosità. Come diceva il Carnelutti, in un celebre scritto, “*Tanto più Notaio tanto meno giudice*”. Se, trascorsi tanti anni da quelle meditate parole, i fatti ne hanno attestato il fondamento, appaiono certamente censurabili talune ricorrenti iniziative legislative che, senza i dovuti approfondimenti, e con la finalità di cogliere facili consensi politici, manifestati, però, da inconsapevoli elettori, tendono ad escludere il notaio da protagonista indiscusso delle negoziazioni immobiliari, indipendentemente dal valore di esse.

⁴³ E. INDRACCOLO, *op. cit.*, 773.