
La transazione *

SOMMARIO: I. *La transazione nella tipologia contrattuale. I presupposti e il contenuto.* 1. La funzione della transazione e il tipo contrattuale. – 2. La transazione e gli altri strumenti per la soluzione delle controversie. – 3. Conflitto economico e conflitto giuridico. Le premesse della transazione. La rinuncia al diritto. La «*datio in solutum*». – 4. Le premesse della transazione. La «lite che può sorgere». – 5. Transazione e contratto di accertamento. – 6. La transazione e l'incertezza. – 7. Le reciproche concessioni e la funzione della transazione. Onerosità e corrispettività della transazione. – 8. La funzione della transazione e il tipo contrattuale. Transazione e divisione. La cosiddetta transazione mista o complessa. – II. *Gli effetti.* 9. In generale. – 10. La transazione come contratto dispositivo non traslativo, ma idoneo a produrre effetti traslativi a norma dell'art. 1965, 2° comma, c.c. – 11. La transazione appieno innovativa. – 12. Gli effetti rispetto ai terzi. – 13. Condizione, termine e transazione. – 14. Forma e prova. – 15. L'omologazione. La transazione sulla falsità di documenti. – III. *I soggetti.* 16. I soggetti della transazione e la capacità di transigere. – IV. *L'oggetto e la patologia.* 17. L'oggetto della transazione e l'attitudine del contratto a disporre. Transazione e diritti indisponibili. La nullità della transazione. Transazione generale e speciale; divisibile e indivisibile. – 18. L'oggetto, l'interpretazione e l'ambito dell'efficacia preclusiva. – 19. La nullità riflessa. – 20. Transazione e norme inderogabili. – 21. L'errore nella transazione: a) sulle questioni oggetto di controversia; b) sulle prestazioni materia delle reciproche concessioni. – 22. *Segue:* c) l'errore sui presupposti. – 23. La disciplina speciale. – 24. La transazione appieno innovativa «fatta relativamente a un titolo nullo». – 25. La falsità di documenti. – 26. La preesistente cosa giudicata. – 27. La scoperta di documenti nella transazione generale e nella transazione speciale. Il dolo. – 28. La pretesa temeraria. – 29. La violenza. Transazione e minaccia di far valere un diritto. – 30. La rescissione. L'irrescindibilità per causa di lesione. – 31. La risoluzione. – 32. Transazione ed azione revocatoria.

* Pubblicato nel 1992 nell'*Enciclopedia del diritto*, XLIV, 813 ss., nonché come volume autonomo.

I

La transazione nella tipologia contrattuale. I presupposti e il contenuto

1. La funzione della transazione e il tipo contrattuale

Fra gli strumenti accordati ai privati per la soluzione di controversie giuridiche la transazione occupa un posto particolare perché è un contratto e, in quanto tale, prescinde dall'accertamento della ragione e del torto.

La nozione fornita dall'art. 1965 c.c., secondo cui «la transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro», non individua un tipo contrattuale in base al contenuto di una od entrambe le prestazioni, ma descrive una funzione assolvibile da qualsiasi prestazione di cui le parti possano disporre: porre fine ad una lite già incominciata o prevenire una lite che può sorgere. È proprio la varietà dei contenuti deducibili nelle “concessioni” previste per comporre la controversia accanto alla possibile esorbitanza, sanzionata dall'art. 1965, 2° comma, di tali prestazioni dalla materia implicata dalle contrapposte pretese¹ ad avere indotto a considerare la transazione come una “causa generica” di attribuzione patrimoniale, idonea ad improntare della propria funzione altri contratti, tipici od atipici².

¹ Anche se, a differenza del codice del 1942, quello del 1865 non contemplava, come del resto il *code civil* francese (art. 2044) ed il *BGB* tedesco (§ 779), la possibilità di costituire, modificare od estinguere, mediante le reciproche concessioni, «rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti», non si dubitava dell'ammissibilità della cosiddetta transazione mista o complessa: v. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*², rist., Napoli, 1986, 73 e nt. 13; MOSCARINI, *La transazione mista*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, 449 ss.

² Riferimenti in F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 202 s. e nt. 2; v. la *Relazione sul codice civile*, n. 772.

Sul piano teorico, l'individuazione della transazione, già nel codice civile del 1865 (art. 1764 ss.), come contratto avente una disciplina speciale³ e non già come modo di porsi di altri contratti non consente di accogliere questa opinione; né sul piano pratico essa modifica il regime giuridico delle fattispecie concrete in cui le prestazioni che si presentano come concessioni siano riconducibili a contratti nominati, perché la disciplina propria di tali contratti trova applicazione nei limiti in cui non confligga con la disciplina speciale della transazione⁴.

Non può poi dirsi che la causa della transazione sia determinata in modo elastico o poco circostanziato⁵: se essa consiste nella composizione della controversia mediante reciproche concessioni⁶, quella connotazione andrà infatti riferita alle prestazioni che individuano il tipo contrattuale, che qui non è delineato con riguardo all'oggetto di una (ad esempio, artt. 1571, 1678, 2222 c.c.) o di entrambe (ad esempio, artt. 1470, 1548, 1552, 1655 c.c.) le prestazioni stesse⁷. Non solo la rinuncia parziale

³ Ciò esclude, inoltre, l'utilità della ricostruzione di CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 185 ss., che, negandone la contrattualità, vede nella transazione la combinazione di due negozi; per un'esauriente critica F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 73, 91 ss. Di recente intende superare la logica dei tipi contrattuali facendo leva «sugli interessi di volta in volta coinvolti», in relazione alle «multiformi ipotesi di negozio diretto a comporre o prevenire le liti», INDRACCOLO, *I negozi diretti a comporre o prevenire le liti*, Napoli, 2017, 23 ss. Da qui la tendenza ad estendere, in relazione alle circostanze, l'applicazione delle norme dettate per la transazione, ricercando «un sistema di invalidità duttile, idoneo a modellarsi sulle contingenti esigenze di tutela» (27, 51 ss., 83 e spec. 233 ss.).

⁴ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 75; MOSCARINI, *loc. cit.* Discorre, invece, nell'ambito della transazione cosiddetta novativa, di contratto compiuto «con finalità transattiva», qualificandolo «transazione novativa atipica» CARRESI, *La transazione*², in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, IX, t. 3, rist., Torino, 1966, 124, ritenendo che in tal caso «gli elementi del concreto negozio tipico prevalgono su quelli della transazione».

⁵ ASCARELLI, *L'astrettezza dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 385 ss., specialmente 390 nt. 1.

⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 201.

⁷ Cfr. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 54; MOSCARINI, *loc. cit.* Nella dottrina sul *code civil* è unanime il riconoscimento che la formula (art. 2044) secondo cui «la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître», debba

alla propria pretesa ed il correlativo riconoscimento, che, corrispettivi ad una simmetrica prestazione della controparte, conformano la situazione sostanziale attuandone la disposizione, ma anche qualsiasi altra disposizione od obbligazione valgono come concessioni transattive quando sono convenute per il superamento di una lite tra i contraenti ⁸.

2. La transazione e gli altri strumenti per la soluzione delle controversie

Prima di delinearne le premesse e l'ambito, occorre considerare la transazione nel quadro degli strumenti per la soluzione delle controversie.

a) La sentenza dell'organo giudiziario ed il lodo arbitrale risolvono il conflitto, accertata la situazione di fatto e di diritto, adottando una decisione che statuisce sulla ragione e sul torto secondo le norme positive, o, quando sia possibile e le parti ne abbiano fatto richiesta, secondo equità.

b) Indipendentemente da ogni giudizio di terzi, una delle parti in contrasto può, con un atto unilaterale, di rinunzia alla propria pretesa o di riconoscimento di quella altrui, porre termine

essere completata precisando che le parti conseguono tale risultato «au moyen de concessions réciproques»: cfr. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Paris, 1947, 11 s.; DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, Bruxelles, 1967, 21 s.; OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, 1969, 116. In realtà l'omessa indicazione delle reciproche concessioni (quasi unanimemente considerata alla stregua di una dimenticanza del legislatore) trova il precedente nella dottrina di Domat: v. CARRESI, *op. cit.*, 70, dove ulteriori richiami.

⁸ «Tanto più rilevante è la identità della causa e più accentuata la sua efficienza individuatrice, quanto meno rilevante è lo specifico contenuto»: così F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 203; v. inoltre PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5, II ed., Torino, 2007, 379 ss., il quale avverte come il solo limite al contenuto della transazione sia dato dagli «interessi indisponibili della persona»; una recente rassegna di questioni è in GALLETTO, *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 1379 ss.

al contrasto abbandonando la posizione litigiosa e confermando, con ciò, il diritto della controparte ⁹.

L'interrogativo se il riconoscimento dell'altrui diritto, in cui si traduce la rinuncia alla pretesa, possa surrogarne il titolo va risolto negativamente. L'unilateralità del riconoscimento ne impedisce l'efficacia costitutiva.

Mentre per i rapporti obbligatori il regime è dato dall'art. 1988 c.c., per i diritti reali la questione è innovata dall'introduzione del n. 12-*bis* nell'art. 2643 c.c., il quale contempla, in tema di trascrizione, «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione»: tuttavia si tratta di accertamento convenzionale.

c) Altro strumento, pattizio, è il contratto di accertamento, mediante il quale le parti convengono di accertare, personalmente o tramite un terzo arbitratore (art. 1349 c.c.), la consistenza della situazione di fatto, disponendone, e, tramite essa, la fondatezza del diritto accampato dall'uno o dall'altro contraente.

Si pensi, ad esempio, all'accordo tra il responsabile di un illecito civile ed il soggetto danneggiato per quantificare il danno obiettivamente subito dal secondo. Anziché chiudere la controversia eventualmente insorta su un qualsiasi punto intermedio tra le posizioni di lite, addivenendo così ad una transazione, le parti possono convenire di accertare l'entità del pregiudizio, determinando i parametri in base ai quali provvedere a tale operazione.

Di questa figura sono assai controverse tanto la natura quanto l'ambito applicativo. Qui può soltanto accennarsi, riguardo alla prima, alla dottrina che nega la compatibilità tra potere di accertamento ed autonomia privata ¹⁰, ritenendo che quest'ulti-

⁹ Sul riconoscimento in generale, recentemente, C.A. GRAZIANI, *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, s.d. (1989), 509 ss., specialmente 524 ss.; LA ROSA, *Riconoscimento dei diritti*, ivi, 584 ss., specialmente 605 s.

¹⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 21 ss. (e già ID., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 303 ss., nonché *Negoziato e giudizio*, ivi, 335 ss.); FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 18 ss., 29, 109 ss.; SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 250 ss., specialmente 262; LAUDISA, *La contestazione della transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 413 ss., specialmente 422 s.; in senso contrario, assumendo che il potere di disporre comprenda quello di accertare, fra i molti,

ma possa esternarsi solo tramite la disposizione di situazioni giuridiche; quanto al secondo, alla tesi che, nel dibattito intorno alla natura dell'arbitrato irrituale ed in particolare alla sua accostabilità a quello rituale, scorge in esso un contratto di accertamento in cui l'attività conoscitiva dei fatti e l'esame delle questioni giuridiche sono demandati a terzi svolgenti la funzione di arbitratori a norma dell'art. 1349 c.c.¹¹.

A distinguere il contratto di accertamento completato dall'attività di un terzo arbitratore dall'arbitrato irrituale non sembra adeguato il criterio secondo cui l'arbitrato presuppone un rapporto perfetto ma controverso, mentre l'arbitraggio opera «rispetto a rapporti in formazione, che devono essere completa-

con prospettive differenziate, R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, specialmente 389 ss.; FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d. (1958), specialmente 209 ss.; M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, ivi, 227 ss., le cui posizioni variano in funzione dell'intensità degli effetti riconosciuti all'atto di accertamento.

¹¹ In tal senso CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 166 s.; FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitratore*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, 165 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 131 e nt. 83, 52 s., in coerenza con la sua tesi, dopo aver avvertito che «se l'arbitrato irrituale differisse dall'arbitrato rituale soltanto sotto l'aspetto formale, si dovrebbe, infatti, con certezza, negarne la legittimità, poiché non potrebbe ammettersi che i privati si sottraessero alle norme pubblicistiche regolanti l'arbitrato», osserva che in tal caso la composizione della lite non è attuata attraverso l'accertamento, bensì con «la disposizione della situazione esistente» (e v., per la distinzione del regime dell'arbitrato irrituale da quello della transazione con arbitrato, 131 s.) (in termini analoghi LAUDISA, *op. cit.*, 424); nella giurisprudenza Cass., 9 giugno 1986, n. 3956; Trib. Milano 6 aprile 1989, in *Foro pad.*, 1989, I, 352 ss.; App. Cagliari 21 aprile 1989, in *Riv. giur. sarda*, 1990, 365 ss., con nota di MEREU, *In tema di arbitrato irrituale su controversia locativa*.

Per una panoramica generale sull'argomento v., ultimamente, PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, II, 1988, specialmente 4 e 38; HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, 1990, 23 ss., 66 ss., 141 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 441 ss.; BIN, *Dialogo dei massimi sistemi, ovvero civilisti e processualisti di fronte all'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1991, 363 ss.; PANZARINI, *L'arbitrato irrituale*, I, ined.

Per ulteriori e più aggiornati riferimenti v. *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, più innanzi 177 ss.

ti»¹². L'intendimento di accertare l'obiettiva consistenza della situazione controversa costituisce infatti materia di un contratto autonomo dal rapporto su cui la controversia incide.

La diversità tra l'accertamento compiuto dall'arbitratore e quello compiuto dagli arbitri risiede nell'"oggetto" della cognizione del terzo. Nel primo tipo di accertamento si fissa una situazione, nei cui confronti il terzo svolge un'attività che nell'accertamento implica una disposizione integrante l'atto di autonomia delle parti. Nel secondo si qualificano giuridicamente i fatti, cioè si formula un giudizio, al quale le parti si sono preventivamente vincolate, di per sé insuscettibile di essere validamente compiuto dalle parti medesime¹³, in quanto esse possono disporre di interessi patrimoniali in modo diretto, non già risalendo alle situazioni di valore che ne sono il presupposto. La stessa transazione sulle conseguenze di un fatto illecito può porsi come valida fonte della prestazione risarcitoria, quantificandola, ma non investire il titolo colposo o doloso della responsabilità; se poi sia appieno innovativa, sarà essa stessa la fonte esclusiva del nuovo rapporto; a prescindere dal tramite del giudizio sulla responsabilità e sul nesso di causalità.

Questo rilievo, nei limiti in cui dà ragione della incapacità dei privati a formulare giudizi di valore intorno alla qualificazione dei propri contegni, ed al contempo consente di distinguere le materie appieno sottratte alla disponibilità degli stessi (artt. 1966, 2° comma, c.c. e 806 c.p.c.) da quelle in cui il giudizio dell'autore sul contegno oggetto di valutazione non produce effetti ulteriori rispetto al riconoscimento di fatti (art. 2730 ss. c.c.) od, al più, al riconoscimento del debito (art. 1988 c.c.)¹⁴, consente di accomunare il potere di accertare a quello di disporre.

Del resto, sia riconoscere al cosiddetto negozio di accertamento l'effetto di produrre l'obbligazione di non dare al rapporto preesistente una intelligenza diversa da quella risultante da

¹² Riferimenti in PUNZI, *op. cit.*, 38.

¹³ Cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, s.d. (1965), 432 ss., specialmente 505; GRAZIANI, *op. cit.*, 526 s.; cfr. anche Cass., 10 novembre 1976, n. 4141.

¹⁴ GRAZIANI, *op. cit.*, 527.

quanto convenuto, col risvolto che rimane pur sempre aperta la possibilità di far valere l'eventuale difformità della situazione reale da quella "dichiarata" nell'autoregolamento, salvo il conseguente obbligo risarcitorio¹⁵; sia attribuirvi l'effetto di "fissare" il contenuto della situazione stessa, con efficacia "immediata", ponendo fuori contestazione il rapporto accertato, senza cioè l'intermediazione del vincolo obbligatorio¹⁶; sia, infine, riferirvi quell'"efficacia preclusiva" consistente in ciò, che «la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente»¹⁷, significa appunto che il cosiddetto accertamento privato comunque implica, in misura più o meno intensa, un atto di disposizione.

d) Tra gli strumenti per la soluzione di conflitti giuridici, deve inoltre distinguersi dalla transazione la conciliazione¹⁸, la quale non costituisce una figura dotata di una propria autonomia, bensì una sorta di "involucro" il cui contenuto può consistere tanto in una transazione, se ne ricorrano gli estremi, quanto nel riconoscimento dell'altrui diritto o nella rinuncia alla propria pretesa¹⁹.

¹⁵ R. NICOLÒ, *op. cit.*, 389 ss., ritiene che il riconoscimento negoziale è connotato da funzione dichiarativa e struttura costitutiva.

¹⁶ M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, specialmente 39, 212; *Id.*, *op. cit.*, 234.

¹⁷ FALZEA, *op. cit.*, 209, il quale, pertanto, avverte che «l'accertamento esige un effetto giuridico diverso da quello meramente dichiarativo», un effetto in cui «è implicata necessariamente l'idea di una innovazione nel mondo giuridico e di una innovazione essenziale», che si traduce nella «preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e pertanto nella irrilevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico-giuridica» (212).

¹⁸ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 46 s.; BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., III, 1988, 203 ss.; Cass., 4 dicembre 1986, n. 7193, in *Foro it.*, 1987, I, 2172 ss., sottolinea che la transazione in cui si può sostanziare la conciliazione può «riguardare anche rapporti diversi da quello dedotto in giudizio» (2176).

¹⁹ Con questa precisazione la conciliazione si iscrive nel novero degli strumenti negoziali di composizione della lite, la cui analisi rivela l'emersione di specifici modelli procedurali: l'esito dispositivo può essere quello descritto nel testo. Il tema, da tempo, è sintetizzato nell'acronimo ADR (*alternative*

La particolarità di questo modo di risolvere la lite sta nel fatto di aver luogo dinanzi ad un terzo, il giudice (art. 185 c.p.c.) od altro soggetto (artt. 410 e 411 c.p.c.; art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203): ciò, oltre a servire per la certificazione della sottoscrizione e per attribuire carattere di titolo esecutivo al verbale di conciliazione (art. 185, 3° comma, c.p.c.), può porsi come condizione di validità della stessa rinuncia o transazione (art. 2113 c.c.).

La mediazione è figura di recente introduzione normativa (cfr. il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ampiamente integrato da successivi interventi), e si differenzia dalla conciliazione perché costituisce un procedimento, specificamente disciplinato, tendente ad una definizione negoziale di una lite. Essa può sfociare in una transazione, in un riconoscimento o in un accertamento (cfr. l'art. 2643

dispute resolutions), che allude, appunto, a questi modelli. Su di essi v., più innanzi, per qualche riferimento, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, 175 s.

Specifiche procedure di conciliazione sono previste nel settore bancario e finanziario (v. SCARPA, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1, 104), oltre che nel settore assicurativo e delle comunicazioni. Tra l'enorme mole di contributi sulle ADR v., nella dottrina più recente, INDRACCOLO, *op. cit.*, 28 ss.

Esula dall'ambito della conciliazione la figura prevista dall'art. 35, 1° e 2° comma, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, inerente al processo penale dinanzi al giudice di pace, secondo cui il giudice «sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato (...) quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato» (1° comma, e cfr. 5° comma), «solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione» (2° comma).

Si tratta di un istituto precipuamente orientato alle esigenze sanzionatorie del processo penale: infatti il provvedimento non presuppone il consenso della persona offesa in ordine alla esaustività della riparazione né al valore transattivo della stessa. Ne segue che il ristoro attuato in vista della pronuncia di estinzione del reato, benché ritenuto idoneo dal giudice di pace «a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione», non menoma il diritto del danneggiato, che non abbia prestato alcun consenso, a richiedere in sede civile il risarcimento del danno che assuma non coperto dalla prestazione effettuata dall'imputato giacché la sentenza penale non riveste, in tal caso, autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno (cfr. Cass. pen., sez. un., 23 aprile 2015, n. 33864).

n. 12-*bis* c.c. circa la trascrivibilità degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione).

Pertanto l'esito positivo della mediazione non configura ipotesi di definizione stragiudiziale del contenzioso diverse da quelle qui considerate; né ciò si può trarre dalle numerose e sezionali normative concepite essenzialmente in vista della deflazione del contenzioso civile (v., ad es. il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179; di recente le discipline introdotte dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, in tema di negoziazione assistita, e dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori).

Si tratta di figure caratterizzate da regole procedimentali e, talvolta, da effetti sostanziali che si aggiungono a quelli insiti nell'atto di autonomia privata²⁰.

e) Il tenore dell'art. 1772 c.c. abr., dove era statuito che «le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile», ha indotto a scorgere analogie fra sentenza e transazione²¹, fornendo, secondo alcuni, un argomento persuasivo per attribuire alla seconda natura dichiarativa²².

²⁰ V. ad es. l'art. 12 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e l'art. 5 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla l. 10 dicembre 2014, n. 162. Su quest'ultimo v. LUIO, *La negoziazione assistita (artt. 6 e 12, d.l. n. 132 del 2014)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 649 ss., spec. 658.

Per una panoramica recente v. AA.VV., *La risoluzione amichevole dei conflitti*, in *Questione giustizia*, 2015, 105 ss.; CAPOBIANCO, *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive*, in *Vita not.*, 2012, 155 ss.; FRANZONI, *La transazione risultato della mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Resp. civ.*, 2012, 580 ss.; GITTI, *Conciliazione e transazione nell'azione collettiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 685 ss.; E. MINERVINI, *La conciliazione amministrata dalle camere di commercio*, in *I contratti di composizione delle liti*, I, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005, 242 ss.

²¹ Persistenti in CARRESI, *op. cit.*, 71 s., 104 ss., 217; ID., *Transazione (Diritto vigente)*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1973, 503, che però avverte come il giudice «mentre deve rilevare d'ufficio l'*exceptio rei iudicatae* non può invece rilevare la *exceptio rei per transactionem finitae*» (491 s., nt. 9).

²² Cfr. sul punto le significative osservazioni di PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, 448 ss., 456 ss.

Ma il solo denominatore comune della soluzione della lite²³ non può giustificare l'accostamento di strumenti che differiscono per il contenuto intrinseco e l'efficacia²⁴, e dunque per la natura: la sentenza è giudizio, dove pertanto il valore del dispositivo si fonda sull'accertamento del fatto e del diritto risultante dalla motivazione; la transazione è invece mera disposizione, il cui supporto giustificativo risiede nella composizione del contratto²⁵. Essa, superando la controversia senza accertare il fatto e risolvere questioni giuridiche, prescinde dalla fissazione della ragione e del torto.

3. *Conflitto economico e conflitto giuridico. Le premesse della transazione. La rinuncia al diritto. La «datio in solutum»*

Non basta a fungere da premessa della transazione un semplice conflitto economico²⁶, il quale costituisce il terreno su cui si innestano le trattative di qualsiasi contratto oneroso²⁷: serve

²³ Cfr. BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, I. *Delle transazioni*, Torino, 1933, 1 ss., da segnalarsi anche per la completa bibliografia della dottrina italiana e straniera precedente; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 3 ss.; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, ivi, 1933, I, 132 ss., ora in *Prolusioni*, Milano, 1979, 3 ss.

²⁴ Ultimamente LAUDISA, *op. cit.*, 414 s.

²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 64, 295.

²⁶ V. riferimenti in VISALLI, *Transazione*², in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, Torino, 1980, 364 ss. Cfr. anche, per la composizione dei conflitti gestionali nelle società a responsabilità limitata e nelle società di persone, l'art. 37 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che contempla la singolare figura dell'arbitrato "economico" o "gestionale": su cui E. MINERVINI, *L'arbitrato "economico" e la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società*, in *Giur. comm.*, 2004, suppl. al n. 3, *Contributi alla riforma delle società di capitali*, 880 ss.

²⁷ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 316; SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Napoli, 1988, 179 ss.; E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 157, nt. 7, e quivi il riferimento a Deiana.

Anche in vista della conclusione della transazione si svolgono trattative in merito ai termini economici della composizione della lite, ma la peculiarità funzionale del futuro contratto esclude di attribuire valore vincolante alle ammissioni rese in quella sede, che valgono, piuttosto, «come prospetti o programmi intorno alla situazione nuova»: v. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 134, il qua-

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.

Ciò consente di distinguere dalla transazione figure che se ne differenziano anche per la mancanza delle reciproche concessioni, le quali costituiscono gli elementi tramite cui il conflitto giuridico può essere composto: la remissione del debito, e più ampiamente la rinuncia al diritto²⁸ ed il cosiddetto *pactum ut minus solvatur*, col quale il creditore, essendo fuori discussione la fondatezza, ma dubbia la realizzazione, della sua pretesa, conviene col debitore la riduzione del debito od una diversa modalità di adempimento²⁹.

le precisa che «non resta esclusa, ben s'intende, la possibilità di una confessione o di un riconoscimento nel corso delle trattative; ma, se interviene, è incidentale e non appartiene all'*iter* delle trattative medesime»; sul tema v. Cass., 6 febbraio 2009, n. 3033, in *Contr.*, 2009, 894 ss. (con commento di D. GALLO, *Transazione: accertamento della situazione di fatto e valore confessorio delle dichiarazioni di scienza*), secondo cui «nel contenuto complessivo di una transazione può distinguersi anche un momento accertativo della situazione di fatto preesistente e, in tal caso, le relative dichiarazioni di scienza hanno valore confessorio a condizione che esse costituiscano concordi promesse – di natura ricognitiva di situazioni fattuali o di situazioni giuridiche considerate, però, “*sub specie facti*” – aventi ad oggetto i precedenti rapporti di reciproco dare e avere sui quali la transazione avrebbe dovuto incidere con effetto modificativo».

²⁸ V., distinguendo rinuncia al diritto da rinuncia alla pretesa, in una fattispecie particolare, Cass., 9 maggio 1978, n. 2251, in *Foro it.*, 1978, I, 2195 ss., specialmente 2196 *i.f.*, con nota di A. LENER, e in *Giust. civ.*, 1978, I, 1423 ss., con nota di COSTANZA, *Transazione o promessa unilaterale?*; di recente ha ritenuto non qualificabile come transazione l'accordo con cui una parte riconosce integralmente l'altrui pretesa, senza alcuna concessione in suo favore Cass., 25 ottobre 2013, n. 24169.

²⁹ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 12, che, oltre ad estendere la figura anche alla pretesa relativa ad un diritto reale, pone in luce le assonanze con il concordato disciplinato dalla legge fallimentare (art. 124 ss., 160 ss.), avvertendo che «esso può considerarsi o non una transazione, a seconda dell'estensione che si dà al concetto di lite»; A. LENER, *op. cit.*, 2195, relativamente ad una fattispecie meritevole di particolare attenzione; PALAZZO, *op. cit.*, 386 s., 423. La questione rileva segnatamente, in tema di obbligazione solidale, ai fini dell'applicazione dell'art. 1301 c.c., sulla remissione, o dell'art. 1304 c.c. sulla transazione: essa è trattata diffusamente più innanzi, 51 ss., e *Sulla transazione del debitore in solido*, 241 ss., e *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, 273 ss. Per un recente caso giurisprudenziale Cass., 31 ottobre 2014, n. 23262, in *Fallimento*, 2015, 1348.

In questo contesto si inseriscono la cessione dei beni ai creditori (art. 1977 ss. c.c.) e, con l'adozione di cautele affidate al controllo giurisdizionale, i procedimenti previsti dalla legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ampiamente novellato)³⁰ e da normative speciali³¹.

L'esistenza della lite fa sì che la rinuncia al diritto venga assorbita dalla rinuncia, totale o parziale, alla pretesa, in quanto, plasmata la consistenza del diritto, ne è precluso il successivo esercizio in termini difformi da quelli risultanti dalla transazione. La mancanza della lite, non consentendo di ravvisare una rinuncia alla pretesa, comporta la rinuncia al diritto³² od una figura contrattuale atipica a contenuto remissorio³³ o, più ampiamente, dismissivo.

Nel diritto tedesco, questo accordo ricade nello schema della transazione, per il quale, a norma del § 779, 2° comma, *BGB* «l'incertezza su un rapporto giuridico ricorre del pari quando è incerta la realizzazione di un credito (Anspruch)»: cfr. MARBURGER, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*¹², § 779-811, Berlin, 1986, 467 ss., specialmente 478 ss.; PECHER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*², III, pt. II (§ 652-853), München, 1986, 1071 ss., specialmente 1077.

Per una rassegna sul *pactum ut minus solvatur* v. BAIO LEUCARI, *Pactum ut minus solvatur: individuazione della fattispecie e profili di revocabilità*, in *Contr. e impr.*, 2012, 601 ss. Non è necessario un accordo tra creditore e debitore ai fini della mera riduzione del debito giacché la remissione, anche parziale, si perfeziona unilateralmente (art. 1236 c.c.): dunque la struttura bilaterale è necessaria quando alla riduzione del debito corrisponda qualche onere a carico del debitore.

³⁰ Cfr. gli artt. 160 ss. e l'art. 182-bis della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267). Per qualche maggiore approfondimento v., più innanzi, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, 164 ss.

³¹ Cfr. gli artt. 6 ss. della l. 27 gennaio 2012, n. 3 e il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 sul sovraindebitamento del debitore "civile" (su cui v. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, *passim*).

³² Cfr. G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, 163 ss. Per alcune articolazioni specificamente sulla rinuncia al diritto v. P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1967, 70 ss.; MACIOCE, *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, s.d. (1989), 923 ss.

³³ Cfr. Cass., 26 maggio 1969, n. 1879. Sottolinea la necessità di pretesa e contestazione perché si abbia una transazione Cass., 6 gennaio 1983, n. 75; ha escluso che ricorra una transazione «nel regolamento rateale del debito, nel corso del giudizio, mediante rilascio di nuove cambiali, non essendovi alcun sacri-

Proprio in relazione all'esistenza della lite oltre che alla configurabilità di concessioni reciproche, qualche dubbio sulla necessaria espunzione dall'ambito della transazione può invece affacciarsi in merito alla prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197 c.c.). Ciò non solo se il creditore, per comporre la controversia sul suo diritto (che esclude la configurazione di un accordo a contenuto rinunciativo), acconsenta a ricevere un bene di minor valore da quello che assumeva di aver diritto a conseguire, ma anche quando, sussistendo la controversia, il valore economico della nuova prestazione sia equivalente a quello della prestazione dovuta in origine.

La distinzione della *datio in solutum* dalla transazione in base al solo difetto di reciproche concessioni³⁴, cioè riferendosi alla nota che nella prima il creditore non riceve meno di quanto pretende ma riceve altro, muove dall'assunto che la reciprocità delle concessioni si individui solo considerando il valore economico della prestazione reclamata.

Ciò non impedisce però di ritenere che il consenso del creditore all'ottenimento di un diverso bene della vita e quello del debitore ad adempiere la nuova prestazione possano, sussistendo la controversia, anche in questo caso valere come "concessioni transattive", quando dall'interpretazione del contratto e dalle circostanze concrete si desuma che le parti hanno inteso configurare come tali le loro prestazioni³⁵. Non è pertanto il di-

ficio della pretesa azionata dato che l'accordo attiene semplicemente alle modalità di esecuzione della prestazione, rispetto alla quale la pretesa stessa rimane immutata» Cass., 22 giugno 1978, n. 3105; per una ipotesi di remissione sospensivamente condizionata alla realizzazione di un complessivo assetto di interessi Cass., 14 marzo 1995, n. 2921, in *Corriere giur.*, 1996, 320 ss., con nota di STANZIONE.

V. inoltre F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 224 s.; SCHLESINGER, in *Foro it.*, 1957, I, 1672, per il quale la mancanza di lite dà luogo ad un «contratto atipico, fondato su un intento genericamente dispositivo e non specificamente transattivo».

³⁴ Cfr. PALAZZO, *loc. ult. cit.*

³⁵ Cfr. Cass., 23 gennaio 1980, n. 565, secondo cui il giudice del merito, «nell'individuare il contenuto delle reciproche concessioni [...], non può sostituirsi alle parti stesse, nell'apprezzamento circa la loro congruità, ma, dovendo tendere ad accertare quale sia stata l'effettiva volontà negoziale, può e deve ricercare la loro ragionevolezza e verosimiglianza».

fetto di reciproche concessioni in senso meramente economico quanto la mancata preesistenza della lite ad escludere con nettezza che una *datio in solutum* venga assorbita dallo schema transattivo.

4. Le premesse della transazione. La «lite che può sorgere»

La lite che può sorgere (art. 1965, 1° comma, c.c.)³⁶ è il presupposto minimo della transazione. Alla precisazione della sua consistenza deve prestarsi attenzione perché al riguardo non sussiste – anche se, almeno di recente, più sul piano delle definizioni che non su quello sostanziale – univocità di orientamenti e soprattutto perché al diverso modo di intendere la lite che può sorgere consegue una maggiore o minore estensione dell'ambito applicativo della disciplina della transazione.

Se la «lite che può sorgere», quale situazione incerta e pertanto suscettibile di dar luogo ad una controversia, dovesse differenziarsi dalla situazione riguardo alla quale è in atto una controversia non sfociata in sede giudiziaria, il solo elemento idoneo a distinguere dalla transazione alcune delle figure prima cennate ed in particolare il contratto di accertamento sarebbe dato dalla sussistenza delle reciproche concessioni. Ma l'ampiezza dei contegni e delle disposizioni deducibili ad oggetto delle stesse comporterebbe non lievi difficoltà per acclarare se il nuovo assetto d'interessi sia stato voluto dalle parti non con intento transattivo, ma con l'intento di dettare un autoregolamento verosimilmente coerente alla situazione reale, cioè di porre in essere un contratto di accertamento³⁷. In base a questa premessa sarebbe dato distinguere da quest'ultimo la transazione solo quando l'autore-

³⁶ Così anche l'art. 2044 c.c. fr.; richiama l'incertezza, ampliando correlativamente l'area applicativa della transazione, § 779 BGB: v. richiami *supra*, nt. 29.

³⁷ La maggiore ampiezza conferita all'ambito del *Vergleich* dal § 779 BGB, dove la figura è individuata dalla rimozione della lite o dell'incertezza mediante reciproche concessioni, consente la sussunzione in tale figura anche del contratto di accertamento. In argomento v. EBEL, *Berichtung, transactio und Vergleich. Untersuchungen zu Schuldversprechen und Vergleichsvertrag des Zivilrechts*, Tübingen, 1978, 97 ss., 105 ss., dove ampi riferimenti. V. *infra*, § 5.

golamento coinvolgesse situazioni e rapporti giuridici diversi da quello incerto (art. 1965, 2° comma, c.c.).

Occorre, quindi, preventivamente chiarire quale significato debba attribuirsi alla «lite che può sorgere», pur senza dar compiutamente conto del vasto dibattito, svolto sul punto soprattutto dalla dottrina più risalente ed in buona misura commisto con quello intorno alla consistenza ed al valore della cosiddetta *res dubia*.

Non può seguirsi l'orientamento che ritiene sufficiente la situazione in cui un contrasto non si è ancora delineato³⁸, in quanto per aversi reciproche concessioni serve un parametro iniziale col quale confrontarle; altrimenti, non solo non si saprebbe rispetto a cosa si fanno le concessioni, ma neppure si delimiterebbe l'ambito della preclusione di ulteriori pretese derivanti dalla situazione su cui si è transatto³⁹.

Se, quindi, è necessaria una contrapposizione esternata, non serve però che le avverse posizioni siano determinate con nettezza⁴⁰: basta che vi siano prospettazioni giuridiche confliggen-

³⁸ Cfr. CARRESI, *Transazione*, cit., 482, modificando l'opinione precedentemente espressa ne *La transazione*, cit., 57 ss.; PUGLIATTI, *op. cit.*, 461, tuttavia, ravvisa la necessità che «le reciproche pretese, per quanto non ancora operanti, si siano almeno delineate in modo che, una volta verificatisi i presupposti di fatto, possano essere fatte valere nelle loro previste modalità»; analogamente D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1960-1991)*, Bologna-Roma, 1974, 226; fa coincidere la «lite che può sorgere» con l'incertezza, «la quale, nella sua capacità a generare la lite sta con questa in un tale rapporto genetico, per cui integra un pericoloso stato preagonistico, che le parti hanno interesse a toglier di mezzo» VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXVII, t. 2, Milano, 1986, 170; nella giurisprudenza v. Cass., 3 agosto 1977, n. 3454, in *Foro it.*, 1978, I, 698 ss., specialmente 702 s.

³⁹ Si noti, inoltre, che il codice civile del 1865 conteneva, nel titolo della transazione, due norme (art. 1768 e 1769), non riprodotte nel codice vigente perché ritenute superflue (cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 267 ss.), in cui si disponeva che «la transazione non si estende oltre ciò che ne forma l'oggetto», ponendo fine alle sole controversie indicate dalle parti (v. *infra*, § 18).

⁴⁰ Basti ricordare il richiamo allo schema transattivo riguardo a quelle attribuzioni patrimoniali che non possono considerarsi solo come surrogati dell'a-