

Capitolo 1

La transazione

Sommario

1.1. Premessa: la transazione nell'ambito dei contratti per la risoluzione delle controversie. – 1.2. Nozione. – 1.2.1. Transazione mista. – 1.3. Soggetti. Capacità. – 1.4. Oggetto e causa. Ruolo delle reciproche concessioni e della lite. – 1.4.1. Indisponibilità dei diritti oggetto di lite. – 1.5. Forma. – 1.6. Condizione, termine, modo. – 1.7. Interpretazione. – 1.8. Efficacia. – 1.8.1. Transazione e obbligazione solidale. – 1.9. Patologia. – 1.9.1. Transazione su falsità di documenti. – 1.9.2. Errore di diritto. – 1.9.3. Lesione. – 1.9.3.1. Sproporzione e revocatoria fallimentare. – 1.9.4. Transazione su pretesa temeraria. – 1.9.5. Transazione su titolo nullo. – 1.9.6. Annullabilità per falsità di documenti. – 1.9.7. Annullabilità per cosa giudicata. – 1.9.8. Annullabilità per scoperta di documenti. – 1.9.9. Risoluzione. Transazione novativa.

1.1. Premessa: la transazione nell'ambito dei contratti per la risoluzione delle controversie

Quando si utilizza un'espressione come “contratti per la risoluzione delle controversie” si rischia, inevitabilmente, di riferirsi ad una categoria di negozi giuridici che riveste una valenza a fini meramente classificatori¹.

¹ Autorevole dottrina definisce «*vezzo caro ai giuristi*» quello di «*inquadrare i concetti di cui si va discorrendo*» e, riferendosi alla transazione, inserisce tale contratto «*tra i negozi per la soluzione dei conflitti*», osservando, in merito a tale categoria, che «*la casistica è ampia*», poiché «*il conflitto può essere risolto attraverso la rinuncia alla contestazione, l'abbandono della lite, il riconoscimento del diritto altrui, o ancora la clausola compromissoria o il compromesso*» (P. SCHLESINGER, 2000, p. 67 s., il quale sottolinea inoltre la diffusione, nell'esperienza americana, della «*cosiddetta ADR, l'alternative dispute resolution, un movimento volto ad estendere la possibilità di soluzioni stragiudiziali del conflitto, con forme*

In senso lato, ogni contratto può, infatti, risultare utile a porre termine ad una controversia, oppure ad evitare il sorgere di una lite. Si pensi all'ipotesi di una vendita di quote conclusa tra comunisti al fine di evitare controversie in merito alla gestione della cosa comune: gli esempi di questo tipo potrebbero essere infiniti.

Allora, ammettendo che la "risoluzione della controversia" possa costituire la **causa** di un contratto², si pone il problema di valutare quando la funzione di soluzione della controversia assurga al ruolo di elemento causale del negozio e quando, invece, essa rimanga confinata nella sfera dei motivi individuali delle parti.

E ancora: in un contesto, come quello attuale, in cui la nozione di causa contrattuale si sta sempre più spostando verso una ricostruzione "in concreto" della stessa, verrebbe da domandarsi se i "contratti per la risoluzione delle controversie" presentino, sotto il profilo causale, una comunanza di tratti distintivi che permettano di separarli da altre tipologie negoziali e che, soprattutto, possano assumere rilevanza pratica per l'operatore del diritto.

Prima di tentare di rispondere a tale quesito, occorre ricordare brevemente il travagliato *iter* che il concetto di causa del contratto ha affrontato nel corso dei decenni.

È noto che, a seguito dell'abbandono della teoria c.d. soggettiva, dominante nella vigenza del codice civile del 1865, la causa è stata per lungo tempo intesa come funzione economico-sociale del contratto³.

Una delle critiche mosse a tale impostazione è che, in questo modo, verrebbero sovrapposti i problemi della causa con quelli del tipo contrattuale⁴, con la conseguenza che un contratto tipico non

di conciliazione obbligatoria o con altri sistemi». Dall'epoca a cui risale il contributo dell'Autore sono ormai trascorsi diversi anni e, nel frattempo, anche il Legislatore italiano ha promosso in modo significativo – eminentemente per ragioni deflattive del contenzioso giudiziale – il ricorso a procedure di ADR).

² Il punto non è pacifico; a proposito della transazione, cfr., *infra* § 1.4.

³ Cfr., per tutti: E. BETTI, 1957, p. 32 ss.; in giurisprudenza, v. *ex multis*: Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, 375; Cass. 15 luglio 1993, n. 7844, in *Dir. fall.*, 1995, p. 553. Per una rassegna delle varie teorie, v.: H. CAPITANT, 1927, p. 92-194; M. GIORGIANNI, 1960, p. 553 ss.; A. DI MAJO, 1988, *passim*; ID., 1990, p. 16 s.

⁴ Cfr. G.B. FERRI, 1966, p. 345 ss.

potrebbe essere dichiarato nullo per mancanza o illiceità della causa. In dottrina⁵ si è, quindi, sviluppata la teoria della causa in concreto, accolta dalla giurisprudenza più recente: «*la causa, quale elemento essenziale del contratto, va intesa non come funzione economico-sociale, ma come funzione economico-individuale. Pertanto anche nel caso di contratto legalmente tipico, è necessario verificare in concreto la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare al di là del modello – anche tipico – adoperato, fermo restando che detta sintesi costituisce la ragione concreta della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti*»⁶.

Orbene, se già la nozione di causa quale funzione economico-sociale del contratto faceva sorgere seri dubbi circa la reale possibilità di individuare dei tratti causali comuni nei contratti utilizzati per la soluzione delle controversie, il panorama odierno sembra porre ancora maggiori difficoltà.

Del resto, l'incertezza dei confini di una tale categoria emerge nettamente qualora si considerino alcuni dei più diffusi manuali di diritto privato, che contemplan – tra i “contratti per la risoluzione delle controversie” – tipi contrattuali non sempre coincidenti⁷. In-

⁵ V., per tutti, G.B. FERRI, 1966, *loc. cit.*

⁶ Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1718. La tesi della causa in concreto è stata condivisa da molte pronunce più recenti, tra cui: Cass., Sez. III, 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Giur. it.*, 2009, p. 1655; Cass., Sez. III, 24 aprile 2008, n. 10651, in *Foro it.*, 2009, I, c. 213; Cass., Sez. III, 1° aprile 2011, n. 7557, in *Foro pad.*, 2012, I, c. 357; Cass., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Giur. it.*, 2015, p. 2341; *obiter*: Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Dir. fam.*, 2009, p. 73; Cass. 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. it.*, 2012, c. 1795; Cass., Sez. I, 14 settembre 2012, n. 15449, in banca dati *Foro it.*; Cass., Sez. II, 31 maggio 2013, n. 13861, in *Mass. Foro it.*, 2013, c. 437.

Per un più ampio confronto tra la teoria della causa in concreto e quella della causa come funzione economico-sociale, si rimanda a C. UNGARI TRASATTI, 2007, p. 184 ss.; sulla causa in concreto, v., inoltre, tra i numerosi contributi più recenti: S. PAGLIANTINI, 2016, p. 604 s.; F. SCARDINO, 2015, p. 163 s.; M. D'AURIA, 2015, p. 1382 s.; E. GABRIELLI, 2014, p. 1614 ss.; M. MARTINO, 2013, p. 1441 ss.; B. IZZI, 2008, p. 1133 ss.

⁷ È sufficiente un rapido esame di alcuni manuali. G. IUDICA-P. ZATTI, 2018, considerano «*contratti per la soluzione di controversie*»: la transazione, le convenzioni d'arbitrato, la cessione di beni ai creditori. Sono collocati da A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, 2017, tra i «*contratti diretti a dirimere una controversia*»: la transazione e la cessione dei beni ai creditori. F. GAZZONI, 2017, comprende, nel

fatti, da un primo esame, solo la transazione e la cessione di beni ai creditori paiono essere pressoché unanimemente ritenute contratti per la soluzione di controversie, mentre gli altri tipi contrattuali vengono di volta in volta espunti dalla categoria in esame, a seconda della trattazione preferita dai singoli Autori.

Tuttavia, persino transazione e cessione dei beni ai creditori differiscono tra loro in modo talmente significativo da far propendere per l'attribuzione di una **valenza puramente descrittiva** all'espressione "contratti per la risoluzione delle controversie".

Infatti, mentre la transazione determina una soluzione della controversia sul piano del diritto sostanziale, la cessione dei beni ai creditori assolve alla funzione normalmente svolta da una procedura esecutiva.

Più in generale, se proprio ci si deve riferire ad una categoria di atti⁸ per la soluzione delle controversie, sembra corretto affermare che, al suo interno, convivono:

(i) atti rivolti alla "**soluzione sostanziale**" delle controversie, in quanto essi esplicano efficacia direttamente sul piano del diritto sostanziale⁹;

(ii) negozi **relativi a procedure** per la soluzione delle controversie (convenzioni di arbitrato, convenzione di negoziazione assistita, cessione dei beni ai creditori, sequestro convenzionale)¹⁰. Essi non sono idonei a incidere sulla situazione sostanziale delle parti

capitolo dedicato ai «*contratti nelle liti*»: la transazione, la cessione dei beni ai creditori, il sequestro convenzionale, il compromesso.

⁸ Come verrà illustrato anche *infra* (cap. 4, § 4.1) il termine "atti" pare più corretto rispetto a quello di "negozi" o a quello, ancor più circoscritto nel significato, di "contratti". Infatti, la lite può essere composta o prevenuta anche mediante atti che non sono contratti e la cui natura negoziale è controversa.

⁹ All'interno di tale categoria assume un ruolo preponderante la transazione, a cui sono dedicati il cap. 1, il cap. 2 (che concerne la transazione nell'ambito del diritto del lavoro) e il cap. 3 (quest'ultimo è specificamente incentrato sull'utilizzo del predetto contratto nella professione forense); gli altri atti per la composizione o la prevenzione delle liti vengono esaminati nel cap. 4; infine, nel cap. 5 la transazione e gli altri atti sono presi in considerazione sotto il profilo della loro conclusione nell'ambito del processo civile, della mediazione e della negoziazione assistita.

¹⁰ A questi contratti è dedicato il cap. 6.

e a risolvere di per sé la lite, ma si pongono come alternativa rispetto ai procedimenti giudiziari di cognizione, di esecuzione o cautelari¹¹.

Affrontando l'esame delle singole fattispecie, si dovrà, quindi, tenere a mente che i "contratti per la risoluzione delle controversie" non costituiscono certamente una categoria unitaria¹² e, anzi, l'utilizzo di una tale espressione ha un fine soprattutto illustrativo.

1.2. Nozione

Nell'intraprendere l'analisi del contratto di transazione¹³, non si può fare a meno di richiamare, in primo luogo, l'art. 1965 c.c. (rubricato «Nozione»):

«La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reci-

¹¹ Tuttavia, anche la classificazione proposta presenta una limitata utilità pratica, dal momento che nella legislazione vigente non si rinviene una trattazione unitaria di quegli atti che possono presentare profili comuni (come gli accordi inseriti nei verbali di conciliazione giudiziale e quelli raggiunti a seguito di una procedura di mediazione o di negoziazione assistita). Invece, ove sono disciplinati i singoli procedimenti (processo civile, mediazione, negoziazione assistita) vengono dettate anche le regole relative ai negozi predetti. In tal modo, l'accordo che, ad esempio, scaturisce da una negoziazione assistita, pur essendo sostanzialmente analogo a quelli consacrati in una conciliazione giudiziale o allegati a un verbale di mediazione, trova regolamentazione nella normativa sulla negoziazione assistita, la quale si occupa – naturalmente – anche della convenzione di negoziazione assistita, che presenta però similitudini con le convenzioni d'arbitrato o con le clausole di mediazione.

¹² Nello sforzo di ricondurre ad unità gli atti di composizione della lite vi è, poi, chi individua una categoria di «atti con funzione transattiva», ravvisando nell'effetto transattivo il criterio distintivo e comprendendovi, oltre alla transazione, alcuni casi di negozio d'accertamento e di divisione, nonché l'arbitrato irrituale (cfr. S. RUPERTO, 2002, *passim*, spec. p. 199 s.).

¹³ Si precisa che la trattazione del contratto di transazione verterà, così come per gli altri contratti e atti considerati nella presente opera, essenzialmente sugli aspetti civilistici e processualcivilistici. Per quanto concerne l'ambito tributario, v. D. COLANGELI, 2012, p. 583 ss. e, specificamente, in tema di transazione fiscale: F. PAPARELLA, 2018, p. 317 ss.; G. SELICATO, 2017, p. 1401 ss.; E. STASI, *Transazione fiscale*, 2017, p. 1101 ss.; ID., *La transazione fiscale*, 2017, p. 269 ss.; A. DAMASCELLI, 2017, p. 1839.

proche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti».

Il primo comma contiene la **definizione** dell'istituto, mentre il secondo comma si riferisce alla c.d. "**transazione mista**"¹⁴.

Benché la definizione legislativa costituisca un miglioramento rispetto sia alla versione del codice francese¹⁵ che a quella del codice italiano del 1865¹⁶, è stato correttamente sottolineato che l'art. 1765 c.c. non presenta la «nitidezza concettuale ed il rigore linguistico» che si ritrovano nelle definizioni legislative di altri contratti, quali la compravendita o la locazione, «ove si evidenziano, con esemplare chiarezza e precisione terminologica, gli elementi caratterizzanti le fattispecie contrattuali e la natura degli effetti che ad esse l'ordinamento giuridico ricollega»¹⁷.

L'art. 1772, comma 2, del codice civile del 1865 disponeva che «le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevolo-

¹⁴ L'espressione "transazione mista" è stata coniata da F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento*, 1956, spec. p. 16 ss.; ID., *Nozione*, 1956, p. 303 ss.; ID., 1975, p. 75, e ha avuto particolare successo tra gli interpreti (cfr.: L.V. MOSCARINI, 1972, p. 287 ss.; ID., 1994, p. 4 s.; M. SEGNI, 1982, p. 273 ss.; C. CICERO, 2012, p. 1059 e 1073; G. SANTORELLI, 2015, p. 24 s., nt. 20); in giurisprudenza v., *ex multis*: Cass., Sez. II, 25 gennaio 2010, n. 1287, in banca dati *Leggi d'Italia*.

Parte della dottrina utilizza invece la formula "transazione complessa" (E. VALSECCHI, 1986, p. 220; G. CERDONIO CHIAROMONTE, 2002, pp. 38, 46, 49, 122; M. GALLETTI, 2012, pp. 1059 e 1073; anche lo stesso F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 203 considera tale formula come equivalente a quella di "transazione mista"; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 27 marzo 2007, n. 7498, in banca dati *Leggi d'Italia*.

¹⁵ Nel Code Napoléon la transazione viene definita come il contratto mediante il quale le parti terminano una lite già insorta, o prevengono una lite che può sorgere (art. 2044, al. 1), non menzionando affatto le reciproche concessioni.

¹⁶ L'art. 1764 del codice del 1865 si riferisce alla transazione come al contratto con cui le parti, «dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere».

¹⁷ A.M. PALMIERI, 2000, p. 5 s., il quale aggiunge che la nozione di accordo transattivo che si ritrova nel testo di legge utilizza in realtà espressioni, quali "lite" e "concessioni", mutate dal linguaggio comune e, per tale ragione, esse conservano ambiguità e indeterminazione.

cabile). La norma ricalcava l'art. 2052 del *Code civil* francese, il quale così recita: «*les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*»¹⁸. Sulla base di questa assimilazione della transazione alla cosa giudicata era costruita la disciplina della transazione delineata dal codice del 1865.

Nel passaggio all'attuale codice furono espunte varie norme e precisamente: l'art. 1767, che permetteva la stipulazione di una clausola penale; gli artt. 1768 e 1770, che contenevano criteri interpretativi analoghi a quelli generali che valgono per tutti i contratti; l'art. 1771, che ripeteva il principio dell'efficacia *inter partes* del contratto transattivo; l'art. 1773, che ne ammetteva l'impugnazione per vizi della volontà.

Tali disposizioni si giustificavano nel sistema previgente poiché, nonostante l'affermazione della natura contrattuale della transazione, vi erano anche significative tracce della concezione che considerava la transazione come una causa generale di acquisto, nonché l'assimilazione (come si è appena osservato) della transazione alla cosa giudicata. Invece, la disciplina del codice del 1942, pienamente ispirata al principio contrattualistico, non poneva più l'esigenza di conservare le regole predette, le quali sono, appunto, scomparse nell'attuale codice civile¹⁹.

¹⁸ La disposizione si fonda sul pensiero di J. DOMAT, 1723, p. 122.

¹⁹ Cfr., per queste considerazioni, la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Re (MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1943, n. 772).

Occorre rilevare che, anche in tempi più recenti, autorevole dottrina ha dubitato della natura contrattualistica della transazione. Secondo F. CARNELUTTI, 1953, p. 187 ss., spec. p. 189 essa sarebbe la combinazione – cioè il collegamento – di due negozi reciprocamente condizionati; più precisamente, si tratterebbe di un atto a struttura complessa costituito da due negozi unilaterali, uno dei quali consisterebbe nella rinuncia o nel riconoscimento, totale o parziale, della pretesa. Mancherebbe, infatti, l'unità volitiva caratteristica del contratto, il *duorum in idem placitum consensus*; la causa sarebbe specifica e unitaria, ma diverso risulterebbe essere l'oggetto delle volizioni. La tesi è respinta da F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 91 ss., il quale non condivide nemmeno la premessa in base alla quale il contratto bilaterale sarebbe la combinazione di due contratti unilaterali; in ogni caso, poi, unico è l'oggetto della transazione e non può ravvisarsi, nelle reciproche concessioni, una rinuncia e un riconoscimento, seppure collegati, «*perché la funzione della transazione non risulta dalla somma né dalla combinazione delle funzioni proprie di ciascuna di queste figure*».

Non è possibile ripercorrere compiutamente, in questa sede, i pressoché infiniti dibattiti concernenti il contratto di transazione, il quale – a ragione – è stato ritenuto essere «*un istituto tra i più delicati e controversi nella dottrina*»²⁰. Si può affermare che, ancor oggi, lo studio della transazione genera **problemi** tali da spingere l'interprete a muoversi più sul piano del dubbio che su quello della certezza²¹. In definitiva, si ha la sensazione che ogni tentativo di cogliere con un maggior grado di precisione l'essenza dell'istituto conduca, in realtà, a metterne in discussione i presupposti che sembravano consolidati.

E allora, forse, nel tratteggiare i caratteri del negozio in questione, risulterà più opportuno limitarsi a richiamare le principali ricostruzioni dogmatiche senza però discostarsi eccessivamente da quell'atteggiamento adottato nella redazione del codice civile e che traspare dalla Relazione al Re, ove si dà atto che, a prescindere dalle vivaci discussioni sorte intorno all'istituto, la codificazione del 1942 ha cercato, soprattutto, di risolvere i problemi pratici (lasciando aperte non poche questioni teoriche)²².

1.2.1. Transazione mista

Come si è accennato precedentemente, l'istituto comunemente denominato “transazione mista” è contemplato nell'art. 1965, comma 2, c.c., che però non ne detta una specifica disciplina; semplicemente, dal combinato disposto dei due commi dell'art. 1965 c.c.

²⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 3.

²¹ Basti pensare alla transazione novativa, che, anche nei più recenti contributi, viene considerata «*materia subtilis atque difficilis; tema classico eppure, ancora oggi, assai frequentato dalla dottrina a causa dei gravi e numerosi problemi che si annidano fra le maglie (invero non sempre ben tessute) della sua disciplina e sui quali si attende ancora di fare piena luce*» (G. GENNARI, 2005, p. 1 s.; in termini analoghi, v. C. TIMELLINI, 2012, p. 1).

²² Cfr. la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Re (MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1943, n. 773), in cui il Guardasigilli così si esprime, ad esempio, con riguardo al problema della natura dichiarativa o costitutiva della transazione: «*pur prescindendo dalla soluzione di esso, si sono risolte le questioni più importanti che si solevano riportare a quel problema fondamentale*».

si evince che la natura di transazione non muta se, mediante le reciproche concessioni, si creano, modificano o estinguono anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti. È opportuno esaminare sin da subito questa figura, dal momento che essa contribuisce a meglio definire i confini del negozio transattivo in generale.

Per una più agevole comprensione, può essere utile un esempio²³: due proprietari di fondi confinanti controvertono sulla determinazione del confine, discutendo circa la proprietà di una striscia di terreno.

In primo luogo, la lite può essere risolta mediante la ripartizione della porzione controversa tra i due proprietari. Si tratta di una **transazione pura** (art. 1965, comma 1, c.c.), con cui entrambi i soggetti rinunciano parzialmente alle proprie pretese.

In secondo luogo, una delle parti può rinunciare alla propria pretesa a fronte del pagamento di una somma di denaro o del trasferimento di un bene o, ancora, della prestazione di qualsiasi altra utilità. In questa ipotesi, si ricade nell'ambito della **transazione mista** (art. 1965, comma 2, c.c.), perché, mediante il negozio transattivo, si va a creare, modificare o estinguere un rapporto diverso da quello dedotto in lite.

È pure possibile che le parti pongano termine alla lite accordandosi nel senso che uno dei proprietari acquisti l'intero fondo appartenente all'altro soggetto²⁴. In tal modo, la controversia rimane assorbita nella più ampia sistemazione di interessi raggiunta attraverso il negozio (**transazione mista**), caratterizzato anche da una vicenda **traslativa**.

In proposito, si è correttamente osservato che, per rimanere nell'ambito della previsione legislativa di cui all'art. 1965, comma 2, c.c., occorre che la vendita avvenga allo scopo di transigere. Infatti, se la vendita «*avvenisse indipendentemente dall'esistenza del-*

²³ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 72 ss. e, con alcune variazioni, E. DEL PRATO, 1992, p. 33 ss.

²⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 73; FR. VASSALLI, 1980, p. 143 ss. si riferisce alla vendita transattiva, quando nel determinare il prezzo le parti abbiano tenuto conto della contesa. Secondo F. CARRESI, 1966, p. 124 si tratta di negozio con finalità transattiva per mettere così in evidenza che nella nuova situazione gli elementi del concreto negozio tipico prevalgono su quelli della transazione.

la lite e dall'intento di porvi termine, si avrebbe una compravendita pura e semplice, estranea alla previsione» in esame: «l'estinzione della lite ne seguirebbe come mero effetto riflesso»²⁵.

In dottrina vi è chi ritiene che l'**alienazione della cosa in parte controversa** (nel caso di specie: l'intero fondo comprensivo della porzione oggetto di lite) non sia pacificamente inquadrabile nell'ambito della transazione mista. Secondo questa tesi, «quando la situazione giuridica controversa diviene un elemento della nuova situazione, dalla quale viene assorbita, stabilire se la lite resta sullo sfondo o, diversamente, impronta tutta la causa del trasferimento non è agevole»²⁶.

Tuttavia, proprio perché non è agevole distinguere le ipotesi in cui la situazione controversa divenga parte del nuovo assetto da quelle in cui essa non lo sia²⁷, l'impostazione da ultimo esaminata rischierebbe di ingenerare ulteriori incertezze interpretative.

Focus

LA "TRANSAZIONE MISTA" È UN CONTRATTO MISTO?

Al di là dell'espressione impiegata per indicare l'istituto di cui all'art. 1965, comma 2, c.c., ci si può interrogare se il tipo di transazione in esame costituisca, effettivamente, un contratto misto. Come è noto, una tale qualifi-

²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, *loc. ult. cit.*

²⁶ E. DEL PRATO, 1992, p. 34, il quale afferma che, nel caso di rinuncia alla pretesa a fronte della corresponsione di qualsiasi altra utilità (diversa dal bene oggetto di lite), si ricade in ipotesi di transazione mista, perché «l'esorbitanza dalla res litigiosa attiene alla prestazione posta in essere da un solo contraente a fronte della rinuncia integrale dell'altro alla propria pretesa»; invece, nell'ipotesi di alienazione della res in parte controversa, «tale esorbitanza attiene alle prestazioni poste in essere da entrambe le parti: l'una si obbliga a corrispondere una somma di danaro (o trasferisce altro diritto) per l'acquisto dell'intero fondo dell'altra, che, a sua volta, non solo rinuncia alla sua pretesa, ma trasferisce il suo diritto anche nella parte in cui è fuori contestazione».

²⁷ Lo stesso E. DEL PRATO, 1992, p. 34 s. riconosce che non sarebbe possibile formulare una «soluzione netta», perché bisognerebbe indagare l'intento delle parti, facendo riferimento all'eventuale unicità del corrispettivo e al raffronto quantitativo fra la cosa oggetto della controversia e quella oggetto del trasferimento (raffronto che, comunque, non sarebbe risolutivo ai fini dell'interpretazione).

cazione dovrebbe teoricamente incidere sulla disciplina applicabile (ma v. quanto si osserverà *infra* in merito all'analogia tra le conclusioni cui giungono le diverse tesi), dal momento che il problema specifico dei contratti misti «è costituito dal concorso e dall'eventuale conflitto di discipline appartenenti ai diversi tipi confluenti nella fattispecie concreta» (E. DEL PRATO, 1992, p. 30).

In materia di regole applicabili ai contratti misti, la dottrina ha proposto differenti soluzioni: (i) assorbimento nel tipo contrattuale di cui si ravvisa la prevalenza (teoria dell'assorbimento); (ii) applicazione diretta e combinata delle norme dei contratti tipici le cui prestazioni si individuano nella fattispecie concreta (teoria della combinazione); (iii) applicazione diretta della disciplina generale dei contratti e, in via analogica, di quella relativa ai singoli contratti speciali inerenti alla fattispecie concreta (per una ricostruzione delle varie tesi, v. A. CATAUDELLA, 1978, p. 38 ss.; la giurisprudenza prevalente manifesta l'adesione alla prima teoria, come sancito, in tema di vendita e appalto, da Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656, in banca dati *Foro it.*, secondo cui la disciplina giuridica del contratto misto «va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (c.d. teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente»).

L'autorevole dottrina che ha coniato l'espressione "transazione mista" colloca tale negozio tra i contratti misti, osservando che la causa della transazione «può presentarsi commista ad elementi causali ad essa estranei, in corrispondenza con la disposizione, che le parti operano per superare la lite, di rapporti non dedotti nella lite stessa» (F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 203). Ad esempio, sarebbe ipotizzabile una missione tra i contratti di transazione e donazione, idonea a configurare un *negotium mixtum cum donatione*: «può darsi infatti che, allo scopo di attuare una liberalità, una delle parti consenta all'altra una linea di composizione più favorevole di quella che si sarebbe altrimenti determinata nel gioco dei rispettivi giudizi sulla situazione preesistente e dei rispettivi apprezzamenti sul presumibile *eventus litis*» (F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 239).

Sotto il profilo patologico, l'inserimento della transazione tra i contratti misti comporterebbe che – a differenza della transazione pura di cui all'art. 1965, comma 1, c.c. – la transazione mista potrebbe essere «causalmente illecita per l'eventuale illiceità nella disposizione del rapporto estraneo alla lite». Anzi, proprio «la correlazione istituita fra l'elemento estraneo e la funzione transattiva, nonostante la liceità del primo, per sé idoneo a giustificare una diversa sistemazione di interessi» potrebbe ge-

nerare l'illiceità della causa (F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 214). Infatti, «se allo schema transattivo si unisce un altro elemento causale – per ipotesi illecito – quest'ultimo colora di illiceità l'intero contratto; mentre l'illiceità può anche consistere nella combinazione di due schemi per sé leciti» (F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 309).

L'interpretazione sin qui illustrata si fonda anche sul presupposto – diffusamente condiviso soprattutto in passato – per cui ogni contratto tipico/nominato ha una causa tipica, che non può essere illecita (F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 203, afferma: «La transazione è un contratto nominato, cioè individuato e regolato dalla legge. La causa può, dunque, mancare in concreto, ma non essere illecita o comunque immeritevole della tutela dell'ordinamento giuridico»). Il principio appena esposto non varrebbe, naturalmente, per i contratti atipici/innominati.

Tuttavia, l'attuale ampia adesione alla teoria della causa in concreto (su cui v. *supra*, § 1.1) sembra imporre una ridefinizione in altri termini del rapporto tra tipicità del contratto e liceità della sua causa.

In dottrina si è osservato che l'accezione tecnica di contratto misto implica che la mistione sia bilaterale, ovvero che le fattispecie possano essere suscettive in due differenti schemi tipici (così A. CATAUDELLA, 1970, p. 54 ss.). Sulla base di una tale premessa, si rileva, allora, che «la funzione della transazione non è concomitante con una o più prestazioni tipiche, perché consiste nella composizione della lite, cui è idonea qualsiasi prestazione» (E. DEL PRATO, 1992, p. 32; sul punto, v. anche C. CICERO, 2012, il quale sottolinea che nella transazione mista non si pongono «i problemi fondamentali dei contratti misti, insiti nel conflitto di discipline dei differenti tipi contrattuali, e risolti volta a volta o con l'assorbimento nel tipo prevalente o con l'applicazione combinata delle regole dei contratti individuati nella fattispecie»).

Quindi, secondo la prospettiva da ultimo enunciata, la transazione mista non sarebbe altro che una transazione tipica, caratterizzata dal fatto che l'oggetto del contratto è più ampio di quello della lite (così: R. NICOLÒ, 1980, p. 433 ss.; FR. VASSALLI, 1980, p. 138 ss.; si veda anche l'ampia analisi di G. GITTI, 1999, p. 170 ss., spec. p. 178, che sottolinea come la complessità attenga all'oggetto della transazione e non al contratto in sé considerato).

Sempre nell'ambito della tesi che esclude la transazione mista dal novero dei contratti misti, si è fatto notare che l'attitudine dello schema transattivo ad assumere «preminenza funzionale» è prevista dalla legge nell'art. 1965, comma 2, c.c., «dove è lo scopo in vista del quale le prestazioni sono disposte o le obbligazioni assunte ad imprimere alla fattispecie concreta una funzione precipua, diversa da quella del tipo astratto al quale appartiene la prestazione dedotta in contratto». Pertanto, «la fattispecie concreta è, di regola, integralmente sussumibile nello schema della transazione, la cui disciplina troverà applicazione diretta, mentre la disciplina del tipo cui appartiene la prestazione dedotta a materia di "concessione" troverà appli-

cazione solo in quanto compatibile con la funzione transattiva» (così E. DEL PRATO, 1992, p. 31).

In relazione al profilo della disciplina applicabile, non divergono sostanzialmente nemmeno le conclusioni di chi qualifica la transazione mista quale contratto misto. A norma dell'art. 1965, comma 2, c.c., la disciplina del contratto di transazione deve sempre trovare applicazione, «*senza che mai possa restare assorbita dalla disciplina caratteristica del diverso schema causale eventualmente concorrente*». Si tratterebbe di un «*limite non superabile di applicazione delle regole proprie dell'altro schema causale*». Perciò, in caso di contrasto fra la disciplina della transazione e quella dell'altro schema negoziale, dovrebbe darsi la prevalenza alla prima, come nell'ipotesi di inammissibilità della rescissione per lesione ai sensi dell'art. 1970 c.c. (cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 75).

Per completezza, va infine ricordata l'opinione di chi individua nella transazione mista una pluralità di contratti funzionalmente collegati e in rapporto di reciproca dipendenza, rilevando che l'autonomia di ciascuno dei contratti collegati giustifica l'applicazione al contratto secondario delle norme afferenti al suo tipo: «*a queste conclusioni, per la verità, giungono anche i sostenitori della transazione complessa come contratto misto o come contratto con oggetto complesso*», ma il ricorso alla figura del collegamento contrattuale conduce allo stesso risultato senza necessità di invocare «*il criterio della prevalenza*» o «*quello del completamento della disciplina*» (M. FRANZONI, 2001, p. 54).

La giurisprudenza, in una vicenda negoziale avente ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso di un bene e la contemporanea definizione in via transattiva di alcune pendenze fra le parti, ha statuito che l'applicabilità all'intera convenzione delle norme della vendita o della transazione, ovvero la concorrenza delle une e delle altre per ciascun rapporto (nella specie, al fine della determinazione del prezzo della vendita e del riconoscimento o meno della sua rescindibilità per lesione) postulano, rispettivamente, la riconduzione della convenzione medesima nell'ambito del negozio complesso o misto, ovvero dell'ipotesi di negozi solo collegati (così Cass., 5 aprile 1984, n. 2217, in *Foro pad.*, 1984, I, c. 1).

Va rilevato che, sporadicamente, il contratto di cui all'art. 1965, comma 2, c.c. viene qualificato come “transazione novativa”²⁸, ma

²⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, 1949, pp. 464 e 479, il quale tratta della transazione novativa nel commento all'art. 1965 c.c. presupponendo che la figura negoziale delineata dal secondo comma sia una *species* del *genus* transazione novativa; più di recente, in modo esplicito, D. COLANGELI, 2012, p. 5.

quest'ultima figura è delineata, in realtà, all'art. 1976 c.c.²⁹.

Attenta dottrina ha spiegato l'origine dell'equivoco: «*l'attitudine alla costituzione di un nuovo rapporto idoneo ad assorbire il precedente ha fatto ritenere che la transazione complessa produca costantemente un effetto novativo*»³⁰, ma il rapporto tra transazione mista e quella novativa è solo di «*eventuale interferenza*»³¹. Infatti, «*i termini occorrenti perché l'innovatività della transazione si spinga al punto di togliere di mezzo la fonte della preesistente situazione non appaiono in ogni caso conncaturati alla costituzione, modificazione od estinzione di "rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della constestazione delle parti"*»³².

1.3. Soggetti. Capacità

Il profilo soggettivo della transazione, ovvero quello riguardante le parti che concludono il contratto, è considerato dal Legislatore nell'art. 1966 c.c. («*Capacità a transigere e disponibilità dei diritti*»). Infatti, il primo comma di tale norma stabilisce che: «*Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite*»³³.

Il riferimento alla «*capacità*», contenuto nell'art. 1966, comma 1, c.c. è stato variamente interpretato dalla dottrina.

Secondo alcuni, si tratterebbe della capacità di agire (mentre il secondo comma riguarderebbe la legittimazione ad agire)³⁴.

Secondo altri, per «*capacità*» si intenderebbe la legittimazione a transigere³⁵.

²⁹ Sulla transazione novativa v., *infra*, § 1.9.9.

³⁰ E. DEL PRATO, 1992, p. 36.

³¹ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 83.

³² E. DEL PRATO, 1992, *loc. ult. cit.*

³³ Il secondo comma enuncia, invece, il principio per cui la transazione non può riguardare liti aventi ad oggetto diritti indisponibili; di tale aspetto ci si occuperà nel § 1.4.1.

³⁴ S. PUGLIATTI, 1949, p. 466.

³⁵ F. CARRESI, 1966, p. 130; E. VALSECCHI, 1986, p. 288, nt. 3; A. PALAZZO, 1999, p. 393.

Ancora, un Autore, riconoscendo che la formulazione della norma non è fra le più felici, ritiene che l'art. 1966, comma 1, c.c. faccia riferimento «*tanto alla capacità di agire generale, quanto allo specifico potere di agire, in ordine ai rapporti sui quali incide la transazione, che una parte della dottrina designa col nome di legittimazione*»³⁶.

In ogni caso, è pacifico che possano concludere transazioni, oltre alle **persone fisiche**, anche le **persone giuridiche** (in particolare, l'art. 2393, comma 6, c.c. in tema di S.p.A. e l'art. 2476, comma 5, c.c. in tema di s.r.l. si occupano espressamente della transazione concernente l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori) o **altri enti**, così come, nelle **procedure concorsuali**, gli organi indicati dalla legge, con l'osservanza delle specifiche norme che riguardano le singole procedure (ad esempio, per il curatore fallimentare, cfr. art. 35, legge fall.).

È, poi, legislativamente previsto che le parti sostanziali della transazione possano essere persone fisiche **non** dotate di piena **capacità**; in tali ipotesi si dovranno rispettare le regole relative alle autorizzazioni necessarie per concludere l'atto (cfr.: art. 320, comma 3, c.c.; art. 375, n. 4, c.c.; art. 394, comma 3, c.c.; art. 411 c.c.; art. 424, comma 1, c.c.).

Un caso particolare è quello del **chiamato all'eredità** che, ai sensi degli artt. 460 e 486 c.c., può transigere nei limiti dei poteri di amministrazione che gli spettano; qualora la transazione ecceda tali limiti, l'atto comporta l'accettazione dell'eredità ai sensi dell'art. 476 c.c.³⁷.

Il potere di transigere che può spettare al **procuratore ad litem** sarà oggetto d'esame in altra sede³⁸.

1.4. Oggetto e causa. Ruolo delle reciproche concessioni e della lite

L'individuazione di ciò che costituisce l'oggetto della transazione così come la determinazione di quale sia la causa del contratto

³⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 97.

³⁷ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 111 s.

³⁸ V. *infra*, cap. 3, § 3.1.1.

transattivo sembrerebbero essere problemi senza soluzione, tanto ampia è la varietà di opinioni degli interpreti, accresciuta anche dalle diverse definizioni di oggetto³⁹ e causa⁴⁰ che si formulano con riguardo al contratto in generale.

Si è ritenuto, ad esempio⁴¹, che **oggetto** della transazione sarebbe la lite⁴², oppure la situazione giuridica su cui è sorta la controversia, anche oltre i termini coinvolti dalla lite⁴³. Secondo alcuni, nell'oggetto rientrerebbero vari elementi⁴⁴, come «*la cosa o il comportamento su cui vertono la pretesa e la contestazione delle parti*» e, al contempo, «*la situazione giuridica esistente (per la parte in cui è dedotta in lite)*»⁴⁵. Si è affermato pure che «*l'oggetto della transazione non è il diritto fatto valere con la pretesa, bensì il rapporto fondamentale da cui questo diritto scaturisce*»⁴⁶.

Quanto alla **causa**, normalmente si afferma che «*causa della transazione è la composizione della lite mediante reciproche concessioni*»⁴⁷, ma vi è chi esclude che vi rientri l'elemento della

³⁹ Tre sono le teorie principali che considerano oggetto del contratto, rispettivamente: le prestazioni dedotte nel contratto (G. OSTI, 1959, p. 503 s.; P. PERLINGIERI, 1962, p. 67 ss.): l'oggetto della prestazione caratteristica dedotta nel contratto, cioè il bene (M. ALLARA, 1957, p. 42; G. GABRIELLI, 1964, p. 1367, nt. 2); il contenuto del contratto stesso (R. SACCO-G. DE NOVA, 1993, p. 19 ss.; N. IRTI, 1965, p. 799 ss., spec. p. 803 ss.).

⁴⁰ V. *supra*, § 1.1.

⁴¹ Per una rassegna delle varie posizioni, v. G. GITTI, 1999, p. 144 s.

⁴² F. CARRESI, 1966, p. 140; L. PUCCINI, 1958, p. 259 s.; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 1° aprile 2010, n. 7999, in banca dati *Foro it.*, secondo cui l'oggetto della transazione non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni.

⁴³ M. SEGNI, 1982, p. 263 ss.

⁴⁴ E. VALSECCHI, 1986, p. 309 ss.

⁴⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 115 e p. 117.

⁴⁶ G. GITTI, 1999, p. 338, il quale a p. 341 così aggiunge: «*se la transazione ha per oggetto un diritto reale [di godimento, n.d.r.] o un'obbligazione di specie, soltanto i soggetti e il contenuto del diritto [...] varranno ad identificare i diritti litigiosi. Se la transazione ha, invece, ad oggetto un diritto reale di garanzia o un'obbligazione di genere, per poter identificare i diritti litigiosi sarà necessario ricorrere, oltre ai soggetti, anche al fatto costitutivo per poterne accertare il contenuto*».

⁴⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 201.

composizione della lite⁴⁸, mentre altri escludono quello delle reciproche concessioni⁴⁹.

La diversità tra le varie ricostruzioni in ordine al contratto di transazione dipende anche da come si vogliono inquadrare nello schema del contratto i due elementi evocati dall'art. 1965 c.c., ovvero la «lite» e le «reciproche concessioni». Benché essi appaiano di difficile collocazione, è possibile, almeno, fornirne una definizione, anche grazie all'approfondita analisi compiuta dalla dottrina.

In merito alla nozione di **lite**, si rileva che non è sufficiente un semplice conflitto economico, «*il quale costituisce il terreno su cui si innestano le trattative di qualsiasi contratto oneroso*»; occorre, invece, un **conflitto giuridico**, «*dunque l'affermazione di un diritto, che si esterna nella pretesa, e la contestazione della sussistenza o della misura di tale diritto*»⁵⁰.

Ancora, si osserva che «*per esserci lite, e quindi possibilità di transazione, deve esserci una pretesa contestata, o, che è lo stesso, un diritto controverso. Quando la pretesa è insoddisfatta ma non c'è contestazione, manca la lite*»⁵¹.

La giurisprudenza ha ritenuto che, per la validità della transazione, sia necessaria la sussistenza della *res litigiosa*, ma non occorra, a tal fine, che le rispettive tesi delle parti abbiano assunto la determinatezza propria della pretesa, essendo sufficiente l'esistenza di un dissenso potenziale, anche se ancora da definire nei più precisi termini di una lite e non esteriorizzata in una rigorosa formulazione⁵².

Collegato al concetto di lite vi è quello di *res dubia*, tradizionalmente evocato dalla giurisprudenza come presupposto della transazione. Si afferma, in proposito, che per concludere validamente una transazione «*è necessario [...] che essa abbia ad oggetto una res dubia, e, cioè, che cada su un rapporto giuridico*

⁴⁸ A. BUTERA, 1933, p. 23 s. e p. 315.

⁴⁹ F. CARRESI, 1966, p. 99, nt. 3.

⁵⁰ E. DEL PRATO, 1992, p. 9, il quale rileva che la sussistenza di una pretesa e di una contestazione consentono di distinguere la transazione da altre figure come remissione del debito, rinuncia al diritto e *pactum ut minus solvatur*.

⁵¹ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 12.

⁵² Così Cass., Sez. III, 16 luglio 2003, n. 11142, in banca dati *Foro it.*

avente, almeno nella opinione delle parti, carattere di incertezza»⁵³.

La *res dubia* viene intesa in giurisprudenza non come «*incertezza obiettiva circa lo stato di fatto e diritto*», bensì come «*sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali dei rispettivi diritti ed obblighi delle parti*»⁵⁴. È bene chiarire gli equivoci che potrebbero insorgere sovrapponendo la terminologia giurisprudenziale (che si riferisce, per escluderla, all'«*incertezza obiettiva*») con quella utilizzata da un famoso Autore, il quale evidenzia che l'incertezza derivante dalla lite è «*oggettiva*». Con tale espressione egli intende che l'incertezza non esiste «*nei soggetti della lite*», ma «*tra le parti in lite*»⁵⁵. Coordinando l'affermazione giurisprudenziale con quella dottrinale, si comprende che la lite implica incertezza, da intendersi non in senso assoluto, ma come contrasto tra due differenti posizioni: in altri termini, la *res dubia* è insita nella *res litigiosa*.

Per la stipula di una transazione è altresì necessario che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio, venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano **reciproche concessioni**⁵⁶.

L'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum* non sono da rapportare agli effettivi diritti delle parti, bensì alle rispettive pretese e contestazioni⁵⁷. Le reciproche concessioni possono consistere in «*qualsiasi prestazione di cui le parti possano disporre*»⁵⁸ e configurano

⁵³ Cass., Sez. III, 1° aprile 2010, n. 7999, in banca dati *Foro it.*; Cass., Sez. I, 15 maggio 2001, n. 6662, *ivi*.

⁵⁴ Cass., Sez. III, 13 maggio 1996, n. 4448, in banca dati *Foro it.*

⁵⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, 1975, p. 8.

⁵⁶ Così, testualmente, Cass., Sez. III, 1° aprile 2010, n. 7999, *cit.*; Cass., Sez. I, 15 maggio 2001, n. 6662, in banca dati *Foro it.*; sull'essenzialità delle reciproche concessioni, v. anche la recente Cass., Sez. lav., 7 novembre 2018, n. 28448, *ivi*.

⁵⁷ Cass., Sez. lav., 8 aprile 2014, n. 8191, in banca dati *Foro it.*; Cass., Sez. lav., 6 giugno 2011, n. 12211, *ivi*; Cass., Sez. III, 15 maggio 2003, n. 7548, *ivi*.

⁵⁸ E. DEL PRATO, 1992, p. 1. Secondo parte della giurisprudenza la transazione non potrebbe però avere ad oggetto il trasferimento di un bene la cui titolarità costituisca l'oggetto della controversia (cfr. Cass., Sez. III, 15 luglio 2016, n. 14432, in banca dati *Foro it.* e Cass., Sez. I, 17 settembre 2004, n. 18737, *ivi*: «*La transazione può avere funzione traslativa soltanto con riguardo a rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti, dovendosi ritenere inconcepibile il trasferimento tra le par-*

la transazione come contratto a titolo oneroso e sinallagmatico. Esse non rappresentano una «*semplice contrapposizione di interessi, riscontrabile pure quale presupposto di altri istituti*», bensì «*sacrifici reciproci, di cui non è rilevante l'equivalenza*»⁵⁹; devono «*risultare con chiarezza dal contratto ove vanno indicate le contrapposte pretese, i diritti su cui verrà ad incidere l'effetto transattivo e la consistenza dei sacrifici riguardanti la pretesa e la contestazione che comporteranno una modificazione del rapporto o della pretesazione dedotta in rapporto*»⁶⁰.

In senso critico rispetto all'utilità delle reciproche concessioni ai fini dell'individuazione dei caratteri essenziali del contratto transattivo, si è però affermato che «*la reciprocità delle concessioni, modulate necessariamente su quanto preteso e contestato dalle parti, risulta [...] mero elemento descrittivo*» del contratto⁶¹.

A questo punto, sempre tenendo a mente l'**incertezza interpretativa** – sin qui evidenziata – sul rapporto tra lite, composizione della stessa e reciproche concessioni, nonché in merito alla relazione tra tali concetti e gli elementi dell'oggetto e della causa della transazione, si possono formulare alcune semplici riflessioni. All'uopo, conviene partire dalle parole con cui questo contratto viene presentato nella Relazione al Re, ove si può leggere:

*«La nozione del contratto (art. 1965), fondata sull'elemento **funzionale** della composizione della lite e sull'elemento **strumentale** delle reciproche concessioni, è sostanzialmente rimasta immutata; ma in correlazione alle altre norme permette di risolvere alcuni problemi pratici di notevole rilievo. Così si può dire risolto il grave problema*

ti in lite, mediante transazione, di un diritto la cui appartenenza sia incerta perché oggetto di contestazione»).

⁵⁹ A. PALAZZO, 1999, p. 386 ss.; nel senso che non è necessaria l'esistenza di un equilibrio economico tra le reciproche concessioni, v. *ex multis*: Cass., Sez. lav., 8 aprile 2014, n. 8191, cit.; Cass., Sez. lav., 6 giugno 2011, n. 12211, cit.; Cass., Sez. III, 15 maggio 2003, n. 7548, cit.

⁶⁰ A. PALAZZO, 1999, *loc. cit.*; sul fatto che le reciproche concessioni possono emergere dal complesso dell'atto nonché da elementi esterni v., però, *infra* § 1.5.

⁶¹ G. GITTI, 1999, p. 140 ss., che giunge a qualificare la transazione come «*contratto normativo successivo*», caratterizzato, quindi, da una causa normativa: «*l'efficacia del contratto consiste semplicemente nel dare regolamentazione ad un preteso rapporto obbligatorio preesistente e oggetto di controversia tra le stesse parti*».

se per la validità della transazione sia sufficiente l'esistenza di una controversia o sia invece necessaria un'incertezza, obiettiva o subiettiva, sull'esito della lite. La dottrina di gran lunga dominante riteneva necessario il presupposto dell'incertezza; ma è sembrato praticamente più opportuno, allo scopo di impedire discussioni postume sull'efficacia delle transazioni e di mantenere fermo l'effetto, di grande rilievo dal punto di vista sociale, della composizione convenzionale della lite, considerare **presupposto** necessario e sufficiente della transazione solo l'esistenza della lite, qualunque sia il grado di incertezza in cui possono versare le parti transigenti»⁶².

Da quanto sopra si evince che:

(i) la «composizione della lite» è «l'elemento funzionale» e, dunque, la **causa** della transazione;

(ii) le «reciproche concessioni» sono l'«elemento strumentale» del contratto (in dottrina si è affermato che esse sono «il mezzo essenziale per lo svolgimento della causa del negozio transattivo»⁶³). La causa non può trovare realizzazione se non attraverso l'oggetto del contratto: pertanto, si dovrebbe concludere che le reciproche concessioni sono l'**oggetto** della transazione⁶⁴. Esse incidono su una situazione giuridica preesistente interessata dalla lite tra le parti, modificandola o (nel caso di transazione novativa⁶⁵) sostituendola con un nuovo assetto, oppure intervenendo anche su altri rapporti (transazione mista⁶⁶). In sintesi, mediante le reciproche concessioni si realizza la regolamentazione dei rapporti giuridici tra le parti per il futuro. Quindi, **per estensione**, la situazione giuridica su cui operano le reciproche concessioni e quella che deriva dal contratto divengono oggetto della transazione⁶⁷;

(iii) la «lite» è il «**presupposto** necessario e sufficiente» del

⁶² Cfr. la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Re (MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, 1943, n. 772).

⁶³ A. PALAZZO, 1999, *loc. cit.*

⁶⁴ Tale affermazione non si ritrova, però, nelle principali elaborazioni dottrinali sopra richiamate.

⁶⁵ V. *infra*, § 1.9.9.

⁶⁶ V. *supra*, § 1.2.1.

⁶⁷ Cfr. art. 2113 c.c. («le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro ...»).

contratto, mentre l'incertezza sull'esito della lite è irrilevante. Se manca la lite, le reciproche concessioni perdono i loro termini di riferimento, ovvero la pretesa e la contestazione: infatti, in mancanza di pretese e contestazioni, non si può individuare alcuna "concessione"; di conseguenza, viene meno l'oggetto stesso della transazione, come sopra individuato. La lite deve riguardare diritti disponibili (come si vedrà tra breve), altrimenti la transazione non può essere conclusa.

1.4.1. Indisponibilità dei diritti oggetto di lite

Il Legislatore, dopo aver preso in considerazione la definizione di transazione (art. 1965, comma 1, c.c.)⁶⁸ – nella quale anche la c.d. transazione mista trova piena collocazione (art. 1965, comma 2, c.c.)⁶⁹ – e il profilo soggettivo del contratto (art. 1966, comma 1, c.c.)⁷⁰, ha dettato la seguente disposizione (art. 1966, comma 2, c.c.):

«La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti».

I diritti a cui si riferisce la previsione sono quelli indicati al primo comma, ovvero i «*diritti che formano oggetto della lite*». È evidente che, se la lite riguarda **diritti indisponibili**, essa non può essere composta mediante reciproche concessioni che – lo si è visto – incidono sulla situazione preesistente (situazione che, in questa ipotesi, è indisponibile).

La dottrina, per definire il concetto di diritti indisponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c., ha fatto riferimento a «*situazioni soggettive accertabili, se controverse, solo da parte dell'autorità giudiziaria o, diversamente, irrilevanti per il diritto*», ovvero: gli «*status personali*», i «*diritti della personalità*», l'«*obbligazione di prestare gli alimenti*», l'«*obbligazione naturale*»⁷¹.

⁶⁸ V. *supra*, § 1.2.

⁶⁹ V. *supra*, § 1.2.1.

⁷⁰ V. *supra*, § 1.3.

⁷¹ E. DEL PRATO, 1992, p. 71; sul tema dell'indisponibilità dei diritti, v. anche *infra*, § 6.1.1, con riguardo alle convenzioni di arbitrato.