

TOMASO GALLETTO

LA TRANSAZIONE: COMPLESSITÀ DELL'ISTITUTO ED ATTUALITÀ DELLA FUNZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Cenni storici. — 3. La transazione nel codice civile. — 4. Complessità dell'istituto ed attualità della funzione. — 5. La nozione di transazione e la distinzione dal negozio di accertamento. — 6. I presupposti della transazione. — 7. (*Segue*): la res dubia. — 8. (*Segue*): le reciproche concessioni. — 9. La flessibilità dell'istituto: la transazione «mista». — 10. Transazione generale e speciale. — 11. Natura dichiarativa o costitutiva della transazione e retroattività. — 12. Efficacia traslativa. — 13. Transazione novativa.

1. — Nell'ambito degli strumenti che l'ordinamento offre all'autonomia privata per la regolazione di diritti ed interessi, la transazione s'impone all'attenzione dei giuristi sotto molteplici profili.

Da un lato, sotto il profilo funzionale, essa costituisce l'istituto di elezione per conseguire il superamento del conflitto sfociato in una lite, o per prevenire quest'ultima, attraverso reciproche concessioni che danno vita ad una nuova regolazione del rapporto intersoggettivo non più conflittuale.

Dall'altro, sotto il profilo strutturale, essa non è limitata alla mera regolazione del rapporto conflittuale, potendo le reciproche concessioni creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello in contestazione (art. 1965, cpv. c.c.).

La transazione si rivela quindi un contenitore, all'interno del quale le parti possono ricondurre i più svariati rapporti giuridici tra loro esistenti e dal quale possono scaturire nuovi rapporti, nei limiti della disponibilità ad opera delle parti dei diritti che ne formano oggetto.

L'incidenza di essa su di una lite attuale o potenziale si riverbera sul piano degli effetti, che non riguardano soltanto l'aspetto sostanziale dei rapporti, ma anche quello processuale, determinando il venir meno dell'interesse a proseguire (o a promuovere) la lite.

La prassi applicativa della transazione, molto diffusa, ha per parte sua contribuito all'evoluzione dell'istituto, adattandone la funzione alle necessità del caso concreto.

In questo quadro evolutivo la dottrina si è impegnata in una meritoria opera di ricostruzione dei tratti caratteristici della transazione, anche al fine di differenziarla da istituti affini (ad esempio, dal negozio di accertamento), e la giurisprudenza, per parte sua, ha contribuito alla

vasta diffusione di essa allargandone i confini di operatività anche al di là dello stretto dettato normativo, privilegiando per quanto possibile il perseguimento dello scopo concreto che ha indotto le parti alla stipulazione dell'accordo transattivo.

2. — Lo studio delle fonti del diritto romano induce a ritenere che sino al I secolo a.C. (età ciceroniana) non sia riconoscibile un negozio diretto idoneo alla regolamentazione convenzionale della *res dubia* ⁽¹⁾.

Gli accordi a contenuto transattivo, peraltro, specialmente sotto forma di conciliazione giudiziale, erano diffusi nella prassi e di essi si ha anche testimonianza risalente all'età delle XII Tavole. Ma anche forme pattizie transattive *extra* processuali sono ritenute diffuse già in età arcaica, pur in assenza di riscontri documentali delle fonti ⁽²⁾.

Da un punto di vista semantico il sostantivo *transactio* ricorre per la prima volta in autori dell'età degli Antonini (Pomponio e Cerv. Scevola) e viene qualificato esplicitamente *contractus* ⁽³⁾.

La transazione assume così la propria specificità ed autonomia quale negozio bilaterale finalizzato a risolvere una situazione incerta o una lite non ancora passata in giudicato. Tutte le situazioni dubbie o controverse potevano formare oggetto di transazione, salvo quelle regolate dal diritto pubblico in senso stretto. Essa viene poi recepita nella compilazione di Giustiniano, la quale peraltro non assegna alla transazione una tipologia negoziale definita.

Nell'Alto Medioevo la transazione sembra perdere la propria configurazione quale negozio autonomo, scomparendo dal linguaggio giuridico persino il termine *transactio* ⁽⁴⁾.

Nell'età del diritto comune la transazione sarà riscoperta attraverso la ricostruzione delle fonti giustinianee che — come già notato — non consentivano di assegnare ad essa una tipologia negoziale precisamente definita. Da ciò conseguiva la (discussa) ascrivibilità della transazione alla categoria dei contratti innominati ed il progressivo riconoscimento della sua efficacia obbligatoria, pur nella difficoltà di individuare la causa di essa in considerazione della dubbia riconducibilità della mera desistenza dalla lite ad una attribuzione patrimoniale ⁽⁵⁾.

In merito all'ulteriore evoluzione delle teorie sulla natura giuridica della transazione è stato osservato che «la costruzione della transazione come composizione onerosa di un rapporto giuridico incerto nasce nel XVI secolo in concorrenza con l'altra teoria, più risalente e consolidata, che ne restringeva invece l'oggetto ai soli rapporti controversi. A perpetuare l'efficacia di quest'ultima teoria, ma, soprattutto ad assicurarne la proiezione nel primo e più importante modello codificatorio dell'Ottocento, risulterà decisiva l'opera di Domat e Pothier. Al primo si deve, infatti, sia la netta formulazione della transazione come “contratto dei litiganti”, e cioè come convenzione onerosa diretta a prevenire o a troncare una lite, sia anche la responsabilità del mancato inserimento nell'art. 2044 del codice Napoleone del requisito delle reciproche concessioni, ritenuto non necessario da Domat in base ad una convinzione fatta poi propria dai compilatori del codice, ma che sarà successivamente rigettata. Il secondo è autore di un'esegesi dei titoli *de transactionibus* del

Corpus iuris, anch'essa chiaramente orientata a focalizzare l'essenza del negozio sul fenomeno della contestazione del diritto e nella quale, pertanto, era oramai scomparso ogni riferimento alla *res dubia* che non fosse coniugata con l'evento determinante della lite»⁽⁶⁾.

Come si è in precedenza evidenziato, peraltro, le fonti rinvenibili nella compilazione giustinianea non soltanto non consentivano una ricostruzione univoca della nozione di *transactio*, utilizzata con diversi significati, ma autorizzavano sia una lettura che riconducesse il fenomeno alla definizione dei soli rapporti controversi, sia una diversa lettura che ne estendesse l'operatività sino a ricomprendervi qualsiasi accordo relativo a rapporti incerti, ancorchè non controversi.

Le due diverse, possibili letture della nozione classica della transazione hanno influenzato le moderne codificazioni, privilegiandosi in quella francese la ricostruzione dell'istituto nel senso di negozio finalizzato a definire o prevenire le liti (art. 2044 cod. Nap. e art. 1764 c.c. 1865) ed in quella di lingua tedesca la funzione più generale di negozio di accertamento, idoneo a disciplinare non solo i rapporti litigiosi, ma anche quelli incerti.

3. — Il codice civile previgente definiva la transazione quale 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 (art. 1764 c.c. 1865).

Ma l'opinione della dottrina, evidentemente influenzata dalla tesi — risalente nel tempo e di cui si è fatto cenno — sulla estendibilità della transazione alla regolazione di rapporti incerti, ancorchè non conflittuali, individuava nell'incertezza (*res dubia*) di un determinato rapporto giuridico il presupposto della transazione e nel porre fine all'incertezza il suo scopo⁽⁷⁾.

Gli elementi essenziali della transazione erano individuati nei termini che seguono: «a) un rapporto incerto, cioè a dire una ragione litigiosa oppur soltanto ritenuta tale anche quando realmente non sia dubitabile, giacchè basta il semplice timor della lite o, se questa fu già intentata, il timore che il giudice possa pronunciare sfavorevolmente; b) l'intenzione dei contraenti di sostituire al rapporto dubbio un rapporto certo ed incontrastabile; c) una reciproca concessione delle parti, in guisa che ciascuna o dando o ritenendo o promettendo alcunchè subisca un sacrificio»⁽⁸⁾.

Erano previsti particolari obblighi di forma (l'art. 1314, n. 7, c.c. 1865 ne prescriveva la forma scritta *ad substantiam*) e la capacità di disporre degli oggetti che sono compresi nella transazione (art. 1765).

Il consenso alla transazione non doveva essere viziato da dolo, violenza o errore sopra la persona o l'oggetto della controversia, ma l'errore di diritto era considerato ininfluenza (art. 1772 cpv.).

Ma sul punto relativo alla irrilevanza dell'errore di diritto la dottrina avvertiva che tale era la disciplina dell'errore sul *caput controversum*, essendo invece possibile allegare l'errore di diritto sui punti non in contestazione.

Era annullabile la transazione fatta in esecuzione di un titolo nullo, di cui le parti ignorassero la nullità, salvo che la transazione non riguardasse proprio la nullità, quella fatta sopra documenti risultati poi falsi, sopra una lite già definita con sentenza passata in giudicato e quella, riguardante un oggetto determinato, quando risultasse provato da documenti posteriormente scoperti che su di esso una delle parti non aveva alcun diritto (artt. 1774-1777).

La transazione doveva vertere su diritti disponibili, e quindi con esclusione dei diritti *extra commercium*, di quelli indisponibili o non rinunciabili o comunque connessi a una ragione di ordine pubblico.

Quanto agli effetti della transazione, particolarmente significativa era la previsione che la equiparava alla sentenza divenuta irrevocabile (art. 1772), nel senso peraltro della irretrattabilità della questione controversa e non di una identità piena ed assoluta con la cosa giudicata.

Ancora, la transazione era limitata alla sfera giuridica delle parti contraenti e non era opponibile ai terzi.

Era, infine, ritenuta applicabile alla transazione, contratto bilaterale, la condizione risolutiva tacita (art. 1165 c.c. 1865) e conseguentemente ammessa la risoluzione di essa per inadempimento.

Il (nuovo) codice civile nel 1942 ha significativamente innovato la disciplina della transazione disegnata nel codice previgente e della quale si è fatto rapido cenno nel precedente paragrafo.

Avverte in proposito la Relazione al Re (§ 772) che talune disposizioni del codice previgente non avevano più ragione di essere nella nuova disciplina, in quanto contenevano criteri interpretativi per nulla difformi da quelli generali che valgono, nella nuova disciplina, per tutti i contratti.

Ricondotta la disciplina della transazione al principio contrattualistico, inoltre, era da ritenersi superata la tendenza ad assimilarla alla cosa giudicata.

La nuova disciplina, ancora, risolve il grave problema se per la validità della transazione sia sufficiente l'esistenza di una controversia o sia invece necessaria un'incertezza, soggettiva od oggettiva, sull'esito della lite (l'opinione della prevalente dottrina sotto il vigore del previgente codice era, come si è ricordato, in questo secondo senso).

Nel nuovo codice presupposto necessario e sufficiente della transazione è solo l'esistenza della lite, qualunque sia il grado di incertezza in cui possano versare le parti transigenti.

Soltanto la consapevolezza nella temerarietà della pretesa rende annullabile la transazione nell'interesse della parte contro la quale si fa valere la (consapevole) pretesa temeraria (art. 1971).

Anche la delicata questione della natura dichiarativa o costitutiva della transazione è stata affrontata dai redattori del nuovo codice. Non essendo possibile dare soluzione legislativa al problema, si sono peraltro approntate norme intese a risolvere le questioni conseguenti all'adesione all'una o all'altra tesi dottrinale.

Riferisce in proposito la Relazione che «si è espressamente chiarito (art. 1965, secondo comma), che le reciproche concessioni possono riguardare rapporti diversi da quello controverso, si è riaffermata la necessità che le parti abbiano la capacità di disporre dei diritti oggetto della lite (art. 1966, primo comma), si è espressamente vietata la transazione relativamente a diritti indisponibili (art. 1966, secondo comma), si sono assoggettate alla formalità della trascrizione le transazioni immobiliari (art. 2643, n. 13), e si è infine ammessa la risolubilità della transazione per inadempimento (art. 1976). Quest'ultima disposizione consacra legislativamente la prevalente tendenza dottrinale che da parecchio tempo si è già affermata nella giurisprudenza, e introduce un limite solo per il caso in cui il rapporto creato mediante il negozio transattivo importa estinzione per novazione del rapporto controverso. In tal caso è chiaro che l'adempimento di una delle parti non può far rivivere rapporti definitivamente estinti, se non quando la volontà di entrambe abbia subordinato all'effettivo adempimento l'estinzione medesima».

Per quanto riguarda, infine, il problema della forma della transazione (che il previgente codice richiedeva essere scritta *ad substantiam*) il codice ha adottato una soluzione intermedia.

La forma scritta è necessaria per le transazioni relative alla proprietà di beni immobili, a diritti reali immobiliari e agli altri rapporti ad essi assimilati, mentre in tutte le altre ipotesi la transazione deve solo essere provata per iscritto.

La forma *ad probationem*, osserva in proposito la Relazione, è funzionale tra l'altro ad applicare il limite alla prova testimoniale, mezzo probatorio al quale è sconsigliabile ricorrere quando si tratta di accertare la definizione convenzionale di una controversia (§ 774).

Il codice del 1942, quindi, ha razionalizzato l'istituto della transazione ascrivendolo alla categoria dei contratti tipizzati dal legislatore e tuttavia, pur essendo innegabile che la nuova disciplina ha contribuito a dissipare talune ambiguità retaggio della evoluzione storica, molte questioni sono rimaste aperte a diverse soluzioni.

4. — I brevi cenni introduttivi che precedono consentono di apprezzare la complessività del fenomeno transazione.

Causa ed oggetto di questo tipo contrattuale appaiono di difficile decifrazione: il legislatore ne descrive la funzione (porre fine ad una lite o prevenirla), ma le «reciproche concessioni» che sostanziano la transazione possono essere le più varie.

La nozione di «lite», rilevante ai fini della ricostruzione di un accordo quale transazione, è per parte sua fonte di serie questioni interpretative.

Deve essere intesa in senso processuale o si deve invece ritenere che con il termine «lite» il legislatore descriva un fenomeno più ampio, di conflitto sostanziale tra contrapposte pretese?

Ancora, è davvero necessario, al fine di concretare il presupposto della transazione, che le tesi contrapposte abbiano raggiunto la determinatezza propria della «pretesa»?

Si discute anche sul significato da attribuire alle «reciproche concessioni» evocate dalla norma definitoria (art. 1965), sui confini tra negozio di accertamento e transazione, sulla nozione e sugli effetti della transazione c.d. novativa (art. 1976).

Sono sufficienti questi pochi cenni per comprendere come l'approfondimento delle tematiche sottese al fenomeno transattivo sia assai complesso.

La diffusione della transazione nella prassi, anche in settori un tempo estranei al fenomeno quali l'attività della pubblica amministrazione (nell'ambito della quale è sempre più frequente il ricorso agli strumenti del diritto privato) e delle procedure concorsuali (nelle quali è incentivata la soluzione negoziale finalizzata al superamento della crisi dell'impresa), ha posto nuovi problemi (ad esempio in tema di disponibilità o meno dei diritti dedotti in transazione) ed imposto nuove soluzioni operative.

Si tratta di nuovi scenari in cui la flessibilità dello strumento transattivo è messa alla prova, dimostrando una grande vitalità.

Anche la funzione della transazione quale fattore deflattivo del contenzioso civile è oggi esaltata dallo stesso legislatore, che intravede — forse troppo ottimisticamente — negli accordi stragiudiziali, anche sollecitati da tentativi obbligatori di conciliazione (v. ad esempio le disposizioni del d. lgv n. 28/2010), una possibile soluzione alle croniche disfunzioni della giustizia civile.

In questa prospettiva si alimenta un nuovo interesse verso la transazione, al quale cerca di contribuire anche questo lavoro finalizzato alla ricostruzione dello «stato dell'arte» in materia.

5. — Si è già avuta occasione di rilevare (v. *retro* n. 4) la difficoltà da sempre incontrata dagli studiosi nell'affrontare il complesso fenomeno della transazione, a partire dalla stessa sua nozione.

Le difficoltà di inquadramento sistematico di questo istituto erano già ben note ai commentatori i quali, di fronte alle ambiguità delle fonti, da un lato sottolineavano la complessità del fenomeno e, da altro lato, ne mettevano in luce la straordinaria utilità⁽⁹⁾.

Gli importanti studi che la dottrina ha dedicato al fenomeno transazione, specialmente a far data dalla seconda metà del secolo scorso, hanno contribuito a disegnarne il profilo sistematico, compito non agevole anche alla luce della nozione di transazione che è offerta dal legislatore.

Come è stato osservato, infatti, la nozione fornita dall'art. 1965 c.c. «non individua un tipo contrattuale in base al contenuto di una o 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»⁽¹⁰⁾.

Nonostante l'esplicita previsione codicistica che qualifica la transazione quale contratto attraverso il quale le parti, mediante reciproche concessioni, pongono fine ad una lite attuale o potenziale non sono mancate opinioni (e dispute conseguenti) che hanno dubitato della natura contrattuale dell'istituto⁽¹¹⁾.

Oggi prevale in dottrina l'opinione che la transazione sia un contratto a titolo oneroso, bilaterale, a prestazioni corrispettive (le «reciproche concessioni» di cui alla nozione codicistica dell'istituto) ⁽¹²⁾.

Essa costituisce il principale (e, secondo taluni, unico) strumento contrattuale che è offerto all'autonomia privata per l'autocomposizione di una controversia, anche non ancora sfociata in una lite in sede giudiziaria, ed esalta, attraverso la sua funzione, il potere dispositivo delle parti.

Il conflitto giuridico (non quello economico, che è tipico della regolazione contrattuale dei rapporti) è superato attraverso il mezzo contrattuale anziché mediante il ricorso ad una pronuncia aggiudicativa (del giudice, dell'arbitro) che distribuisce torti e ragioni, ed è superato in sede transattiva.

La giurisprudenza, per parte sua, non risulta aver posto in dubbio la natura contrattuale della transazione, in linea del resto con la chiara impostazione codicistica, ed è costante l'affermazione secondo la quale la transazione è composizione contrattuale di una controversia attraverso un regolamento di interessi, che si sostituisce a quello preesistente, finalizzato — attraverso reciproche concessioni — ad eliminare o prevenire una lite.

Le due possibili letture della nozione classica di transazione, risalente alle fonti giustiniane, l'una intesa a ricondurre la funzione alla eliminazione del contrasto tra contrapposte pretese e l'altra estendendola alla eliminazione della incertezza rispetto al rapporto giuridico tra le parti (tesi delle quali si è già fatto cenno *retro* n. 2), hanno per lungo tempo influenzato gli studi sulla transazione.

Nella dottrina anteriore al nuovo codice del 1942 era diffusa l'opinione che assegnava natura dichiarativa alla transazione ⁽¹³⁾ e tale impostazione ha trovato sostenitori anche successivamente, nonostante la decisa presa di posizione dei redattori del nuovo codice nel senso della natura costitutiva dell'istituto ⁽¹⁴⁾.

Gli studi in materia di negozio di accertamento hanno dato un contributo decisivo alla differenziazione della transazione dal negozio di accertamento non soltanto sul piano degli effetti, ma anche e soprattutto sul piano funzionale.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, è stato rilevato che attraverso la transazione le parti non si pongono l'obiettivo di dare certezza ai loro rapporti attraverso un accertamento, che intendono anzi evitare operando un contemperamento delle reciproche pretese che prescinde dalla effettiva portata della realtà giuridica in cui sorge la controversia ⁽¹⁵⁾.

Per quanto concerne il piano degli effetti, inoltre, è stato osservato che la transazione può indifferentemente regolare i rapporti tra le parti in senso convergente con la realtà giuridica anteriore (assumendo efficacia dichiarativa) oppure in senso divergente (assumendo in tal caso efficacia costitutiva) ⁽¹⁶⁾.

Più recenti indagini in materia di transazione riprendono sotto diversi profili, i citati studi in materia di negozio di accertamento, condividendone gli esiti ⁽¹⁷⁾.

La giurisprudenza, per parte sua, opera la distinzione tra transazione e negozio di accertamento sotto un duplice profilo.

Da un lato si sottolinea la natura costitutiva della transazione, che deriverebbe dalla nozione che di essa offre il codice, attraverso il richiamo all'elemento imprescindibile dell'*aliquid datum aliquid retentum* che innova il rapporto preesistente; dall'altro si evidenzia che presupposto del negozio d'accertamento è l'incertezza della situazione giuridica che esso intende eliminare, senza però alterarne il contenuto, giacché, ove la eliminazione dell'incertezza si concretasse in un accertamento difforme dall'effettivo contenuto e dall'effettiva portata del negozio accertato, la nuova situazione che ne deriva importerebbe la costituzione di un nuovo negozio giuridico del tutto autonomo, da inquadrarsi nello schema della transazione, e non già di un negozio di accertamento ⁽¹⁸⁾.

Più precisamente, secondo la giurisprudenza, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo, mentre la transazione postula una reciprocità delle concessioni tra le parti per effetto delle quali le parti stesse modificano la disciplina del rapporto preesistente ⁽¹⁹⁾.

La differenza tra negozio di accertamento e transazione risulta, inoltre, dalla constatazione che mentre la transazione è composizione contrattuale di una controversia attuale o prevista, e il suo contenuto si traduce in un regolamento di interessi, idoneo a modificare ed a sostituire altro ai precedenti, con lo scopo di eliminare, mediante una reciprocità di concessioni, una lite che sia insorta tra le parti oppure di prevenirla ove vi sia pericolo di insorgenza, il negozio di accertamento, pur consistendo in un regolamento di interessi, è caratterizzato dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio e, perciò, di questo rapporto o negozio si limita a precisare il contenuto, l'esistenza e gli effetti ⁽²⁰⁾.

Gli effetti meramente dichiarativi del negozio di accertamento sono stati recentemente ribaditi, riaffermandosi che essi derivano dalla natura di una mera ricognizione degli obblighi fissati in altro negozio, quello originario, cui si correla, con la conseguenza che ha natura (invece) dispositiva il negozio che incida sul rapporto di cui sono titolari soggetti differenti da quelli del rapporto originario, anche se esso muova dalla ricognizione di una situazione giuridica preesistente ⁽²¹⁾.

Naturalmente, nel contesto complessivo di una transazione può distinguersi anche un momento accertativo della situazione di fatto preesistente e, in tal caso, le relative dichiarazioni di scienza possono assumere valore confessorio, a condizione che esse costituiscano concorde premessa avente ad oggetto i precedenti rapporti e non riguardino invece le pattuizioni, frutto di reciproche concessioni, mediante le quali le parti compongono la controversia ⁽²²⁾.

Al di là delle singole fattispecie che possono dar luogo a differenti soluzioni in ragione delle peculiarità in fatto che le contraddistinguono, comunque, il dato giurisprudenziale è costante nel porre il discrimine tra negozio di accertamento e transazione nella constatazione che nel negozio bilaterale di accertamento le parti intendono soltanto eliminare dubbi e contestazioni circa un loro rapporto, attraverso un regolamento corrispondente a quella che concordano essere stata sempre la situazione giuridica preesistente; nella transazione, invece, mirano a raggiungere una soluzione di compromesso di una controversia, attraverso un regolamento destinato a sostituire quello anteriore e mediante un comune sacrificio delle rispettive pretese.

6. — Presupposti della transazione sono un conflitto (attuale o potenziale) che vede contrapposte le pretese delle parti rispetto ad un rapporto giuridico tra esse intercorrente, le reciproche concessioni che le parti operano l'una in favore dell'altra e la capacità di disporre dei diritti che le parti intendono regolare allo scopo di porre fine (o evitare) il conflitto.

Per dar luogo ad un conflitto è necessario che la contrapposizione delle parti abbia (quanto meno) raggiunto la soglia della contestazione della posizione assunta dalla controparte, così da determinare un contrasto tra tesi contrapposte.

Non è per contro necessario, secondo la giurisprudenza, che il conflitto abbia assunto la connotazione di contrasto tra pretese, essendo ravvisabile una transazione anche quando le parti non abbiano ancora dato alle rispettive tesi la determinatezza propria della pretesa ⁽²³⁾. Nonostante le suggestioni che in proposito si possono ricavare dalla lettura delle sentenze, invece, è da escludersi che tra i presupposti della transazione sia da annoverare l'incertezza, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, sulla fondatezza delle contrapposte posizioni delle parti.

Il codice non menziona, fra i requisiti della transazione, lo stato di incertezza (ed anzi sottolinea la irrilevanza di essa facendo salva soltanto l'ipotesi contemplata all'art. 1971 c.c., in cui è la certezza consapevole della temerarietà della propria pretesa a determinare l'annullabilità della transazione).

La Relazione al Re, come è già stato ricordato, rende esplicita l'irrilevanza dell'incertezza allo scopo di porre fine alle dispute che sul punto, nel vigore del codice del 1865, erano sorte quale retaggio delle ambiguità delle fonti.

L'impianto del codice, del resto, è sul punto saldamente ancorato alla nozione di lite, la quale non presuppone affatto uno stato di incertezza, nemmeno dal mero punto di vista soggettivo, essendo ben possibile – come aveva fatto notare già Carnelutti – litigare senza il presupposto dell'incertezza e conseguentemente transigere senza il presupposto del dubbio ⁽²⁴⁾.

In questa prospettiva è molto opinabile che l'incertezza, anche dal solo punto di vista soggettivo, sul rapporto giuridico sul quale si innesta la transazione costituisca presupposto (e quindi assurga ad elemento imprescindibile di validità di essa).

Se così fosse, la certezza assoluta della intangibilità della propria posizione impedirebbe la stipulazione di una valida transazione (che sarebbe nulla, come era opinione diffusa nel vigore del codice del 1865) e porrebbe un ingiustificato limite all'autonomia privata, non ravvisandosi ragione per impedire ad una parte di porre fine ad una lite (o di prevenirla) ancorché consapevole della certa fondatezza della propria posizione giuridica.

L'incertezza potrebbe assumere un qualche rilievo se riferita non alla fondatezza della propria o dell'altrui pretesa, ma dall'esito della lite, che non può mai dirsi certo.

Ma posto in questi termini il rilievo dell'incertezza dovrebbe affermarsi che esso attiene alle ragioni soggettive che muovono una parte a transigere, facendo concessioni all'altra e da

questa ricevendone, e quindi ai motivi del contratto transattivo, come tali irrilevanti salva l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 1345 c.c.

L'incertezza non sembra quindi rilevare quale presupposto della validità della transazione, che risiede invece nel conflitto tra le posizioni delle parti transigenti, ancorché non ancora sfogato in sede giudiziaria (lite da cominciare).

Si deve tuttavia dare conto della ricorrente affermazione in sede giurisprudenziale del rilievo funzionale della *res dubia*, ai fini della attribuzione della natura transattiva al negozio con il quale le parti abbiano posto fine ad una lite o l'abbiano prevenuta.

7. — L'esame della giurisprudenza di legittimità a partire dalla seconda metà del secolo scorso evidenzia, con riferimento alla rilevanza della posizione psicologica delle parti sulla situazione di diritto nel cui ambito si innesta la transazione, un percorso tortuoso ed ambiguo.

Si rinvencono infatti pronunce, sia risalenti che recenti, che ripropongono l'incertezza (*res dubia*) quale elemento imprescindibile del fenomeno transattivo.

Alcune decisioni sembrano addirittura valorizzare l'«incertezza oggettiva» dello stato dei rapporti giuridici *inter partes*, riecheggiando così tesi dottrinarie risalenti ad epoca anteriore all'entrata in vigore del nuovo codice e successivamente non più riproposte.

Altre sentenze, più numerose, richiedono la presenza dell'elemento dell'«incertezza soggettiva», intesa quale dubbio delle parti sul rapporto giuridico controverso.

Ma si rinvencono anche pronunce che escludono la rilevanza della *res dubia*, ovvero che la identificano nella contrapposizione delle pretese o, infine, con la *res litigiosa*.

Si tratta quindi di un panorama giurisprudenziale composito in cui non è semplice orientarsi, anche in ragione dell'altalenarsi degli orientamenti nel tempo, senza alcun esplicito riferimento ai precedenti difformi.

Volendo consumare il tentativo di dare conto dei diversi orientamenti giurisprudenziali ai quali si è fatto cenno, possono svolgersi le considerazioni che seguono.

Un primo orientamento, peraltro minoritario, valorizza – ai fini della validità della transazione – l'esistenza di una incertezza soggettiva od oggettiva in ordine al rapporto giuridico esistente tra le parti ⁽²⁵⁾.

Un secondo orientamento, più consistente, richiede l'esistenza di uno stato di incertezza soggettiva, affermando che «affinché un negozio possa essere considerato transattivo è necessario, da un lato, che esso abbia ad oggetto una *res dubia*, e cioè cada sopra un rapporto giuridico avente, almeno nell'opinione delle parti, carattere d'incertezza, e, dall'altro lato, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l'uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell'altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra *datum* e *retentum*» ⁽²⁶⁾.

L'identificazione della *res dubia* con lo stato soggettivo delle parti è riproposta da una recente decisione, secondo la quale «affinchè una transazione sia validamente conclusa, è necessario, da un lato, che essa abbia ad oggetto una “*res dubia*”, e, cioè, che cada su un rapporto giuridico avente, almeno nella opinione delle parti, carattere di incertezza, e, dall'altro, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio, venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche. L'oggetto della transazione, peraltro, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discordante 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, che possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un *quid medium* tra le prospettazioni iniziali» (27).

Secondo un terzo orientamento, più aderente al dettato del codice e già enunciato in epoca ormai risalente, la transazione, che è un regolamento di interessi, destinato a modificare e a sostituire quello precedente, ha lo scopo di dirimere la lite ove sia sorta, o di prevenirla, ove vi sia pericolo di insorgenza, ma non è diretta a risolvere la *res dubia*, che rimane tale ed in ciò si distingue dal negozio di accertamento che è invece caratterizzato proprio dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio, precisandone definitivamente il contenuto, l'essenza e gli effetti (28).

Si era già osservato, in proposito, che la transazione, definita dalla legge come il contratto con cui le parti, mediante reciproche concessioni, pongono fine ad una lite o prevengono una lite che può sorgere fra loro, ancorché si discuta sulla sua natura se dichiarativa e quindi come negozio di accertamento o costitutiva, come più esattamente va ritenuta in aderenza alla stessa indicazione letterale e concettuale del testo legislativo, presuppone non tanto una *res dubia*, ma una *res litigiosa* e cioè l'esistenza o la potenzialità d'una lite che, attraverso reciproche concessioni, le parti intendono o di porvi fine o di prevenirla (29).

Le decisioni sopra richiamate pongono l'accento sul fatto che l'essenziale funzione della transazione è il superamento della lite (sorta o che sorgerà) e si attua mediante la reciprocità delle concessioni, con le quali si perviene ad una negoziale composizione di un conflitto giuridico di interessi, che investe una *res litigiosa* (più che una *res dubia vel incerta*) od una situazione giuridica litigiosa (30).

Questo orientamento è stato ribadito osservandosi che per la fattibilità della transazione è sufficiente la sola presenza di discordanti valutazioni in ordine a certe situazioni reali o giuridiche ed ai diritti ed obblighi delle parti e la disponibilità del diritto in contestazione, senza che rilevi la posizione psicologica della parte o delle parti sulla situazione di diritto della controversia, compresa la certezza assoluta della intangibilità della propria posizione (31).

Alcune pronunce, poi, tendono a identificare la *res dubia* con la sussistenza del conflitto, indipendentemente da profili di incertezza soggettiva od oggettiva: si afferma in proposito che poiché il presupposto della *res dubia*, che caratterizza la transazione, è costituito non dall'incertezza oggettiva circa lo stato di fatto e diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali dei rispettivi diritti ed obblighi delle parti, nessuna incidenza sulla validità ed efficacia del negozio può attribuirsi, al di fuori, delle ipotesi previste dagli artt. 1971 ss. cc., all'accertamento *ex post* della

assoluta infondatezza delle contrapposte pretese; pertanto, la sentenza di mero accertamento con cui in sede di opposizione all'esecuzione venga affermata l'inesistenza del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata, non vale a fondare la domanda giudiziale rivolta a conseguire, a titolo di liquidazione di indebitato la restituzione di quanto il debitore esecutato abbia in via transattiva pagato al creditore per ottenerne la desistenza dall'azione esecutiva o addirittura la rinuncia al credito ⁽³²⁾.

8. — Le reciproche concessioni, alle quali allude il noto brocardo *aliquid datum aliquid retentum*, costituiscono da un lato imprescindibile presupposto affinché un atto negoziale possa essere ascritto alla categoria della transazione e, da altro lato, oggetto di quest'ultima.

Esse rappresentano il sacrificio che ciascuna parte è disposta a sopportare rispetto al contenuto della propria pretesa conflittuale nei confronti dell'altra al fine di porre fine alla lite (o di prevenirla).

Possono avere il contenuto più vario e non debbono necessariamente esaurirsi nell'ambito del rapporto controverso, essendo consentito dalla legge (art. 1965, comma 2°, c.c.) che esse incidano su beni e diritti estranei alla controversia.

Non è necessario che nell'ambito dell'accordo transattivo le parti enuncino le rispettive tesi contrapposte, né che delle rispettive concessioni sia fatta una precisa e dettagliata indicazione, essendo sufficiente che il complesso dei diritti abdicati dall'una e dall'altra parte possa essere desunto, sistematicamente, ma con certezza e per via logica di consequenzialità, dal nuovo regolamento di interessi che consegue alla transazione ⁽³³⁾.

La transazione, tuttavia, non può prescindere dalle reciproche concessioni perché esse sono lo strumento attraverso il quale si realizza la causa di essa.

Nell'ipotesi in cui dall'atto, che contiene la nuova regolazione del rapporto tra le parti non sia desumibile con certezza la sussistenza di reciproche concessioni, ad esso non potrà essere assegnata natura e funzione transattiva.

Per la configurabilità di una transazione, infatti, non è sufficiente che le parti giungano ad una composizione del contrasto tra loro esistente, essendo imprescindibile che tale composizione abbia luogo mediante sacrifici reciproci.

La mancanza di essi farà sì che — ricorrendone i presupposti — nell'atto negoziale siano ravvisabili altre figure (abdicative, ricognitive) estranee alla nozione di transazione ⁽³⁴⁾.

Non è richiesta la equivalenza (nemmeno tendenziale) delle reciproche concessioni, essendo anzi prevista nella speciale disciplina della transazione la non impugnabilità di essa per causa di lesione (art. 1970 c.c.).

La giustificazione di siffatta previsione risiede, secondo la giurisprudenza, nel fatto che la considerazione dei reciproci sacrifici e vantaggi derivanti dal contratto transattivo ha carattere soggettivo, essendo rimessa all'autonomia negoziale delle parti ⁽³⁵⁾.

A questo proposito è stato altresì affermato che il giudice di merito non può sostituirsi alle parti nell'apprezzamento delle congruità delle reciproche concessioni ⁽³⁶⁾.

Naturalmente le reciproche concessioni cui si riferisce l'art. 1965 c.c. debbono intendersi in relazione alle posizioni assunte dalle parti non solo nella lite in atto, ma anche in vista di una controversia che possa insorgere tra loro e che esse intendono prevenire: tali posizioni vanno intese in relazione alle reciproche pretese e contestazioni e non già in relazione ai diritti effettivamente ad essi spettanti, secondo la considerazione obiettiva della legge ⁽³⁷⁾.

Anche in dottrina risulta pacifica la constatazione della irrilevanza della proporzionalità tra le reciproche concessioni in cui si sostanzia l'accordo transattivo, pur essendo diverse le ragioni addotte per giustificare il fenomeno ⁽³⁸⁾.

Si osserva tuttavia che se non sono necessarie l'equivalenza economica e l'omogeneità delle reciproche concessioni, è pur sempre necessario che attraverso di esse si salvi «la giustizia delle attribuzioni» ⁽³⁹⁾.

Le reciproche concessioni, dunque, non debbono essere né omogenee, né equivalenti, ma ciascuna parte deve sopportare un «sacrificio» rispetto alla pretesa conflittuale sulla quale si innesta la transazione: così, ad una prestazione di fare o di dare può corrispondere una rinuncia, realizzandosi in tal modo «un *quid medium* tra le contrastanti pretese delle parti» che è appunto il risultato delle reciproche concessioni ⁽⁴⁰⁾.

Sotto un diverso, concorrente profilo, infine, la irrilevanza della equivalenza e proporzionalità delle reciproche concessioni è spiegata dalla constatazione che l'equivalenza quantitativa tra le prestazioni e la loro oggettiva proporzionalità appartiene al substrato economico e non al contenuto giuridico della transazione ⁽⁴¹⁾.

9. — Si è già avuto modo di rilevare (v. *retro* n. 3) che il codice vigente, innovando rispetto al codice civile del 1865, ha espressamente previsto che l'oggetto della transazione (le reciproche concessioni) non sia limitato al rapporto controverso, potendo le parti — attraverso le reciproche concessioni — creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quello in contestazione (art. 1965, comma 2°).

In realtà non si dubitava, anche nel vigore del codice abrogato, della liceità della prassi di estendere l'ambito oggettivo della transazione a rapporti estranei a quello controverso ⁽⁴²⁾.

Questa particolare tipologia di transazione, in cui sono coinvolti nello scambio delle reciproche concessioni rapporti estranei a quello controverso, viene definita «transazione complessa» o «mista», allo scopo di differenziarla dalla ipotesi tipica che riguarda il solo rapporto oggetto di conflittualità tra le parti.

La transazione «mista» nel senso sopra indicato pone da sempre delicate questioni sulla qualificazione della fattispecie.

Il problema di fondo riguarda l'interferenza che possono dispiegare sulla causa transattiva i diversi rapporti negoziali dedotti dalle parti nell'ambito delle reciproche concessioni e che si riferiscono ad ambiti (od oggetti) esorbitanti rispetto alla lite transigenda.

La fattispecie tipica contempla, nell'ambito delle c.d. transazione «mista», la presenza di pattuizioni con effetto traslativo (allo scopo di transigere la lite, ad esempio, una parte trasferisce all'altra la proprietà di un bene che non forma oggetto della controversia).

In questa fattispecie, come in altre consimili, si tratta di stabilire a quale schema causale debba farsi riferimento per la disciplina dei rapporti originati dalle reciproche concessioni.

Se il fenomeno della transazione «mista» fosse riconducibile alla fattispecie del contratto misto (*rectius* con causa mista), costituito da elementi di tipi contrattuali diversi, si avrebbe in tal caso una causa unica ed inscindibile, nella quale si combinano gli elementi dei diversi tipi che lo compongono.

In questo caso, almeno secondo la giurisprudenza, il contratto misto sarebbe assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente e la prevalenza si determina in base ad indici economici o anche di tipo diverso (come la «forza» del tipo o l'interesse che ha mosso le parti), salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente: in detta ipotesi si deve procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322), alla integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto ⁽⁴³⁾.

Ma l'applicazione della teoria dell'assorbimento o della prevalenza pone in concreto il rischio di non cogliere appieno, nell'ipotesi della transazione mista, il senso della volontà delle parti, attribuendo prevalenza causale allo schema che connota la prestazione dedotta in transazione anziché alla funzione che ad esso hanno attribuito le parti.

Si è recentemente osservato in proposito che «a tal riguardo, deve nondimeno concordarsi con chi in epoca recente ha posto in luce l'equivocità della formula “transazione mista”, per lo meno se con essa si intende alludere alla riconducibilità di tale tipologia contrattuale nell'alveo dei contratti con causa mista. Sotto il profilo causale, infatti, la c.d. transazione mista risulta pur sempre caratterizzata dalla medesima funzione della transazione semplice – composizione della lite mediante reciproche concessioni –, differenziandosi dalla figura classica per il sol fatto che le parti pongono a oggetto delle reciproche concessioni rapporti estranei a quello su cui viene incentrata la lite. Quella che, pertanto, viene etichettata come transazione mista, null'altro configura se non una transazione tipica, regolata dalla disciplina codicistica a essa dedicata, a sua volta integrata da quella generale dei contratti» ⁽⁴⁴⁾.

Ponendo attenzione alla prestazione dedotta nel contratto transattivo, si è osservato, inoltre, che la problematica del contratto misto non dovrebbe rilevare con riferimento alla fattispecie della transazione «mista», in quanto lo scopo in vista della quale la prestazione è dedotta nella transazione imprime ad essa una funzione specifica, diversa da quella astrattamente assegnata dal tipo contrattuale al quale essa è riconducibile ⁽⁴⁵⁾.

In questa prospettiva risulta più soddisfacente la tesi, autorevolmente sostenuta, secondo cui la transazione «mista» in realtà null'altro sarebbe che una transazione tipica connotata dal fatto che l'oggetto di essa è più ampio di quello della lite transigenda ⁽⁴⁶⁾.

Non mancano tuttavia diverse opinioni che qualificano la fattispecie alla stregua di un contratto misto, con possibile applicazione della disciplina del contratto tipico concorrente, sia pure subordinata a quella della transazione ⁽⁴⁷⁾, di contratto misto con tipo prevalente ⁽⁴⁸⁾, ovvero che riconducono il fenomeno a quello del collegamento contrattuale ⁽⁴⁹⁾.

La giurisprudenza, per parte sua, ha sin da epoca risalente osservato che, a differenza del negozio d'accertamento, la transazione evita ed elimina la lite, non attraverso un

regolamento che si voglia quanto più possibile congruente alla situazione controversa, ma mediante una soluzione di compromesso, che prende le mosse dalle reciproche pretese (non importa se più o meno fondate) e si risolve nel sacrificio delle medesime, mediante reciproche concessioni che non debbono necessariamente esaurirsi nell'ambito del rapporto controverso, ma possono investire anche diritti e bene estranei alla lite. Rientra, infatti, nella previsione legislativa che le parti, in sede di regolamento transattivo, possono creare, modificare ed estinguere rapporti diversi da quelli che hanno formato oggetto della pretesa e della constatazione, nel qual caso anche questi rapporti entrano nello schema della transazione con la funzione sussidiaria di integrare il corrispettivo delle concessioni, e vengano in tal caso a perdere la loro autonomia giuridica, per diventare elementi del rapporto transattivo ⁽⁵⁰⁾.

Più recentemente la suprema Corte ha avuto modo di approfondire le delicate questioni riconnesse alla transazione «mista», con riferimento ad un contratto avente ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso di un bene e la contemporanea definizione transattiva di alcune pendenze tra le parti.

In tale occasione si è osservato che la convenzione che regola contestualmente una pluralità di rapporti fra le stesse parti, mediante il ricorso a più schemi negoziali, resta assoggettata ad un'unica disciplina giuridica, anziché, per ciascun rapporto, alla disciplina propria del corrispondente negozio, nel caso in cui ricorra ipotesi di negozio complesso, caratterizzato dalla fusione in una causa unica degli elementi causali concorrenti alla formazione della convenzione medesima, in dipendenza di un unico nesso obiettivo e funzionale, ovvero ipotesi di contratto misto, caratterizzato da una sintesi di elementi propri di più contratti nominati in cui prevalgono quelli di una determinata figura negoziale, non anche nella diversa ipotesi in cui essa si articola in distinti ed autonomi contratti collegati (da mera occasionalità, od anche da funzione economica comune), dato che il vincolo di collegamento non vale a sottrarre ciascun contratto al proprio regime giuridico. Pertanto, con riguardo al contratto avente ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso di un bene e la contemporanea definizione in via transattiva di alcune pendenze fra le parti, 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 della ipotesi dei negozi solo collegati ⁽⁵¹⁾.

Volendo trarre le fila dei diversi orientamenti emersi in tema di transazione «mista», da essi sembra emergere un dato, sia pure sottolineato con diverse sfumature e diverse enfasi, dal quale desumere una indicazione rilevante ai fini della qualificazione del fenomeno considerato.

L'assorbimento o meno nella causa transattiva delle diverse prestazioni, estranee all'oggetto della lite, che le parti deducono nell'accordo transattivo dipende dal ruolo che, nella interpretazione della volontà delle parti, assume la definizione della lite insorta o insorgenda: se essa è l'occasione, ma non la ragione, che giustifica l'attribuzione patrimoniale, può porsi un problema di autonomo rilievo causale di quest'ultima, mentre nella diversa ipotesi in cui l'oggetto della prestazione è riconducibile — in senso lato — al rapporto controverso opera l'assorbimento della causa della prestazione nella funzione

transattiva del negozio, non residuando autonomo rilievo al tipo contrattuale al quale è riconducibile tale prestazione.

10. — La distinzione tra transazione generale e speciale assume particolare rilievo ai fini della annullabilità per scoperta di documenti, dal momento che l'art. 1975 c.c. esclude con riferimento alla prima (definita transazione «conclusa generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi» tra le parti) la rilevanza della scoperta di documenti ignoti al tempo della transazione – salvo il volontario occultamento ad opera di una parte –, mentre con riferimento alla seconda (transazione che «non riguarda che un affare determinato») i documenti posteriormente scoperti assumono rilevanza, ai fini dell'annullabilità, se essi provano che una delle parti non aveva alcun diritto.

E' opportuno in questa sede esaminare il significato delle diverse nozioni di transazione generale e speciale.

Quanto alla prima, diverse sono le opinioni che sono state avanzate per offrire una definizione.

Si è ritenuto che ricorra una transazione generale, ove l'effetto transattivo discenda da un unico atto di volontà e le reciproche concessioni si riferiscano a tutte le liti insieme ⁽⁵²⁾.

Altre opinioni reputano invece che essa abbia per oggetto tutte le contestazioni che possono insorgere da una determinata situazione giudiziaria ⁽⁵³⁾.

Si è anche rilevato come l'oggetto della transazione generale sia considerato unico dalla volontà delle parti, ancorché esso riguardi una molteplicità di rapporti, e nel cui ambito le reciproche concessioni risultino della somma finale dei sacrifici delle parti per più contestazioni ⁽⁵⁴⁾.

Sottolinea l'effetto preclusivo della transazione generale chi osserva che con essa le parti intendono chiudere definitivamente ogni contestazione sui loro pregressi rapporti, definendo una nuova situazione, senza che rilevi la sussistenza di reciproche concessioni in ordine ad ogni singola controversia o vicenda transatta; il reperimento di specifiche concessioni rispetto ad ogni singola lite transatta sarebbe invece indice significativo della volontà delle parti di concludere una pluralità di transazioni contestuali, non una transazione generale nel senso sopra indicato ⁽⁵⁵⁾.

La distinzione tra transazione generale e speciale, già presente nel codice abrogato (art. 1977 c.c. 1865), non risulta approfondita in giurisprudenza sino ad epoca recente.

Due coeve decisioni della suprema Corte, nell'affrontare un caso di annullabilità della transazione per scoperta di documenti ed uno di annullabilità per errore e pretesa temeraria, hanno proceduto all'inquadramento sistematico della transazione generale, definendone le caratteristiche.

Si è così chiarito che la transazione conclusa generalmente su tutti gli affari non è relativa alla generalità delle controversie in atto o in potenza tra le parti, ma è un'unica transazione posta in essere relativamente ad una pluralità di controversie in cui le reciproche

concessioni sono relative a tutte le liti insieme, mentre la transazione speciale riguarda un affare determinato, producendo l'effetto preclusivo limitatamente ad esso ⁽⁵⁶⁾.

Ancora, con riferimento al contenuto della transazione generale, si è affermato che nella transazione generale non occorre l'individuazione delle singole controversie, né è necessaria la sussistenza di reciproche concessioni in ordine ad ogni singola vicenda implicata dal contratto, poiché con essa le parti intendono chiudere definitivamente ogni contestazione sui loro pregressi rapporti definendo una nuova situazione ⁽⁵⁷⁾.

11. — Si è visto in precedenza (*retro* n. 5) che tra i tratti distintivi della transazione rispetto al negozio di accertamento vi è proprio l'attitudine della prima a modificare il rapporto giuridico preesistente tra le parti, con conseguenti effetti costitutivi.

Si tratta peraltro di una intuizione relativamente recente essendosi a lungo dubitato della natura costitutiva della transazione anche successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice, che contiene disposizioni evidentemente incompatibili con una pretesa natura dichiarativa: l'ammissibilità della risoluzione della transazione per inadempimento (riferibile alla sola transazione non novativa salva espressa previsione delle parti) predicata dall'art. 1976 c.c. costituisce un ostacolo insormontabile rispetto all'affermazione della natura meramente dichiarativa della transazione ⁽⁵⁸⁾.

Ma, a ben vedere, è la stessa esplicita ascrizione della transazione al *genus* dei contratti (tipizzati dal legislatore) ad escludere la natura dichiarativa di essa.

La previsione di cui al comma secondo dell'art. 1965, inoltre, riecheggiando la definizione codicistica del contratto, prevede che con la transazione si possano «creare, modificare od estinguere “anche” rapporti diversi da quello che la formato oggetto della pretesa e della contestazione tra le parti», e rafforza la tesi della natura costitutiva della transazione nell'ipotesi in cui essa si riferisca alla sola situazione controversa (transazione semplice) e non solo nella diversa ipotesi della transazione complessa o mista (sulla quale v. *retro* n. 9).

D'altra parte un accordo che ponga fine ad una lite dal quale emerga un assetto giuridico del rapporto non modificato rispetto a quello controverso tra le parti non è una transazione, ma un negozio con effetti ricognitivi o abdicativi (quindi, un negozio di accertamento).

Si vuol dire, in altri termini, che le reciproche concessioni, imprescindibili per la configurazione della transazione, hanno comunque l'effetto di costituire tra le parti una nuova situazione giuridica, comunque diversa da quella preesistente.

In ogni caso oggi vi è sostanziale condivisione, in dottrina e in giurisprudenza, sia pure con varie sfumature di accento, della tesi della natura costitutiva della transazione ⁽⁵⁹⁾.

La natura costitutiva della transazione, oggi condivisa in dottrina e in giurisprudenza, rende non più predicabile una efficacia retroattiva di essa, ipotesi che era invece ritenuta ammissibile sotto il previgente codice, naturalmente da coloro che attribuivano efficacia meramente dichiarativa alla transazione.

Si ritiene quindi oggi che la transazione non sia retroattiva in senso tecnico, fermo restando che le parti possono esplicitamente prevedere una retrodatazione degli effetti *inter partes*, non opponibile ai terzi.

D'altra parte anche coloro che, vigente il nuovo codice, hanno sostenuto la natura dichiarativa della transazione, discutono in termini di retroattività impropria od obbligatoria dell'accertamento transattivo, limitata alle parti e loro aventi causa ⁽⁶⁰⁾.

12. — Il problema della efficacia traslativa o meno della transazione è risalente nel tempo ed era già dibattuto nel vigore del codice civile del 1865, come avverte la Relazione al nuovo codice del 1942 (n. 773), quale corollario della disputa tra la tesi della natura dichiarativa e quella della natura costitutiva della transazione.

La questione, che pure ha trovato una soluzione pragmatica nel codice prevedendosi la obbligatoria trascrizione della transazione qualora riguardi diritti reali immobiliari ed altri diritti soggetti a trascrizione (art. 2643, n. 13, c.c.), merita di essere brevemente affrontata per la rilevanza che essa assume sotto molteplici profili.

Intanto si pone il problema se l'efficacia traslativa possa essere riconosciuta soltanto alla transazione «mista» di cui all'art. 1965, comma 2°, c.c. (sulla quale v. *amplius retro* n. 9) ovvero anche nell'ipotesi della c.d. «transazione semplice», in cui le reciproche concessioni riguardano esclusivamente il rapporto giuridico controverso.

Sul punto la giurisprudenza non ha assunto una posizione omogenea.

Da un lato, infatti, in un caso in cui nell'ambito dell'accordo transattivo una parte riconosceva che taluni beni immobili erano di proprietà dell'altra, obbligandosi al trasferimento formale della proprietà di essi a quest'ultima a fronte della rinuncia al rendiconto, si è osservato che riconoscimento del diritto e transazione possono coesistere nell'ambito dello stesso negozio e con lo stesso atto di transazione può avvenire il trasferimento di un diritto che forma oggetto della reciproche concessioni, che in tal caso fa parte integrante del contratto stesso ⁽⁶¹⁾.

Da altro lato, e più recentemente, si è statuito che «la transazione può avere funzione traslativa soltanto con riguardo ai rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti, essendo inconcepibile il trasferimento (tra le parti in lite), mediante transazione, di un diritto la cui appartenenza sia incerta, perché oggetto di transazione; a tale incertezza, peraltro, può porsi fine non solo mediante negozio transattivo, caratterizzato dalla presenza di reciproche concessioni tra le parti, ma anche mediante mero negozio di accertamento» ⁽⁶²⁾.

Quest'ultimo orientamento è evidentemente influenzato dall'opinione, sostenuta in dottrina, secondo cui vi sarebbe ontologica incompatibilità tra effetto traslativo ed incertezza sulla titolarità del bene, che a sua volta costituisca la *res dubia* dedotta in transazione ⁽⁶³⁾.

Il problema è in sé obiettivamente delicato e non sembra consentire una soluzione idonea a contemplare le varie possibilità che in concreto si possono verificare.

E' evidente, infatti, che il diverso atteggiarsi della volontà delle parti espressa nell'accordo transattivo può far emergere rispetto alla titolarità del bene o diritto controverso un mero accertamento, che esclude l'efficacia traslativa, ovvero un intento dispositivo dell'oggetto controverso, con conseguente effetto traslativo, in sé compatibile con la causa transattiva.

Più semplice si rivela, invece, il riconoscimento dell'effetto traslativo della transazione quando l'oggetto del trasferimento esorbita da quello controverso (transazione «mista»).

In questo caso, infatti, non si dubita della efficacia traslativa, ma semmai della causa del trasferimento, e cioè se essa possa risiedere nella causa transattiva ovvero discenda dalla combinazione dei due diversi schemi negoziali della transazione e della vendita.

In dottrina si reputa che anche in questo caso ricorra una transazione, a condizione che la vendita avvenga a scopo transattivo, ipotesi per la quale si discorre in termini di «vendita transattiva»⁽⁶⁴⁾.

In ordine alla efficacia traslativa della transazione merita di essere segnalato il consolidato orientamento della giurisprudenza sotto il punto di vista fiscale, e più precisamente in tema di applicazione della imposta di registro.

E' stato in proposito rilevato che la disciplina dell'imposta di registro di cui al t.u. del 1923 prevedeva un effetto traslativo della transazione ogni volta che le parti non si limitavano esclusivamente all'abbandono delle reciproche pretese, senza mutare gli effetti degli atti precedenti o di titoli anteriori e senza prevedere la corresponsione di somme di denaro a fronte della rinuncia alle pretese⁽⁶⁵⁾.

Più precisamente, il t.u. del 1923 (abrogato soltanto con decorrenza dal 1° gennaio 1973) distingueva tra transazione semplice (con natura dichiarativa, assoggettata ad imposta in misura fissa) con la quale le parti rinunciavano semplicemente alle rispettive pretese, e transazioni novative (o traslative, assoggettate ad imposta in misura proporzionale) con le quali le parti prevedevano una novazione dei rapporti precedenti ovvero contemplavano trasferimenti di diritti e assunzione di obbligazioni nuove.

Da ciò conseguiva che ogni transazione che prevedeva impegni aggiuntivi rispetto a quelli meramente dichiarativi era considerato come atto traslativo e colpita da imposta proporzionale⁽⁶⁶⁾.

Il successivo d.p.r. n. 634/1972 in tema di imposta di registro accomunava invece la transazione alla risoluzione del contratto (art. 27), prevedendo che in caso di gratuità era dovuta l'imposta in misura fissa e, in caso di pattuizione di un corrispettivo, quella proporzionale.

Anche nel vigore del citato d.p.r. n. 634/72, pur a fronte di una infelice formulazione legislativa, la giurisprudenza sottolineava che è il momento dispositivo, costitutivo e traslativo del negozio a rappresentare l'oggetto dell'imposizione⁽⁶⁷⁾.

L'attuale disciplina dell'imposta di registro (d.p.r. n. 131/1986) prevede esplicitamente l'ipotesi di effetto traslativo della transazione e ne regola distintamente l'imposizione a seconda che l'effetto traslativo riguardi beni o diritti immobiliari o meno (art. 29), con conseguente ritorno alla tradizionale distinzione tra transazioni semplici e transazioni novative, in quanto modificative della situazione giuridica preesistente.

Come emerge dal richiamo alla disciplina fiscale della transazione deve concludersi nel senso che – almeno sotto questo profilo – l’ammissibilità di un effetto traslativo del contratto transattivo non è mai stata posta in discussione.

13. — La transazione c.d. novativa, alla quale il legislatore allude – senza definirla – nell’art. 1976 c.c. per escludere (salvo patto contrario) la risoluzione della transazione per inadempimento se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, costituisce un aspetto del più generale fenomeno transattivo tra i più indagati e controversi.

La stessa individuazione della fattispecie sussumibile nella definizione di transazione novativa è di difficile decifrazione a fronte di opinioni che, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, divergono radicalmente, dovendosi congruentemente rilevare un complessivo disorientamento da parte di chi, esaminando i diversi punti di vista, cerchi di trarre una sintesi.

Si è in proposito osservato, in un recente studio dedicato alla materia, che nessuna delle ricostruzioni della nozione di transazione novativa è forse in grado di fornire risposte soddisfacenti ⁽⁶⁸⁾.

La rilevanza del fenomeno riconducibile alla transazione novativa rende necessario un approfondimento, che deve prendere le mosse da alcune sintetiche osservazioni sulle origini storiche di essa.

Sotto la vigenza del precedente codice, come è già stato ripetutamente osservato, era prevalente l’opinione che assegnava alla transazione natura meramente dichiarativa (v. *retro* n. 5), con conseguente incompatibilità di qualsiasi effetto novativo, ma l’adesione alla diversa tesi della natura costitutiva di essa ne predicava invece una efficacia costantemente novativa ⁽⁶⁹⁾.

Dal punto di vista fiscale, peraltro, l’attitudine novativa della transazione era prevista a livello normativo ed anzi sotto questo profilo ogni qualvolta dal contesto della transazione emergesse una immutazione della situazione giuridica preesistente se ne deduceva l’effetto novativo (v. *retro* n. 12).

Questo orientamento, tuttavia, coglieva solo un aspetto del più complesso fenomeno, dal momento che una immutazione della situazione giuridica preesistente è connaturale alla transazione: incentrando l’indagine solo su questo aspetto ogni transazione avrebbe efficacia novativa.

Un altro profilo, non marginale, da prendere in considerazione concerne la disciplina della novazione oggettiva secondo il codice del 1865, che privilegiava il requisito soggettivo dell’*animus novandi* inducendo molti a ritenere che in presenza di una espressa intenzione novativa, anche una modifica meramente accessoria sarebbe stata sufficiente a dare luogo a novazione ⁽⁷⁰⁾.

Ciò spiega, tra l’altro, il rilievo che la giurisprudenza più risalente, nel vigore del nuovo codice, attribuisce alla manifestazione dell’*animus novandi* al fine di attribuire effetto novativo alla transazione.

Ma l'impianto del nuovo codice, rispetto al fenomeno della novazione, è innovativo nel senso che l'art. 1230 accanto all'elemento soggettivo richiede la presenza di un elemento oggettivo costituito dalla modificazione della obbligazione (*aliquid novi*).

In questa nuova prospettiva occorre peraltro non sovrapporre la nozione di transazione novativa con il fenomeno della novazione in senso tecnico, poiché rilevanti sono le differenze: la novazione, infatti si riferisce solo ai rapporti obbligatori, mentre la transazione può interessare qualsiasi situazione giuridica nella disponibilità delle parti (e quindi a carattere reale e non solo obbligatorio); ancora, la novazione è senza effetto se non esisteva l'obbligazione originaria, mentre la transazione può prescindere dalla esistenza del preesistente rapporto ⁽⁷¹⁾.

Sono state avanzate diverse opinioni al fine di individuare la nozione autonoma di transazione novativa, contrapposta a quella non novativa (altresi definita «conservativa»).

Una tesi minoritaria assegna preminente rilievo all'elemento soggettivo (*animus novandi*) inteso a estinguere il preesistente rapporto e a sostituirlo con il nuovo assetto degli interessi risultante dalla transazione, mentre secondo altra tesi il rilievo determinante deve essere attribuito all'elemento oggettivo, consistente in una nuova configurazione oggettiva del rapporto diversa da quella precedente ⁽⁷²⁾.

Ma anche attribuendo maggiore rilevanza all'elemento oggettivo, nel senso sopra indicato, occorre pur prendere atto che una configurazione oggettivamente diversa dal preesistente rapporto consegue comunque alla transazione, della quale è individuabile un effetto «innovativo», ma non per questo necessariamente «novativo», inteso cioè ad estinguere ogni preesistente obbligazione tra le parti.

In altri termini, la modifica della fonte del rapporto giuridico preesistente che consegue alla transazione non determina necessariamente l'estinzione di esso, occorrendo a tal fine una situazione oggettiva di incompatibilità tra le due situazioni (*ante e post* transazione).

La giurisprudenza da tempo si è orientata in questa direzione, attribuendo rilievo, ai fini del riconoscimento del carattere novativo della transazione, all'elemento oggettivo costituito dalla incompatibilità del nuovo assetto di interessi risultanti dalla transazione con quello preesistente ⁽⁷³⁾.

Una relativamente recente pronuncia riassume l'orientamento dei giudici di legittimità, sottolineando che il carattere novativo della transazione presuppone che dall'esame dell'intenzione delle parti risulti che il nuovo regolamento negoziale sia oggettivamente difforme ed autonomo rispetto a quello preesistente ⁽⁷⁴⁾.

Più recentemente, la distinzione tra transazione conservativa e novativa è stata ribadita osservandosi che deve esser qualificata novativa la transazione che determina l'estinzione del precedente rapporto e ad essa si sostituisce integralmente, di modo che si verifichi una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello dell'accordo transattivo, con la conseguente insorgenza dall'atto di un'obbligazione oggettivamente diversa dalla precedente. E' qualificabile, invece, come transazione semplice o conservativa l'accordo con il quale le parti si limitano ad apportare modifiche solo quantitative ad una situazione già in atto e a regolare il preesistente rapporto mediante reciproche concessioni, consistenti (anche) in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da

realizzare un regolamento di interessi sulla base di un *quid medium* tra le prospettazioni iniziali. Il relativo accertamento, circa la ricorrenza dell'una o dell'altra ipotesi di transazione, integrando un apprezzamento di fatto, è come tale riservato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato ⁽⁷⁵⁾.

L'elemento soggettivo (*animus novandi*) è sottolineato da altre pronunce secondo le quali si ha transazione novativa qualora sussistano contestualmente due elementi, uno di natura oggettiva e uno di natura soggettiva: sul piano oggettivo, è necessario che le parti, onde risolvere o prevenire una lite, siano addivenute ad una rinunzia reciproca, anche parziale, alle proprie pretese, volta a modificare, estinguendola, la situazione negoziale precedente e ad instaurarne una nuova in quanto tra i due rapporti, il vecchio e il nuovo, vi sia una situazione di obiettiva incompatibilità; sul piano soggettivo, è necessario che sussista una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ovvero che esse abbiano palesato il loro intento di instaurare tra loro un nuovo rapporto e di estinguere quello originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati (nella specie la s.C. ha ritenuto che dovesse escludersi la configurabilità della transazione novativa, essendosi le parti limitate al rilascio di cambiali per importo non inferiore all'ammontare del debito – ciò che non integra una rinuncia da parte del creditore, ma al contrario un rafforzamento del credito – e alla modifica del termine di pagamento) ⁽⁷⁶⁾.

Ma secondo altre decisioni, la transazione può avere efficacia novativa quando ne risulti una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello avente causa nell'accordo transattivo. In tal caso, l'*animus novandi* può desumersi anche per implicito dai fatti concludenti, il cui accertamento, unitamente all'esame delle clausole contrattuali, costituisce un apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata e corretta motivazione ⁽⁷⁷⁾.

In ogni caso, ai fini della individuazione della natura novativa della transazione, l'intento soggettivo dei contraenti non deve essere enfatizzato, occorrendo che dal punto di vista oggettivo (e quindi indipendentemente dalla volontà in tale senso manifestata dalle parti) risulti che dalla transazione emerge un nuovo regolamento dei rapporti, dotato di autonomia ed indipendenza rispetto a quello preesistente ⁽⁷⁸⁾.

TOMASO GALLETTO

Avvocato

Note

(¹) In questo senso MELILLO, voce *Transazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992 p. 771 ss., spec. p. 776. Soltanto con l'introduzione della Aquiliana stipulatio, (dovuta ad Aquilio Gallo *praetor* nel 66 a.C.) si sarebbe resa disponibile una struttura negoziale idonea ad identificare una transazione.

(²) V., per i necessari riferimenti, MELILLO, *op.cit.*, p. 775.

(³) Cfr. SCHIAVONE, voce *Transazione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1977, spec. p. 481.

(⁴) Per una accurata ricostruzione della storia della transazione nel diritto intermedio TREGGIARI, voce *Transazione, (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 790 ss.

(⁵) Una efficace sintesi del pensiero dei giuristi medioevali può leggersi in TREGGIARI, *op. cit.*, spec. p. 800 ss.

(⁶) La ricostruzione è opera di TREGGIARI, *op. cit.*, spec. p. 812, il quale aggiunge che l'accentramento della transazione sul terreno dei rapporti controversi darà sfogo alla retorica sull'utilità di essa quale mezzo per realizzare la concordia dei litiganti.

(⁷) In questo senso, icasticamente, v. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, s.d., vol. III, p. 468.

(⁸) Cfr. DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 470.

(⁹) Al riguardo VALSECCHI, *Il gioco, la scommessa, la transazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Vol. XXXVII, t. 2, Milano, 1986, p. 181, richiama un passo di BARTOLO (ad 1.1. C. *de transactionibus*) secondo cui «iste titulus de transactionibus est subtilis difficilis et magis utilis quam alius de toto codice et qui sit in corpore iuris». L'a. osserva, in proposito, che la tendenza, assai diffusa tra gli studiosi – antichi e moderni – ad enfatizzare le difficoltà dello studio della transazione è forse eccessiva, ma non ingiustificata. D'altra parte lo stesso a. richiama subito dopo una osservazione di CARNELUTTI (in *Riv. proc. civ.*, 1930, I, p. 103), secondo il quale «Il contratto di transazione, quasi a cavaliere del confine tra il diritto privato materiale e il diritto processuale, è una figura così interessante che a studiarla a fondo e a cavarne fuori tutto quello che c'è dentro ci vuole una buona dose di impegno e una consumata esperienza».

(¹⁰) In questo senso DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 813, il quale tuttavia rileva che l'inquadramento della transazione nell'ambito dei contratti aventi una disciplina speciale esclude di poter accogliere la tesi che considera la transazione come una «causa generica» di attribuzione patrimoniale.

(¹¹) Il riferimento è all'opinione di CARNELUTTI, espressa in *La transazione è un contratto?* (*Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 185), secondo la quale la transazione risulterebbe dalla combinazione di due negozi unilaterali, una rinuncia ed un riconoscimento ciascuno condizionato all'esistenza dell'altro, ed alla successiva polemica con D'ONOFRIO, che aveva contestato la fondatezza di tale opinione in *La transazione e il contratto. Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene*, 1854-1954, Napoli, s.d., p. 193 ss., al quale aveva replicato CARNELUTTI, in *Logica e metafisica nello Studio del diritto (Foro it.*, 1955, IV, c. 73 ss.) e controreplicato D'ONOFRIO, *A proposito di transazione e logica del diritto*, ivi, c. 127 ss.

Eco di tale polemica si trova in D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, *sub. art.* 1965 c.c., pp. 220-221 ed ivi ampi riferimenti alla predominante tesi della natura contrattuale della transazione.

(¹²) In questo senso v. D'ONOFRIO, *op. cit.*, spec. p. 223. Evidenzia DEL PRATO, *Superamento della lite e transazione*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 366 ss., spec. p. 368, che «la transazione, dunque, è, in qualche misura un contratto "bifronte", nel quale confluisce una situazione pregressa per essere conformata da un nuovo regolamento».

(¹³) V. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in questa rivista, 1940, I, p. 3 ss.

(¹⁴) Sostiene ad esempio la tesi della natura dichiarativa della transazione CARRESI, voce *Transazione (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1977, p. 481 ss., spec. p. 484, affermando che «l'accolta costruzione della transazione come contratto dichiarativo impone a sua volta di accogliere, in ordine alla sua struttura, la configurazione secondo cui la transazione si pone, rispetto alla situazione preesistente, come un contratto accessorio (o ausiliare) da cui seguono comandi complementari in funzione di accertamento, che è poi la sola configurazione adeguata alla realtà del complesso fenomeno (e quindi costituisce definitiva riprova della fondatezza della premessa da cui è tratta».

(¹⁵) In argomento è ancora fondamentale il lavoro di FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss., ivi a pag. 217, la tesi riportata nel testo. Anche GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227 ss., spec. p. 242, esclude, con argomentazioni in parte diverse, l'inquadrabilità della transazione nell'ambito del negozio di accertamento.

(¹⁶) Cfr. ancora FALZEA, *op. cit.*, il quale aggiunge che l'efficacia della transazione è tipicamente preclusiva perché svolgendosi interamente sul piano delle contrapposte pretese non si fonda sul momento della conoscenza, che rappresenta invece un momento necessario di ogni figura di accertamento.

(¹⁷) Cfr. PALAZZO, voce *Transazione*, *Dig. 4, disc. priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 386 ss., spec. p. 387; DEL PRATO, *op. cit.*, p. 819; BALESTRA, voce *Transazione (contratto di)* in *Il Diritto*, *Enc. giur.*, XVI, p. 98 ss., spec. p. 99.

(¹⁸) Cfr. ad esempio Cass., 5 novembre 1968 n. 3658, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce «Transazione», n. 7, sulla natura costitutiva della transazione e Cass., 25 settembre 1964, n. 2413, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 783, sulla funzione del negozio di accertamento rispetto alla transazione.

(¹⁹) Cfr. Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, in *Giur. it.*, 1983, I, c. 710 e Cass., 9 luglio 1987, n. 5998, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Infortuni sul lavoro», n. 128.

(²⁰) Cfr. Cass., 3 marzo 1980, n. 1427, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, p. 49. Più recentemente v. altresì Cass., 17 settembre 2004, n. 18737, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Transazione», n. 3.

(²¹) Cfr. Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 201 (s.m.), con nota di BOZZI, *Negozio di accertamento ed effetti (non) «meramente dichiarativi»*, la quale giustamente sottolinea che la dichiaratività del negozio di accertamento non costituisce elemento distintivo tra questo e la transazione, poiché la distinzione riporta, semmai, una diversa volontà delle parti che nel primo caso (negozio di accertamento) è volta ad eliminare l'incertezza vincolandosi a tale interpretazione, mentre nel secondo caso (transazione) è volta a porre fine alla lite, prescindendo del tutto dall'accertamento della situazione giuridica preesistente.

(²²) In questo senso v. Cass., 6 febbraio 2009, n. 3033, in *Contratti*, 2009, p. 894, con commento di D. GALLO. Conformi a tale indirizzo sono Cass., 13 ottobre 2005, n. 19883, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Transazione», n. 13; Cass., 30 maggio 1996, n. 5019, *Rep. Foro it.*, 1996, voce «Confessione civile», n. 3. In senso contrario, sul presupposto della mancanza dell'*animus confitendi* nelle dichiarazioni rese nell'ambito di un accordo transattivo v. Cass., 23 gennaio 1997, n. 712, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Transazione», n. 8; Cass., 14 settembre 1983, n. 5564, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Confessione civile», n. 2.

(²³) In questo senso Cass., 11 agosto 2000, n. 10657, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 814; Cass., 3 marzo 1999, n. 1787, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 1069.

(²⁴) Sul punto Cfr. PALAZZO, *op. cit.*, p. 388, che riprende la richiamata tesi carneluttiana. Sulla irrilevanza nell'incertezza quale presupposto della transazione v. altresì DEL PRATO, *op.cit.*, pp. 822-823 ed ivi i pertinenti richiami biografici.

(²⁵) Cass., 5 gennaio 1967, n. 26, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce «Transazione», n. 6; Cass., 10 febbraio 1970, n. 312, in *Rep. Foro it.*, 1970, voce «Transazione», n. 2. Secondo Cass., 24 gennaio 1979, n. 536, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce «Transazione», n. 2 e n. 6, «è necessario per la validità della transazione, che il credito, che ne è oggetto, sia controverso, nell'esistenza o nell'ammontare, poiché tra i requisiti del negozio transattivo l'art. 1965 pone l'incertezza su un rapporto sostanziale e pertanto non può essere sufficiente la semplice insicurezza di realizzare un credito di per sé certo, derivante dal mero inadempimento del debitore».

(²⁶) Cass., 6 maggio 2003, n. 6861, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Transazione», n. 10; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1980, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Transazione», n. 4; Cass., 6 ottobre 1999, n. 11117, in *Giur. it.*, 2000, p. 1152; Cass., 10 luglio 1985, n. 4106, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, p. 37; conf., Cass., 13 aprile 1972, n. 1157, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce «Transazione», n. 5 e n. 10; Cass., 10 dicembre 1970, n. 2624, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Transazione», n. 2 e n. 15; Cass., 17 febbraio 1968, n. 555, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce «Transazione», n. 3.

(²⁷) Cass., 1 aprile 2010, n. 7999, in *Contratti*, 2010, p. 693 (s.m.).

(²⁸) Cass., 13 maggio 1964, n. 1142, *Giur. it.*, 1965, I, c. 1088.

(²⁹) Cass., 16 giugno 1962, n. 1506, *Sett. cass.*, 1962, p. 674.

(³⁰) Cass., 28 marzo 1969, n.1019, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce «Transazione», n. 3.

(³¹) Cass., 1 settembre 1995, n. 9229, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce «Transazione», n. 1.

(³²) Cass., sez. III, 13 maggio 1996, n. 4448, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce «Transazione», n. 5.

(³³) In questo senso v. Cass., 14 novembre 1991, n. 1218, in *Foro it.*, 1993, I, c. 920; Cass., 4 settembre 1990, n. 9114, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «Transazione», n. 3, n. 5 e n. 6. In dottrina, peraltro, si evidenzia che le reciproche concessioni debbono risultare con chiarezza dal contratto: v. PALAZZO, *op. cit.*, p. 389.

(³⁴) In questo senso v. Cass., 29 marzo 1985, n. 2207, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce «Transazione», n. 4 e n. 6, secondo la quale in tema di transazione l'eventuale insussistenza delle reciproche concessioni, implicando l'esclusione di un accordo transattivo, non esclude che possa, con tale atto, essersi costituito tra le parti un vincolo giuridico contrattuale di altra natura, ove vi sia il riconoscimento di un diritto in favore di uno dei contendenti.

Per l'inconfigurabilità di una transazione nell'ipotesi in cui il relativo accordo non consente di rilevare *l'aliquid datum, aliquid retentum* v. recentemente Cass., 4 ottobre 2007, n. 20780, in *Notiz. giurisp. lav.*, 2008, 1, p. 52.

(³⁵) Cfr. Cass., 22 aprile 1999, n. 3984, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Transazione», n. 17.

(³⁶) Cfr. Cass., 23 gennaio 1980, n. 565, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce «Transazione», n. 5; nel senso della irrilevanza di qualsiasi rapporto di equivalenza tra le reciproche concessioni v. anche Cass., 24 febbraio 2000, n. 1980, *cit.*

(³⁷) In questo senso v. ad esempio, Cass., 20 maggio 1987, n. 4619, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Transazione», n. 4 e n. 5.

(³⁸) Ad esempio sostenendosi il carattere aleatorio della transazione: cfr. CARNELUTTI, *Transazione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 49; ovvero sottolineandosi che l'apprezzamento soggettivo della corrispettività delle prestazioni è rimesso alla autonomia privata: cfr. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 824.

(³⁹) In questo senso PALAZZO, *op. cit.*, p. 409.

(⁴⁰) In questo senso v. PALAZZO, *op. cit.*, che ricorda in proposito alcune risalenti pronunce di legittimità: Cass., 9 ottobre 1974, n. 2739, in *Rass. giur. Enel*, 1975, p. 376 e Cass., 22 gennaio 1974, n. 182, in *Riv. giur. lav.*, 1974, II, p. 474.

(⁴¹) In questo senso v. Cass., 3 maggio 1976, n. 1562, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Transazione», n. 1 e, più recentemente, Trib. Milano, 1 luglio 1993, in *Contratti*, 1994, p. 176, con commento di BOZZOLA.

(⁴²) Riferisce, ad esempio, VALSECCHI, *op. cit.*, p. 220, che anche i fautori della tesi della dichiaratività della transazione riconoscevano pacificamente che ove essa riguardasse beni o rapporti estranei al rapporto litigioso per questo aspetto assumesse natura costitutiva.

(⁴³) Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 349 e n. 481; Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Riv. not.*, 2009, 6, p. 1475.

(⁴⁴) In questo senso, testualmente, BALESTRA, *op. cit.*, p. 100. Aggiunge in proposito l'a. che «in conclusione, la c.d. transazione complessa può, a seconda delle circostanze, atteggiarsi come transazione *tout court* – ogniqualvolta il trasferimento del diritto estraneo alla lite non sia sorretto da una *causa vendendi* o da una causa riconducibile a un diverso tipo negoziale – oppure come transazione collegata a una vendita (a a un altro contratto) ovvero come transazione con causa mista a vendita (o a un altro contratto). Nel primo caso si applicherà la disciplina inerente alla transazione, ovviamente integrata da quella della parte generale sul contratto; nel secondo caso la disciplina inerente a ciascun tipo negoziale, salvi gli effetti scaturenti dal collegamento; nel terzo caso la disciplina dello schema negoziale prevalente, salva la possibilità di invocare le norme dettate per quello non prevalente in base a una valutazione di compatibilità».

(⁴⁵) In questo senso v. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 825.

(⁴⁶) Cfr. ancora DEL PRATO, *op. cit.*, p. 825, il quale richiama sul punto le tesi di NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della nozione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 433 ss.; di CATAUDELLA, *La donazione mista*, p. 89 (cit. p. 71) e di VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I, *La transazione*, Milano, 1980, p. 138 ss.; nello stesso senso v. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, p. 461 ss.

(⁴⁷) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 204.

(⁴⁸) Cfr. MOSCARINI, *La transazione mista*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 451 ss.

(⁴⁹) Cfr. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 31 ss.

(⁵⁰) Cass., 9 maggio 1958, n. 1537, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce «Transazione», n. 4, n. 43 e n. 50, in motivazione, riportate in ROTONDI, *La transazione nella giurisprudenza*, Milano, 1993, p. 33.

(⁵¹) Cass., 5 aprile 1984, n. 2217, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Contratto in genere», n. 94 e n. 96.

(⁵²) Così SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 175 e COSTANZA, *Della transazione*, in *Comm. c.c.*, diretto da Cendon, IV, t. 2, Torino, 1991, *sub art.* 1975, p. 1816.

(⁵³) Ne riferisce DEL PRATO, *op. cit.*, p. 843 nota 184, citando LAUDISA, *La contestazione della transazione*, in questa rivista, 1990, p. 413 ss., spec. p. 429.

(⁵⁴) In questo senso VALSECCHI, *op.cit.*, p. 410. L'a. premette peraltro che la nozione di transazione generale «non è molto chiara» e conclude che essa deve essere distinta sia dalla transazione con pluralità di capi e divisibile, sia da quella con pluralità di capi ed indivisibile (ivi, 411).

(⁵⁵) Così DEL PRATO, *op. cit.*, p. 843.

⁽⁵⁶⁾ Così Cass., 3 aprile 2003, n. 5138, in *Giur. it.*, 2004, I, 1, p. 522 ss., con nota di SORRENTINO, e in *Foro it.*, 2003, I, c. 3048 ss.

⁽⁵⁷⁾ In questo senso Cass., 3 aprile 2003, n. 5139, pubblicata unitamente alla coeva n. 5138 di cui alla nota precedente e autonomamente in *Contratti*, 2003, p. 911, con commento di DI CLEMENTE.

⁽⁵⁸⁾ In questo senso v. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 828.

⁽⁵⁹⁾ Osserva a questo proposito VALSECCHI (*op. cit.*, p. 254) che è da ritenere in modo definitivo che la transazione non può avere che natura costitutiva. Secondo l'a., infatti, «Il contenuto e la portata del principio consiste in ciò che la transazione costitutiva si configura come fonte autonoma e primaria del rapporto in essa dedotto. La transazione si sovrappone alla fonte originaria e, assorbendo il contenuto del rapporto preesistente, sul quale cadeva l'incertezza e la lite, si sostituisce ad essa come fonte disciplinatrice della nuova sistemazione negoziale. Così intesa, la costitutività non si fonda sulla modificazione del rapporto preesistente che da più parti si insiste nel considerare come effetto delle reciproche concessioni, ma sulla configurazione del negozio come fonte primaria del rapporto accertato, operante con efficacia *ex nunc*». Cfr. altresì DEL PRATO, *op. cit.*, p. 829 ed ivi a nota 105 ampi richiami alla dottrina favorevole alla tesi della natura costitutiva della transazione. In giurisprudenza v. Cass., 16 giugno 1962, n. 1506, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce «Transazione», n. 4; Cass., 13 maggio 1964, n. 1142, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce «Transazione», n. 6; Cass., 7 marzo 1989, n. 1233, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce «Titoli di credito», n. 33.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. CARRESI, *op. cit.*, p. 496.

⁽⁶¹⁾ In questo senso v. Cass., 4 settembre 1991, n. 9358, in motivazione, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 864 ss., con nota redazionale di ODDI.

⁽⁶²⁾ Cfr. Cass., 17 settembre 2004, n. 18737, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Transazione», n. 3.

⁽⁶³⁾ Sostanzialmente in questo senso v., ad esempio, VALSECCHI, *op. cit.*, p. 253.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 73 e, sulla nozione di «vendita transattiva», MOSCARINI, *op. cit.*, p. 472; sottolinea a questo proposito DEL PRATO, *op. cit.*, p. 827, che ove la lite rimanga sullo sfondo e incida soltanto sul profilo della quantificazione del corrispettivo del trasferimento del bene o del diritto si sarebbe in presenza di una compravendita e non di una transazione.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. MAISTO, *Il contratto di transazione nell'ambito di applicazione dell'imposta di registro*, in *La transazione nella prassi interna ed internazionale*, a cura di Andreoli, Padova, 2000, p. 173 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Cass., 13 aprile 1972, n. 1158, in *Boll. trib.*, 1972, p. 1606 ss., secondo la quale la transazione con la quale un ente morale rinuncia a richiedere l'autorizzazione ad accertare un legato a fronte della corresponsione di una somma di denaro, implicando una disposizione di un diritto e stabilendo l'obbligo di una controprestazione, conteneva una novazione alle ragioni spettanti tra le parti in forza di titoli anteriori, e come tale era assoggettata ad imposta proporzionale.

⁽⁶⁷⁾ Cass., 15 giugno 1989, n. 2874, in *Rass. trib.*, 1990, II, p. 100 ss.

⁽⁶⁸⁾ Il rilievo è di GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005, spec. p. 139. Ivi un'ampia ricostruzione degli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in ordine al fenomeno considerato.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. GENNARI, *op. cit.*, p. 25 ss. ed ivi i pertinenti richiami di dottrina e giurisprudenza sulle due contrapposte tesi richiamate nel testo.

⁽⁷⁰⁾ Sul punto v. GENNARI, *op. cit.*, p. 29 e nota 7, ove indicazioni in ordine alle diverse tesi dottrinarie.

⁽⁷¹⁾ In questo senso si è osservato che «l'art. 1976, quando parla di novazione, si riferisce in realtà ad un fenomeno che, quanto meno, non coincide con la novazione in senso tecnico (artt. 1230 ss. c.c.). La novazione è ristretta alle obbligazioni e si verifica quando un rapporto obbligatorio viene sostituito con un

nuovo rapporto, anch'esso obbligatorio, rimanendo in conseguenza estinto. L'art. 1976, invece, comprende ogni ipotesi in cui, per effetto del negozio che compone transattivamente la lite, si determinano l'estinzione e la sostituzione del rapporto preesistente, obbligatorio o reale che sia, e più in genere della situazione preesistente, anche se non consistente in un rapporto fra le parti in lite. Già per questa ragione, la transazione prevista dall'art. 1976, anziché novativa, dovrebbe dirsi piuttosto innovativa, nel senso che dà vita ad una situazione giuridica la quale sostituisce integralmente quella prima esistente. [...] La transazione innovativa provoca l'assorbimento e la scomparsa della fonte e della situazione anteriore, la cui esistenza e consistenza non rilevano di regola sulla validità della transazione (articoli 1969, 1972). Viceversa la novazione è caratterizzata dalla distinzione della situazione anteriore e di quella successiva e suppone l'esistenza dell'obbligazione precedente, richiede l'*animus novandi*, ed oggettivamente l'*aliquid novi* (articoli 1230, 1234)» (SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 83). Sulla distinzione tra novazione e transazione v. PANUCCIO DATTOLA, in *La transazione nella prassi interna ed internazionale*, cit., p. 214; SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 273; FRANZONI, *op. cit.*, p. 171 ss. Distingue tra transazione innovativa e transazione appieno innovativa DEL PRATO, *op. cit.*, p. 830 ss., rilevando che l'efficacia dispositiva della transazione determini sempre una innovazione del rapporto preesistente, mentre un effetto novativo deve riconoscersi solo allorché la transazione costituisca una nuova situazione di cui è la fonte esclusiva ovvero quando si modifica l'oggetto del rapporto svincolando la nuova situazione da quella precedente. Una approfondita disamina degli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in argomento si deve a MORESE, *Transazione novativa e transazione conservativa: caratteri distintivi*, in *Vita not.*, 2006, p. 1311 ss.

(72) In questo senso v. MOSCARINI-CORBO, voce *Transazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 9 ss.; PALAZZO, *op. cit.*, p. 412.

(73) Tra le più risalenti cfr. Cass., 2 ottobre 1957, n. 3791, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce «Transazione», n. 15; Cass., 29 maggio 1964, n. 1344, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce «Transazione», n. 12; tra le più recenti cfr. Cass., 26 gennaio 1999, n. 710, in *Contratti*, 1999, p. 503; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1950, in *Giur. it.*, 2003, p. 2021.

(74) Cfr. Cass., 19 maggio 2003, n. 7830, in *Contratti*, 2003, p. 1085, con commento di VAGLIO.

(75) Cass., 14 giugno 2006, n. 13717, *Obblig. e contr.*, 2007, p. 11.

(76) Cass., 28 febbraio 2006, n. 4455, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Transazione», n. 7; *conforme* Cass., 6 aprile 2006, n. 8101, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Transazione», n. 8.

(77) Cass., 23 febbraio 2006, n. 4008, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Transazione», n. 11; Cass., 12 gennaio 2006, n. 421, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Transazione», n. 10; Cass., 15 novembre 1997, n. 11330, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Transazione», n. 6.

(78) In questo senso v. le condivisibili considerazioni di GENNARI, *op. cit.*, p. 143 ss.