

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"**

**DOTTORATO DI RICERCA  
IN  
DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE**

**XX CICLO**

**"LA TRANSAZIONE NOVATIVA"**

**COORDINATORE**

**CH.MO PROF. ENRICO QUADRI**

**CANDIDATA**

**DOTT.SSA BIANCA ESPOSITO**

**ANNO ACCADEMICO 2006-2007**

## INDICE

### CAPITOLO I

#### NOZIONE DELLA TRANSAZIONE.

1. Funzione e presupposti.	1
2. Le reciproche concessioni.	5
3. Natura giuridica.	7
<i>3.1 Concezione dichiarativa: critiche.</i>	8
<i>3.2 Concezione costitutiva.</i>	9
4. Altri modi di composizione della lite.	15

### CAPITOLO II

#### IL CONTRATTO DI TRANSAZIONE.

1. Contrattualità della transazione.	21
2. Soggetti e requisiti soggettivi.	25
3. Oggetto della transazione.	34
<i>3.1 Possibilità.</i>	36
<i>3.2 Liceità.</i>	38
<i>3.3 Determinatezza e determinabilità.</i>	40
4. La volontà negoziale: i vizi.	43
5. La rescissione. L'irrescindibilità per causa di lesione.	54
6. La pretesa temeraria.	56
7. Forma e prova.	59
8. L'omologazione. La transazione sulla falsità dei documenti	60

## **CAPITOLO III**

### **LA TRANSAZIONE NOVATIVA.**

1. Efficacia novativa della transazione.	63
2. Rapporti tra transazione novativa e novazione oggettiva.	72
3. Conseguenze della transazione su titolo nullo.	74
4. Transazione novativa e risoluzione: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.	78
5. Casistica.	
<i>5.1 Transazione ed obbligazione solidale.</i>	83
<i>5.2 Transazione novativa trilatera e contratto preliminare.</i>	88
<i>5.3 Transazione novativa e prescrizione.</i>	90
<i>5.4 Transazione e cessazione della comunione.</i>	91

<b>BIBLIOGRAFIA</b>	96
---------------------	----

<b>GIURISPRUDENZA</b>	101
-----------------------	-----

# CAPITOLO I

## NOZIONE DELLA TRANSAZIONE

### 1. Funzione e presupposti.

La transazione è un istituto volto alla composizione della lite collocato dal legislatore del 1942 nel Libro IV Titolo III Capo XXV, tra i contratti c.d. tipici.

L'articolo 1965 c.c., nel primo comma, definisce la transazione come *“il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere”*. Si tratta della c.d. transazione pura, che si distingue dalla transazione c.d. mista che è disciplinata nel secondo comma, ai sensi del quale *“con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione fra le parti”*.

La funzione dell'istituto in esame è chiaramente individuata, e lo stesso significato etimologico della parola “transigere” (da *trans* e *agere*) porta insito il concetto di superare: superare la lite è la funzione essenziale della transazione.

Autorevole dottrina ha affermato che si tratta di una figura che occupa una posizione di confine tra diritto materiale e diritto processuale<sup>1</sup>.

Presupposto della transazione è dunque la lite, che può essere già sorta tra le parti o semplicemente prevenuta. Il concetto di lite è stato studiato ed elaborato dalla dottrina processualistica<sup>2</sup>.

La lite costituisce un conflitto di interessi qualificato<sup>3</sup> dalla presenza di una pretesa, alla quale si contrappone la contestazione del soggetto

---

<sup>1</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 4.

<sup>2</sup> DI SEREGO, *Il processo senza lite*, Padova, 1930, p. 52 ss; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 34 ss.

<sup>3</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.5.

contro il quale la pretesa è fatta valere<sup>4</sup>. Tale definizione scaturisce dall'analisi dello stesso articolo 1965 c.c. nel quale si legge: “*con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quelli che hanno formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti”.*

Ad avviso di autorevole dottrina<sup>5</sup> la nozione di lite deve coincidere con quella di conflitto giuridico, che si determina quando le parti affermano in contrapposizione un proprio diritto; infatti una pretesa si fonda sull'affermazione di un diritto, a prescindere dalla reale esistenza di quest'ultimo. La pretesa intesa come conflitto giuridico si distingue dal conflitto economico, o di semplici interessi, che si ha quando le parti affermano l'esistenza di interessi giuridicamente non protetti. Strumento tipico per il regolamento di conflitti di interessi è il contratto: nella compravendita l'interesse del venditore è volto al conseguimento del prezzo, viceversa il compratore ha interesse ad ottenere il bene acquistato.

Se dunque la funzione di tutti i contratti è quella di porre in essere un regolamento per risolvere i conflitti di interesse, la transazione ha una funzione sua propria, di regolare un conflitto di interessi giuridico<sup>6</sup>.

La “lite che può sorgere” è dunque il presupposto minimo della transazione, e conseguentemente occorre chiarire quale significato attribuire a tale locuzione.

Non può seguirsi l'orientamento<sup>7</sup> di chi sosteneva la sufficienza di una situazione in cui un contrasto ancora non si è delineato, in quanto per aversi reciproche concessioni serve un parametro iniziale con il quale confrontarle.

---

<sup>4</sup> CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 40.

<sup>5</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 7.

<sup>6</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 7.

<sup>7</sup> CARRESI, *Transazione (Diritto vigente)*, in *Nss. D.L.*, XIX, 1973, p. 482; D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1960-1991)*, Bologna-Roma, 1974, 226.

Si avverte dunque la necessità di una contrapposizione esternata, anche se le avverse posizioni non siano ancora determinate con nettezza: è sufficiente l'esistenza di prospettazioni giuridiche confliggenti. A sostegno di tali asserzioni si può sottolineare come gli articoli 764<sup>8</sup> comma 2, 1965 comma 2, 1969<sup>9</sup>, 1971<sup>10</sup> c.c., depongano nel senso che la locuzione "lite già incominciata" significa giudizio già instaurato, mentre "lite che può sorgere" assume il significato di contrasto delineato ma non sfociato in sede giudiziaria<sup>11</sup>.

La dottrina più risalente ha concentrato la propria attenzione sulla consistenza e il valore della cosiddetta *res dubia*, ritenendo "l'incertezza" un elemento che concorre a determinare i presupposti della transazione.

Lo stesso significato di *res dubia* è controverso. L'incertezza può essere oggettiva, intesa come incertezza dei consociati in ordine ad una situazione giuridica. Altre volte viene riferita ad una opinione incerta su una situazione giuridica futura, nell'eventualità di una modificazione della situazione presente, che dipenda da una condizione o da un termine *incertus quando*. L'incertezza può anche essere di fatto, quando riguarda l'incerta realizzazione di un diritto.

L'incertezza soggettiva è stata, da altro punto di vista, riferita all'esito della lite, spingendo a ritenere la transazione un contratto aleatorio<sup>12</sup>.

In realtà l'interesse a transigere può muovere dalle circostanze più varie, le parti possono voler evitare il giudizio anche nella consapevolezza della propria ragione.

---

<sup>8</sup> Articolo 764 c.c. (*Atti diversi dalla divisione*): "L'azione di rescissione è anche ammessa contro ogni altro atto che abbia per effetto di far cessare tra i coeredi la comunione dei beni ereditari. L'azione non è ammessa contro la transazione con la quale si è posto fine alle questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima, ancorché non fosse al riguardo incominciata alcuna lite."

<sup>9</sup> Articolo 1969 c.c. (*Errore di diritto*): "La transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti."

<sup>10</sup> Articolo 1971 c.c. (*Transazione su pretesa temeraria*): "Se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l'altra può chiedere l'annullamento della transazione."

<sup>11</sup> VITERBO, *La <<res dubia>> e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, I, p. 220 ss.

<sup>12</sup> App. Firenze 21 ottobre 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 1641 ss, con nota di LENER; CARNELUTTI, *Transazione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 85 ss.

La transazione, come delineata nel nostro codice civile, non può eliminare l'incertezza se manca il presupposto fondamentale: la lite; viceversa la circostanza che possa esservi lite senza incertezza delle parti in ordine alla situazione di fatto o di diritto, fa sì che si possa “transigere senza il presupposto del dubbio”<sup>13</sup>.

A fondamento della tesi che esclude l'incertezza quale presupposto della transazione può portarsi la lettera dell'articolo 1971 c.c.. Infatti ai fini dell'annullabilità della transazione “su pretesa temeraria” non è necessario che il transigente non in mala fede sia caduto in errore ritenendo fondata l'avversa pretesa, ergo la conoscenza della temerarietà da parte dell'altro contraente non costituisce una nota impeditiva all'applicazione della norma.

La consapevolezza del proprio torto giuridico, in cui consiste la temerarietà della pretesa o della contestazione, non coincide con la consapevolezza di uscire perdenti dalla controversia giudiziale eventualmente instaurata sulla questione, perché le ragioni che possono portare con certezza ad un esito negativo del giudizio non necessariamente coincidono con quelle che danno luogo al torto sostanziale (pensiamo per esempio alla mancanza di mezzi di prova).

Dunque volendo dare una lettura *a contrario*, non la mancanza di incertezza, ma la certezza del proprio torto da parte del litigante temerario è alla base dell'annullabilità della transazione.

In passato si è tuttavia affermato che la lite si avrebbe non solo quando la pretesa di una delle parti sia contestata dall'altra, ma anche quando la pretesa resti comunque insoddisfatta<sup>14</sup>. Se ciò fosse vero, le parti potrebbero transigere anche in merito alla realizzazione di un diritto, in quanto sussisterebbe il presupposto della lite.

La questione assume particolare importanza per tutte le convenzioni riconducibili nello schema del *pactum ut minus solvatur*, con le quali il

---

<sup>13</sup> PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5, Torino, 1985, 302.

<sup>14</sup> CARNELUTTI, *Lezioni. Il processo di esecuzione*, I, Padova, 1932, p. 5 ss.

creditore, in sede di esecuzione o in vista della realizzazione del proprio diritto, per ottenere quanto più possibile da un debitore insolvente, presta il proprio consenso ad una riduzione della pretesa, non contestata da parte avversa, ed ottiene una minor prestazione con conseguente liberazione del debitore.

Autorevole dottrina<sup>15</sup> riteneva che il concetto di lite, nell'ambito dello studio dell'istituto in esame, non potesse essere delineato in astratto, sottolineando come il nostro diritto utilizza un concetto di lite molto ristretto (lite in senso proprio) che implica sempre una contestazione della pretesa.

La disciplina positiva della transazione, col testuale riferimento ad una contestazione che si contrappone alla pretesa (articolo 1965 comma 2 c.c.), e con la ricorrente menzione delle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti (articoli 1969, 764 comma 2, c.c.), sembrava e sembra tutt'oggi confermare che, per esserci lite, e conseguentemente possibilità di transigere, è necessaria una pretesa contestata, o un diritto controverso. Dunque nel caso di pretesa insoddisfatta, manca la contestazione e quindi la lite.

## **2. Le reciproche concessioni.**

La lite è dunque il presupposto della transazione, e la pretesa e la contestazione sono i termini in relazione ai quali devono essere valutate le reciproche concessioni, che costituiscono il tratto caratteristico dell'istituto in esame.

Le reciproche concessioni non devono essere valutate in relazione alla situazione giuridica preesistente, ai diritti effettivamente spettanti alle parti. La lite costituisce un diaframma rispetto alla situazione

---

<sup>15</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 12.

preesistente, rendendola incerta, e per tale ragione la stessa non può costituire termine di riferimento per le reciproche concessioni<sup>16</sup>.

Nella transazione pura (articolo 1965, comma 1, c.c.), in cui l'oggetto coincide con la lite, il riferimento alla situazione preesistente escluderebbe sempre le reciproche concessioni, perché si verificherebbe una causale coincidenza tra la situazione preesistente stessa e la soluzione transattiva della lite, oppure un sacrificio a carico di una delle parti<sup>17</sup>.

Le reciproche concessioni, dunque, possono anche modificare la situazione giuridica preesistente, come accade ad esempio nella cosiddetta transazione mista regolata dall'articolo 1965 comma 2 c.c., ma hanno ad oggetto la pretesa e la contestazione, che costituiscono le posizioni delle parti nella lite.

Nella transazione mista il negozio transattivo ha un oggetto più ampio, non si limita al superamento della lite, accanto alla causa transattiva concorrono elementi di altre cause negoziali.

Per quanto riguarda il contenuto delle reciproche concessioni, può essere il più vario.

Ad esempio può costituire una concessione transattiva, “con riguardo al contratto che definisca una controversia fra proprietari di fondi vicini in ordine a costruzioni realizzate da uno di essi, la rinuncia dell'altro a ricorsi amministrativi, proposti in via gerarchica o giurisdizionale, avverso gli atti amministrativi inerenti l'autorizzazione di dette opere”<sup>18</sup>.

Ancora la concessione può consistere nella disposizione di un diritto o nell'assunzione di un obbligo nei confronti di un terzo, configurandosi in tal modo un contratto a favore di terzi (articolo 1411 c.c.)<sup>19</sup>. La

---

<sup>16</sup> Santoro-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 14

<sup>17</sup> CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di dir. civ.*, Torino, 1954, p. 56.

<sup>18</sup> Cass. 22 gennaio 1982, n. 427, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1318 ss.

<sup>19</sup> PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5, Torino, 1985, p. 327; Cass. 17 maggio 1982, n. 3050, in *Vita not.*, 1982, p. 1225 ss.

giurisprudenza ha infatti affermato che “*il contenuto delle concessioni reciproche può essere il più vario e può consistere anche nella rinuncia ad un diritto, cui corrisponda l'assunzione di un obbligo nei confronti di un terzo (nella fattispecie, alla rinuncia all'indennità di avviamento da parte del conduttore ha corrisposto l'impegno del locatore di concludere contratto di locazione con una terza persona), nel qual caso la transazione si configura come contratto a favore di terzo*”<sup>20</sup>.

Al contrario non si ritiene possibile una transazione per persona da nominare<sup>21</sup>.

Dal momento che le concessioni reciproche possono inerire a prestazioni estranee al rapporto controverso, come accade nella transazione mista, deve ritenersi concessione transattiva anche la prestazione di colui che, sorta, ad esempio, contestazione sulla proprietà del fondo che ritiene suo, paghi una somma di denaro a fronte della rinuncia dell'avversa pretesa, rendendo certo in tal modo il proprio diritto.

Dunque qualsiasi prestazione, possibile, lecita e determinata o determinabile, può costituire una concessione transattiva in quanto finalizzata a comporre un contrasto.

### **3. Natura giuridica.**

Una delle questioni maggiormente dibattute riguarda la natura giuridica della transazione.

La dottrina è divisa tra coloro che ritengono che la transazione abbia solo lo scopo di chiarire in via definitiva il rapporto controverso (concezione dichiarativa), e coloro che al contrario affermano che la transazione crea tra le parti una situazione nuova e certa, che

---

<sup>20</sup> Cass. 6 maggio 2003, n. 6861, in *Giust. civ. Mass*, 2003, 5.

<sup>21</sup> Cass. 12 luglio 1956, n. 2617, in *Foro it.*, 1956, I, 1275 ss.

sostituisce la situazione precedente che aveva dato origine alla controversia (concezione costitutiva)<sup>22</sup>.

### ***3.1 Concezione dichiarativa: critiche.***

L'idea centrale della teoria dichiarativa<sup>23</sup>, ad oggi minoritaria, è che l'effetto della transazione sia quello di riprodurre in modo certo la situazione giuridica litigiosa, o comunque incerta, in modo tale che la realtà successiva al negozio transattivo, o per meglio dire accertativo, sia corrispondente a quella precedente. In tal modo la transazione sarebbe assimilabile alla sentenza. Tra l'altro l'analogia di funzione tra i due istituti è proprio l'argomento per affermare la sostanziale identità del loro modo di incidere sulla situazione giuridica preesistente. All'interno di questa teoria, è possibile riscontrare due diverse posizioni in merito all'accertamento della situazione incerta: secondo alcuni avverrebbe con una ripetizione del comando precedente a scopo di accertamento; secondo altri, l'accertamento si concretizzerebbe in un vincolo a dare al rapporto preesistente la valutazione concordata nel negozio accertativo.

Secondo la prima interpretazione, dunque, il negozio che opera la chiarificazione, riporterebbe in modo certo ed inattaccabile, il comando originario, con la conseguenza che il negozio originario pur rimanendo identico e pur trovando la propria fonte nel rapporto originario, verrebbe chiarito e reso incontestabile col negozio transattivo.

Secondo l'altra tesi, invece, il negozio eliminerebbe l'incertezza non riproducendo la situazione preesistente, ma vincolando le parti ad interpretare il rapporto come concordato nel negozio di accertamento.

---

<sup>22</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 252.

<sup>23</sup> Maggiormente diffusa sotto il codice abrogato. G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931; BUTERA, *Delle transazioni*, Torino 1933; GROPALLO, *La natura giuridica della transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, p. 349 ss.; CARRESI, *La transazione*, Torino, 1934, p. 77 ss.

Le critiche sollevate tradizionalmente alla teoria dichiarativa muovono dalla considerazione che l'elemento essenziale e peculiare della transazione, come visto, sono le reciproche concessioni. Tale caratteristica non solo prescinde dalla corrispondenza del contenuto della transazione alla situazione precedente, ma al contrario sembra presupporre una sostanziale modifica di tale situazione pregressa.

La teoria dichiarativa traeva fondamento dall'articolo 1772 dell'abrogato codice civile del 1865 dove si prevedeva che “*le transazioni hanno tra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile*”. Tale disposizione non è stata riprodotta nel codice attuale.

Per di più il legislatore del 1942 ha introdotto nel nuovo codice l'articolo 1976 c.c.. Tale norma, prevedendo la possibile risoluzione per inadempimento della transazione, sembra avallare la tesi di coloro che attribuiscono carattere dispositivo all'istituto.

### ***3.2 Concezione costitutiva.***

Secondo i fautori della concezione costitutiva, caratteristica della transazione è quella di superare la lite dettando tra le parti un regolamento certo ed incontrovertibile.

Il primo elemento a favore della costitutività è stato ravvisato nelle reciproche concessioni.

Si è obiettato che è opinione pacifica<sup>24</sup> che le reciproche concessioni, come visto, si riferiscono alla pretesa e alla contestazione, non alla reale situazione giuridica dalla quale queste traggono origine, con la conseguenza che tale requisito non offre di per sé indicazioni sicure sulla innovatività della transazione rispetto al rapporto litigioso, in quanto è sempre possibile che le parti pur facendosi concessioni rispetto alle pretese iniziali, trovino poi l'accordo su una composizione

---

<sup>24</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.13.

della lite corrispondente in tutto e per tutto alla situazione preesistente<sup>25</sup>.

Inoltre, nell'ipotesi in cui la pretesa di una parte fosse totalmente infondata, e la realtà giuridica coincidesse totalmente con la pretesa dell'altra, la transazione potrebbe concludersi con il riconoscimento dei diritti di questa e con la costituzione o modificazione di rapporti diversi a titolo di concessione reciproca, come previsto dall'articolo 1965 comma 2 c.c. nel caso di transazione mista.

In tale ipotesi la transazione andrebbe a modificare rapporti estranei rispetto alla realtà giuridica, in relazione alla quale avrebbe solo carattere dichiarativo<sup>26</sup>.

Ulteriori argomenti avanzati a favore della costitutività della transazione sono stati l'obbligo della trascrizione disposto dall'articolo 2643 n. 13 c.c., e la prescrizione della forma scritta sancita dall'articolo 1350 n. 12 c.c. "*per le transazioni che hanno ad oggetto controversie relative a beni immobili*".

Anche i suddetti argomenti sono stati considerati non del tutto soddisfacenti, in quanto la trascrizione si giustificherebbe anche in caso di atto dichiarativo, dal momento che consentirebbe di far salvi i diritti dei terzi trascritti anteriormente alla trascrizione della transazione; la prescrizione formale si spiegherebbe anche se il contratto avesse solo lo scopo di chiarire la situazione giuridica relativa a beni immobili.

L'elemento decisivo a favore della costitutività del contratto di transazione sarebbe la risolubilità per inadempimento<sup>27</sup>.

Sotto la legislazione precedente il problema si poneva in senso opposto, perché non essendo esplicitamente prevista la risolubilità della

---

<sup>25</sup> CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, p. 8.

<sup>26</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 254.

<sup>27</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.71; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 328 e 338 ss.; PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Codice civile – Commentario* a cura di D'AMELIO e FINZI, *Delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p. 458.

transazione, e costituendo questo uno degli argomenti più dibattuti, la possibile risoluzione veniva ammessa o negata a seconda che si attribuisse o meno carattere costitutivo alla transazione stessa.

Dunque argomentando *a contrario*, se la transazione fosse un negozio dichiarativo, limitato solo alla riproduzione del rapporto contestato, la risoluzione non potrebbe aver luogo: in primo luogo non si potrebbe configurare la sinallagmaticità in un contratto che si limita solo a chiarire una situazione giuridica; in secondo luogo, la risoluzione sarebbe priva di effetti, in quanto avendo il negozio transattivo solamente riprodotto la situazione precedente, lo scioglimento del rapporto derivante dalla transazione, farebbe rivivere una situazione esattamente identica. A tal riguardo è certamente corretto riportare un'affermazione di autorevole dottrina secondo cui "non ha senso la risoluzione di un atto di accertamento"<sup>28</sup>.

Parte della dottrina, in particolare coloro che escludono l'ammissibilità nel nostro ordinamento della categoria del negozio di accertamento, sostiene che l'argomentazione principale a sostegno della natura costitutiva della transazione è la inconciliabilità dell'attività dispositiva esplicata dal privato mediante la costituzione di negozi giuridici, con la natura di accertamento che è tipica, invece, dell'attività giurisdizionale.

Di certo l'atto negoziale non può mai svolgere l'effetto tipico della sentenza: accertare in modo definitivo e con efficacia retroattiva la realtà di fatto e giuridica di una situazione presente o passata. Mediante l'esercizio dell'autonomia negoziale, il privato ha il potere di modificare la realtà giuridica, e di disporla per il futuro in conformità alle proprie decisioni, senza però avere il potere di svolgere un'interpretazione o un giudizio inerente alle situazioni passate.

E' possibile che un privato intenda accertare un rapporto già esistente adeguando ad esso la situazione giuridica futura, e può farlo chiarendo

---

<sup>28</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 71.

con un'azione di interpretazione il rapporto pregresso ed adeguando con un atto dispositivo la situazione giuridica all'oggetto dell'accertamento stesso, ma nessuna certezza può esservi che l'attività di accertamento non sia immune da errore. Il potere di accertare in via definitiva, e di vincolare l'ordinamento all'accertamento del rapporto, è una funzione esclusiva dello Stato, dell'attività giurisdizionale<sup>29</sup>.

Tale argomentazione potrebbe essere rivisitata alla luce delle recenti novità inerenti il potere dispositivo del giudice.

Se è vero che la funzione giurisdizionale sta avendo sempre maggiori poteri dispositivi, in passato categoricamente esclusi, potrebbe facilmente ammettersi un maggiore potere di accertamento in capo ai privati. Infatti se il giudice ha la possibilità di intervenire unilateralmente nel rapporto tra i privati e disporre dei diritti, non si vede perché il privato stesso non possa avere maggiore margine di accertamento.

I fautori dell'ammissibilità nel nostro ordinamento dei negozi di accertamento sostengono che il riconoscimento del figlio naturale costituirebbe un tipico caso di negozio di accertamento; l'accertamento costituirebbe un modo di esercizio del potere dispositivo, e una esplicazione di tale potere avverrebbe quando le parti dichiarano di avere concluso un determinato negozio.

Nel riconoscimento del figlio naturale il fatto della procreazione rileva giuridicamente quando sia accertato o dal privato o da una sentenza<sup>30</sup>.

Altra parte della dottrina osserva però che la natura negoziale del riconoscimento del figlio naturale deriva dall'intento di costituire il rapporto di filiazione, quindi da un intento dispositivo<sup>31</sup>.

Affermando la natura costitutiva della transazione, dunque, si afferma che la transazione non muta il rapporto precedente, ma obbliga le parti

---

<sup>29</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 256.

<sup>30</sup> COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, p. 84-85.

<sup>31</sup> PIETROBON, *Riconoscimento del figlio naturale e incapacità di intendere e volere*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 469 ss.

a comportarsi come se il rapporto fosse stato realizzato in un determinato modo. A sostegno di tale conclusione si è detto che dopo una transazione o un negozio di accertamento relativi alla validità di una compravendita, il terzo che ne abbia interesse sarà sempre legittimato a dimostrare che la vendita originaria era invalida e che il trasferimento del bene è avvenuto solo con il negozio successivo. Volendo fare un'ipotesi concreta, se l'alienante vende il bene ad un terzo, dopo la compravendita originaria ma prima della transazione o del negozio di accertamento, questi può dimostrare l'inefficacia della vendita e conseguentemente la priorità dell'acquisto. Ancora, il terzo che eserciti l'azione revocatoria potrà sempre dimostrare che a causa dell'invalidità del negozio originario, il credito è sorto solo con la transazione.

L'irrilevanza della transazione verso i terzi, per quanto riguarda il rapporto preesistente, vale sia per i rapporti obbligatori che per quelli che hanno ad oggetto diritti reali, come si può ricavare facilmente dagli articoli 1304 e 1320 c.c. che nelle obbligazioni solidali e indivisibili disciplinano l'ipotesi della transazione conclusa tra una parte e uno dei con creditori o condebitori. Alla luce di tali disposizioni la transazione ha effetti solo tra i soggetti che l'hanno conclusa, ma non tocca il rapporto obbligatorio nel suo complesso, e conseguentemente la posizione degli altri soggetti, salvo che anche costoro ne vogliano profittare.

Sotto questo aspetto, risulta evidente la differenza con gli effetti della sentenza, per la quale nonostante il dibattito dottrinale è difficile affermare una assoluta irrilevanza nei confronti dei terzi.

Alla luce di tali considerazioni l'unico strumento che i privati hanno a disposizione per chiudere una controversia, o per eliminare una incertezza, è quello di costituire un rapporto che prescindendo dalla corrispondenza con la situazione preesistente per validità ed efficacia. Se infatti il rapporto derivante dalla transazione o dal negozio di

accertamento potesse essere messo in discussione in caso di difformità da quello contestato, non si raggiungerebbe mai il superamento sicuro della controversia, perché l'efficacia della nuova situazione dipenderebbe dall'esattezza del giudizio dato dalle parti sulla realtà controversa, sulla base del quale si è conclusa la transazione o l'accertamento negoziale; e poiché dell'esattezza di tale giudizio non può esservi certezza, nulla assicura che le questioni attinenti al rapporto controverso non si riaprano nella nuova situazione<sup>32</sup>.

Il chiarimento definitivo della situazione incerta può, secondo i sostenitori di tale teoria, essere realizzato solo mediante la costituzione di un rapporto che prescindenda dalle caratteristiche e dal contenuto di quello precedente.

A ben vedere la funzione tipica della transazione è proprio il superamento definitivo della lite, e conseguentemente il modo di operare della transazione dovrebbe prescindere del tutto dal rapporto preesistente. Tale conclusione troverebbe conferma nell'articolo 1969 c.c. che esclude la rilevanza dell'errore di diritto sulle questioni controverse. L'irrilevanza della falsa rappresentazione delle parti sulla situazione controversa indicherebbe che con la transazione si crea un rapporto che non accerta la realtà litigiosa, ma supera la controversia prescindendo da ogni accertamento<sup>33</sup>.

Dunque la soluzione della controversia non viene raggiunta attraverso l'accertamento della situazione litigiosa, ma attraverso l'accordo delle parti di determinare il loro rapporto in modo definitivo e del tutto autonomo.

Certo ciò non toglie la possibilità di una perfetta coincidenza tra il rapporto contestato e quello successivo alla transazione, ma in tale circostanza, la situazione successiva coincide con la preesistente per

---

<sup>32</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 259.

<sup>33</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 160.

determinazione del negozio transattivo, rendendo in tal modo incontestabile il carattere dispositivo di tale atto<sup>34</sup>.

#### **4. Altri modi di composizione della lite.**

Svariati sono gli strumenti attraverso cui si può raggiungere il risultato di porre fine ad una lite: tale risultato può essere raggiunto ad opera delle parti stesse, ad opera di un terzo privato, o ad opera del giudice.

La transazione è uno strumento di autocomposizione della lite che si caratterizza per la necessità delle reciproche concessioni, insieme con la *cessio bonorum* forma la categoria dei contratti diretti a dirimere una controversia, con la differenza che, mentre la *cessio bonorum* mira ad evitare la procedura esecutiva, la transazione prende il “posto” della sentenza<sup>35</sup>.

Tuttavia l'attività genericamente preposta a tal fine è l'accertamento giurisdizionale.

Il giudice ha il compito affidatogli dall'ordinamento di dirimere le liti. Alla funzione giurisdizionale è connesso un interesse pubblico, in quanto lo Stato deve provvedere, attraverso la predisposizione di un proprio organo, indipendente dal potere legislativo e dall'esecutivo, a dirimere le controversie che possono sorgere tra i cittadini, e ciò al fine di mantenere un ordine sociale, e prevenire che il privato possa farsi giustizia da sé. Il giudice esercita il proprio potere “dichiarando il diritto”<sup>36</sup>, *ius dicere* è la formula da cui il giudice trae il suo nome,

---

<sup>34</sup> PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Codice civile – Commentario* a cura di D'AMELIO e FINZI, *Delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p. 458 ss, in tale circostanza parla di effetto innovativo ed non traslativo della transazione.

<sup>35</sup> E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1450.

<sup>36</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 16

accerta le posizioni di fatto e di diritto delle parti in lite, e applica la volontà della legge al caso concreto.

Dunque l'attività del giudice è un'attività di accertamento.

E' però utile dar conto dell'evoluzione che negli ultimi anni ha subito e sta subendo l'attività giurisdizionale. Accanto alla funzione meramente dichiarativa, il giudice sta svolgendo sempre più una funzione di riequilibrio delle prestazioni all'interno dei contratti. Caduto il dogma dell'intangibilità del preliminare<sup>37</sup>, in base al quale il giudice non poteva modificare i termini contrattuali stabiliti nel preliminare, in sede di esecuzione in forma specifica ex articolo 2932 c.c., oggi è concesso al giudice intervenire sulla volontà delle parti e riportare il contratto ad equità. A sostegno di tali affermazioni è possibile ricordare anche la pronuncia della Suprema Corte<sup>38</sup> che ha concesso al giudice il potere di ridurre una clausola penale eccessivamente onerosa.

La composizione giurisdizionale si affianca, ma non si sostituisce alla autonomia privata. Le parti possono liberamente scegliere di adire le vie giurisdizionali, o possono preferire comporre la lite attraverso gli altri strumenti offerti dalla legge.

All'infuori dell'accordo transattivo, è possibile che le parti preferiscano mettere fine alla lite con un negozio che prescinda dalle reciproche concessioni, adottando una soluzione che corrisponda esattamente alla pretesa o alla contestazione inizialmente formulate. In tal caso si configura un riconoscimento (se risulta accolta la pretesa) o una rinuncia (se la pretesa risulta abbandonata)<sup>39</sup>.

Anche il riconoscimento o la rinuncia, così come la transazione, possono essere attuati sia o meno la lite stata dedotta in giudizio; nel primo caso sia in sede stragiudiziale che alla presenza del giudice. In

---

<sup>37</sup> Cass. civ., sez. II, 16 luglio 2001 n. 9636, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1402.

<sup>38</sup> Cass. civ., sez. I, 24 settembre 1999 n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1929, con nota di A. CALMIERI, *La ridicibilità << ex officio >> della penale e il mistero delle << liquidated damages causes >>*.

<sup>39</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 46.

quest'ultima ipotesi è corretto parlare di conciliazione come previsto nell'articolo 185 c.p.c.

Parte della dottrina<sup>40</sup>, in passato, aveva tratto dalla previsione legislativa della conciliazione argomento per sostenere la natura dichiarativa dei negozi che pongono fine alla lite, e conseguentemente aveva confermato la categoria dei negozi di accertamento. Si sosteneva che dal momento che la conciliazione può avvenire non solo raggiungendo un'intesa mediana tra le posizioni contrastanti, ma anche con l'accoglimento totale di una di esse, in tal caso il negozio sarebbe assimilabile in tutto alla sentenza del giudice.

La conciliazione tuttavia, come ha potuto sottolineare autorevole dottrina<sup>41</sup>, non è un negozio giuridico, è solo un modo di composizione delle lite. Se dunque si caratterizza per il fatto che avviene alla presenza del terzo (che può o meno essere l'autorità giurisdizionale), non si distingue dai negozi di cui le parti possono servirsi per raggiungere la composizione della lite; in realtà le parti con la conciliazione aggiungono l'elemento della giudizialità ad un diverso negozio conciliativo.

Dunque la legge attribuisce efficacia esecutiva al verbale di conciliazione (185, 320, 322 c.p.c.), che non risulta assimilabile alla sentenza del giudice, ma piuttosto ai titoli esecutivi negoziali ricevuti da un pubblico ufficiale<sup>42</sup>.

Le parti possono anche accordarsi per deferire la soluzione della controversia ad un terzo privato: l'arbitro.

Attraverso tale accordo, rientrante nell'ambito dell'autonomia privata, le parti non compongono direttamente la lite, ma stabiliscono lo strumento per la composizione.

---

<sup>40</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p.51.

<sup>41</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.47

<sup>42</sup> T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 12 febbraio 2007, n. 144, in *Foro amm.* TAR 2007, 2 671; Cassazione civile 18 aprile 2003, n. 6288, in *Giust. civ. Mass.*, 2003,4; Cass. 31 luglio 1952, n. 2299, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, p. 311; Cass. 20 luglio 1951, n. 2037, in *Foro it.*, 1952, I, p. 822.

Quanto al terzo privato, varia può essere l'attività che gli viene richiesta: la composizione di un conflitto giuridico, di una lite, di un conflitto di interessi, semplicemente la determinazione di un elemento negoziale. In questa ultima ipotesi non si parlerà di arbitrato, bensì di arbitramento<sup>43</sup>, disciplinato nel codice civile dall'articolo 1349, relativo all'oggetto del contratto.

Si distingue all'intero di tale istituto *arbitrium boni viri* (quando il terzo è chiamato a pronunciarsi con equo apprezzamento) e *arbitrium merum* ( quando il terzo può decidere con mero arbitrio), e solo nel primo caso è prevista la possibile sostituzione ad opera dell'organo giurisdizionale ogni volta che la determinazione sia manifestamente iniqua, erronea, o venga del tutto a mancare (articolo 1349 comma 1 c.c.).

Nell'ipotesi del *merum arbitrium*, tale sostituzione non è prevista, e non sarebbe possibile, proprio per la libertà concessa al terzo nella determinazione dell'elemento negoziale. Nel caso in cui tale determinazione dovesse mancare e le parti non dovessero accordarsi per un'altra soluzione, il negozio dovrà essere considerato incompleto. L'unica ipotesi di intervento del giudice è l'impugnativa in caso di *mala fide* (articolo 1349 comma 2 c.c.).

Nonostante la differente disciplina, i due tipi di arbitramento comportano attività sostanzialmente uguali, sebbene parte della dottrina avesse affermato in passato che il *bonus vir*, applicando norme tecniche svolgerebbe un'attività solo dichiarativa, mentre l'*arbitrium merum* svolgerebbe un'attività di per sé costitutiva<sup>44</sup>.

La dottrina prevalente, affermata la natura costitutiva delle due specie di attività, sostiene il carattere volitivo dell'attività dell'arbitratore, che si affianca alle parti nella determinazione dell'oggetto del contratto.

---

<sup>43</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 48.

<sup>44</sup> G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923, p. 56 ss; *contra* SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitri del terzo*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, II, p. 276 ss.

L'atto di volontà del terzo è dunque un autonomo negozio giuridico, ausiliario rispetto al negozio principale, con una sua propria rilevanza ed efficacia, soggetto in tutto alla disciplina dei negozi giuridici<sup>45</sup>.

La situazione è differente nel caso in cui le parti preferiscano adire il terzo per la composizione di una lite.

In tale ipotesi, le parti invece di ricorrere al giudice, si accordano per deferire il contrasto ad un terzo, e tale accordo prende il nome di compromesso.

E' utile ricordare che dal compromesso (disciplinato negli articoli 806 e 807 c.p.c.<sup>46</sup>) che presuppone una lite già insorta, deve tenersi distinta la clausola compromissoria (disciplinata nell'articolo 808 c.p.c.), che viene inserita in un contratto per disciplinare le liti che potranno insorgere dallo stesso.

In passato il legislatore aveva accostato la transazione al compromesso, laddove aveva escluso la compromissione per le controversie che non potevano essere oggetto di transazione (articolo 806 c.p.c. vecchio rito<sup>47</sup>), ma non per questo motivo, già allora, si poteva affermare l'identità sostanziale fra i due istituti<sup>48</sup>.

Il compromesso non è di per sé un negozio di composizione della lite, ma è un accordo con cui le parti affidano la controversia all'arbitro; in secondo luogo l'attività dell'arbitro è diversa dall'attività delle parti, si conclude con il lodo cui la legge conferisce l'efficacia della sentenza (articolo 825 comma 1 c.p.c.).

Di certo l'arbitro svolge un'attività di accertamento, e a differenza di quanto visto per l'arbitramento, non compie un atto di volontà. La

---

<sup>45</sup> Cass. 12 luglio 1951, n. 1930, in *Foro it., Rep.* 1951, voce *Arbitrato irrituale*, nn. 4-5.

<sup>46</sup> Articoli modificati in seguito alla riforma del codice di procedura civile attuata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

<sup>47</sup> Articolo 806 c.p.c. vecchio rito: "*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 429 e 459, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione*".

<sup>48</sup> VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 235 ss.

stessa disciplina delle impugnazione conferma che la legge considera il lodo un atto di accertamento.

Le argomentazioni testuali a fondamento dell'accostamento tra i due istituti sono venuti meno in seguito alla riforma del codice di procedura civile attuata con il d.lgs, 2 febbraio 2006, n. 40. Oggi infatti nel novellato articolo 806 c.p.c. è scomparso qualsiasi riferimento alle controversie.

## CAPITOLO II

### IL CONTRATTO DI TRANSAZIONE

#### 1. Contrattualità della transazione.

La transazione è disciplinata insieme con gli altri contratti nominati, e l'articolo 1965 c.c. definisce la transazione “il contratto”.

E' utile premettere che l'interprete del diritto può discostarsi dalle definizioni legislative, essendo il legislatore competente a regolare un istituto non a definirlo; è l'interprete il soggetto deputato a definire concettualmente un istituto in base al regolamento legislativo<sup>49</sup>.

La dottrina meno recente considerava la transazione a volte come una causa generale di acquisto e perdita dei diritti, talora con una ingiustificata limitazione ai rapporti obbligatori, altre come un mezzo di tutela dei diritti, da collocare accanto alla sentenza<sup>50</sup>.

Secondo un'interpretazione più evoluta la transazione non avrebbe una funzione specifica, non si tratterebbe di un negozio giuridico tipico, ma di un mezzo di rafforzamento dei contratti, o per meglio dire uno speciale modo di essere dei contratti stessi; la stessa causa della transazione sarebbe determinata in modo poco circostanziato dall'ordinamento giuridico<sup>51</sup>.

In senso contrario in passato si era sottolineato che la causa della transazione, proprio perché si tratta di un contratto nominato, è puntualmente determinata dalla legge e consiste nella composizione

---

<sup>49</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 89.

<sup>50</sup> G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931, p. 13 ss; POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921, p. 8; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, estratto dagli Annali dell'Università di Messina, Vol. VII, 1934-35, p. 53.

<sup>51</sup> DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva*, in “Archivio giuridico Filippo Serafini”, 1948, p. 182 ss.; ASCARELLI, *L'astrattezza nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 390, nota 1, nel distinguere i negozi astratti da quelli causali, afferma che in questi ultimi la causa è più o meno circostanziata, e porta come esempi di causa meno circostanziata la transazione e il contratto di società, “ove i conferimenti dei singoli soci possono essere di contenuto profondamente diverso tra loro anche in uno stesso contratto”. Si obietta che sembra fare riferimento alle prestazioni: sono queste che possono assumere, nella transazione o nella società, il contenuto più vario.

della lite attraverso le reciproche concessioni. Tale affermazione poteva trovare fondamento nella vecchia concezione della causa quale funzione economico sociale del contratto. Oggi che la causa viene sempre più considerata come lo scopo pratico realizzato dallo specifico negozio, può affermarsi che l'utilizzo di un contratto nominato, legalmente previsto, implica di per sé conformità all'ordinamento dello schema di operazione economica impiegato, ma è sempre necessario verificare in concreto la liceità e meritevolezza dell'assetto di interessi attuato, alla stregua delle circostanze e dei modi di conclusione del contratto e della qualità dei soggetti<sup>52</sup>.

La natura contrattuale è contestata da parte di una dottrina minoritaria, che ha affermato che mancherebbe nella transazione l'unità volitiva caratteristica del contratto, il *quorum in idem placitum consensus*: la causa sarebbe specifica e unitaria, ma diverso sarebbe l'oggetto delle volizioni<sup>53</sup>.

Secondo tale interpretazione la transazione non sarebbe un contratto, ma la combinazione, il collegamento di due negozi reciprocamente condizionati, dei quali uno sarebbe sempre la rinuncia o il riconoscimento, totale o parziale, della pretesa, e questo sarebbe il tratto caratteristico e indefettibile dell'istituto.

La tesi riportata può essere smentita sotto vari punti: innanzitutto è improprio il riferimento alla condizione, soprattutto alla condizione reciproca, dal momento che oggetto della questione non è l'efficacia della composizione transattiva, ma il nesso costitutivo tra il *datum* e il *retentum* che la caratterizzano; in secondo luogo la tesi è inaccettabile perché unico è l'oggetto della transazione, così come unica è la sostituzione giuridica che con essa si determina. Unico è l'oggetto che consiste nella situazione giuridica litigiosa, e unitario è l'assetto degli interessi in contrasto: la composizione transattiva di una lite sulla

---

<sup>52</sup> BOCCHINI-QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2006, p. 622.

<sup>53</sup> CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 187 ss; D'ONOFRIO, *Scritti giuridici per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli, 1954, p. 193 ss.

situazione giuridica preesistente non determina due nuove situazioni giuridiche fra loro complementari, quali discenderebbero da due negozi distinti, seppure collegati, ma una situazione unica, generata dall'incontro delle volontà, come accade nei contratti.

Nella transazione vi è un accordo volto al superamento della lite.

Del resto non può ravvisarsi nelle reciproche concessioni una rinuncia e un riconoscimento, seppure collegati, perché la funzione della transazione non risulta dalla somma né dalla combinazione delle funzioni proprie di ciascuna di queste figure, ed anzi risulta con esse incompatibile<sup>54</sup>.

Infatti a parte la problematica inerente il carattere negoziale del riconoscimento, non avrebbe alcun senso riconoscere in cambio (o a condizione) di qualcosa. La stessa rinuncia opera *ex se* senza possibilità di accettazione o di una contropartita.

Al contrario le reciproche concessioni sono mutuamente proposte e accettate e sopportate, come momenti di un'unica volontà, alla quale partecipano entrambi i soggetti della transazione<sup>55</sup>.

Tra l'altro la tesi che nega la contrattualità dell'istituto in esame non sarebbe utile per individuare la disciplina da applicare. Il riferimento ai due negozi in cui viene scomposta la transazione, rinuncia e riconoscimento, sarebbe fine a se stesso, in quanto non sarebbe applicabile alla transazione la disciplina propria di questi.

Del pari inaccettabile è la configurazione delle ipotesi complesse, nelle quali la dottrina criticata scorge un collegamento della rinuncia o del riconoscimento con un diverso negozio di per sé estraneo allo schema transattivo, come per esempio una donazione o una compravendita. Anche in tali casi non viene meno l'unità del contratto: la donazione o la compravendita e la rinuncia o il riconoscimento non possono essere

---

<sup>54</sup> NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, estratto dagli Annali dell'Università di Messina, Vol. VII, 1934-35, p. 55 ss.

<sup>55</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 92.

considerati negozi distinti, seppure collegati e reciprocamente condizionati: la donazione presuppone l'*animus donandi*, viceversa l'attribuzione fatta per far rinunciare ad una pretesa, anche se non ha un prezzo, ha un corrispettivo incompatibile con la donazione. Potrebbe anche concorrere un elemento di liberalità nella causa della transazione, configurandosi una figura di *negotium mixtum cum donatione*, ma in tale ipotesi si avrebbe una situazione causale complessa.

I dubbi in merito alla contrattualità della transazione emergono da una peculiarità dell'istituto: l'attitudine ad assumere il contenuto più vario, in relazione alla funzione di composizione della lite.

Infatti non solo la transazione si presta a regolare rapporti diversi da quello controverso (articolo 1965, comma 2, c.c.), ma la stessa transazione pura o semplice può avere per oggetto prestazioni profondamente diverse.

La dottrina prevalente considera la transazione un contratto, e specificatamente un contratto di natura dispositiva<sup>56</sup>.

La transazione produce, infatti, costantemente effetti dispositivi, e solo eventualmente effetti traslativi. L'effetto traslativo si ha ex articolo 1965 comma 2 c.c. nel caso in cui si trasferiscano diritti (ad esempio quando uno dei contraenti abbandona integralmente la propria pretesa a fronte del trasferimento di un altro diritto).

L'effetto dispositivo spiega anche perché le disposizioni relative alla cosa controversa non siano garantite contro l'evizione<sup>57</sup>.

Dall'autoregolamento transattivo scaturiscono un'azione ed un'eccezione: l'azione per ottenere l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto; l'*exceptio rei per transactionem finitae*, che

---

<sup>56</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p.72; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 142.

<sup>57</sup> VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 356.

preclude la possibilità di far valere una diversa consistenza della situazione giuridica sulla quale si è transatto.

In merito agli elementi accidentali del negozio giuridico, la funzione di comporre la controversia consente di riferire la condizione ed il termine tanto alla funzione stessa, subordinandone l'efficacia al verificarsi dell'evento o allo spirare del termine iniziale o finale, quanto alle prestazioni oggetto delle concessioni reciproche, senza coinvolgere il definitivo superamento della lite. Conseguentemente potrà essere oggetto di concessione sia un diritto già sottoposto a condizione o termine, che un diritto al quale tale limitazione sia impressa dalla volontà dei contraenti.

Qualche perplessità è sorta in dottrina in ordine alla possibilità di apporre un termine finale. Infatti tale limitazione di efficacia non consentirebbe un componimento definitivo della lite, e priverebbe la transazione "del suo fondamento essenziale"<sup>58</sup>.

In realtà la disciplina della transazione potrebbe essere facilmente applicata ad un accordo diretto a risolvere solo provvisoriamente la lite mediante reciproche concessioni. Tale accordo potrebbe anche valere come un *gentlemen's arrangement*, cioè come un contratto atipico con il quale le parti convengono una tregua, sottratto al regime della transazione, ma ciò nell'ipotesi in cui non vengano poste in essere reciproche concessioni. Viceversa è proprio la sussistenza delle reciproche concessioni a far ritenere realizzata la funzione della transazione, ed a rendere applicabile la relativa disciplina.

## **2. Soggetti e requisiti soggettivi.**

Passando ad esaminare la struttura contrattuale va premesso che i soggetti del rapporto contrattuale e l'oggetto, possono essere qualificati

---

<sup>58</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1970 p. 248.

come i termini del negozio, ed i relativi requisiti, oggettivi e soggettivi, sono quelli necessari affinché il negozio possa essere validamente ed efficacemente compiuto.

Requisiti generali di idoneità dei soggetti a compiere negozi giuridici sono la capacità giuridica e la capacità di agire. Per la capacità giuridica non esiste una disciplina speciale con riguardo al contratto di transazione.

La capacità di agire e il potere di agire, che diventano capacità di transigere e potere di transigere, trovano apposita disciplina nell'articolo 1966 c.c., e in altre norme sparse qua e là nel codice.

L'articolo 1966 c.c. nel primo comma stabilisce che *“per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite”*; nel secondo aggiunge che *“la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti”*.

L'interpretazione di tale norma non è concorde in dottrina<sup>59</sup>.

Secondo una prima tesi, il primo comma dell'articolo farebbe riferimento alla capacità d'agire generale, mentre il secondo farebbe riferimento alla posizione delle parti rispetto all'oggetto della lite, cioè alla c.d. capacità di disporre<sup>60</sup>, con la conseguenza che, mentre in mancanza di quest'ultima verrebbe sancita espressamente la nullità, in mancanza dell'altra troverebbe applicazione l'articolo 1425 c.c., il quale prevede la semplice annullabilità<sup>61</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene che l'articolo in esame non contempli la capacità d'agire generale, ma si riferisca nel primo comma alla

---

<sup>59</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 96.

<sup>60</sup> PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile, Libro delle obbligazioni*, II, 2 Firenze, 1949, p.466.

<sup>61</sup> E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1456.

legittimazione a transigere e nel secondo all'oggetto del contratto di transazione<sup>62</sup>.

Potrebbe anche sostenersi che i due commi dell'articolo 1966 c.c. abbiano il medesimo ambito: la legittimazione al contratto di transazione o potere di transigere, e in caso di difetto la previsione della nullità.

Un ulteriore orientamento<sup>63</sup> sostiene che l'articolo 1966, comma 1, c.c., di incerta formulazione, faccia riferimento tanto alla capacità di agire generale, quanto allo specifico potere di agire in riferimento ai rapporti sui quali incide la transazione (c.d. legittimazione). Questo potere è attribuito dalla legge, con le opportune limitazioni, alla persona che sostituisce nell'attività giuridica l'interessato incapace di agire; lo stesso potere può però essere tolto all'interessato capace di agire, attraverso un atto di autonomia privata o per previsione legislativa, e può essere attribuito ad un terzo. Tale tesi concorda con la precedente impostazione nel ritenere che il secondo comma dell'articolo in esame non concerna i soggetti della transazione e i relativi requisiti, ma l'oggetto della medesima.

In dottrina si ritiene che la transazione non possa essere considerata un atto eccedente l'ordinaria amministrazione<sup>64</sup>, in quanto la capacità di disporre dei diritti litigiosi non si identifica con la capacità o il potere di compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Non può contrapporsi, in generale, la disposizione all'amministrazione, poiché anche nella sfera più limitata dell'amministrazione ordinaria rientrano atti di disposizione in senso tecnico. Conseguentemente anche a voler ritenere che l'articolo 1966, comma 1, c.c. faccia riferimento alla disposizione in senso tecnico, e non alla legittimazione al negozio, può

---

<sup>62</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p. 128; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 48 ss; RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 208. Cass. 16 febbraio 1957, n. 565, in *Foro it., Mass.*, 1957, p. 111.

<sup>63</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 97.

<sup>64</sup> Cass. 17 marzo 1953, n. 663 in *Giust. Civ.*, I, 1953, p. 849.

considerarsi abilitato alla transazione anche chi ha solo la capacità o il potere di compiere atti di ordinaria amministrazione in relazione all'oggetto della transazione stessa: più precisamente deve riconoscersi la capacità o il potere di transigere una controversia a colui che ha la capacità o il potere di compiere l'atto idoneo a dar vita alla situazione giuridica controversa<sup>65</sup>.

Sono capaci di transigere le persone fisiche che con il raggiungimento della maggiore età, hanno acquistato la piena capacità di agire, cioè di compiere "*tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa*" (articolo 2 c.c.).

Il minore ha il potere di transigere nelle ipotesi in cui la legge gli attribuisce una speciale capacità di agire: ad esempio l'articolo 3 c.c. consente di stipulare contratti di lavoro e di esercitare i diritti e le azioni che ne dipendono, conseguentemente il minore lavoratore potrà anche transigere le controversie relative, salvo le cautele richieste dalla legge in considerazione all'oggetto della transazione.

Per quanto riguarda il potere di transigere dell'incapace è regolato da norme diverse nel codice civile a seconda che spetti al genitore esercente la patria potestà o al tutore.

Il genitore, esercente la patria potestà, in virtù dell'articolo 320 comma 3 c.c., non può né transigere né promuovere giudizi relativi agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, salvo la necessità ed utilità evidente per il figlio e con l'autorizzazione del giudice tutelare; diversamente non incontra limiti il suo potere di transigere per le transazioni relative ad atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione<sup>66</sup>.

Tale disciplina conferma la tesi secondo cui la transazione, nel nostro ordinamento, non è *ex se* un atto eccedente l'ordinaria

---

<sup>65</sup> Cass. 7 agosto 1935, n. 3399, in *Foro it., Rep.*, 1935, *Transazione*, n.11.

<sup>66</sup> MIRABELLI, *I c.d. atti di amministrazione. Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 367; CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p. 127; App. Roma 21 gennaio 1953, in *Foro it., Rep.*, 1954, *Minore*, n.17.

amministrazione: diviene tale quando si riferisce ad atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, e per tale motivo è poi assoggettata alle stesse autorizzazioni.

Parte della dottrina ha anche parlato di un "negozio di secondo grado", mettendo in rilievo il carattere secondario della transazione che deriva dalla idoneità a regolare rapporti diversi per la composizione della lite<sup>67</sup>.

In merito alla disciplina prevista dagli articoli 372 ss. c.c. per il minore sottoposto a tutela, è facile notare che l'articolo 375 comma 1 n. 4 c.c., fra gli atti per i quali è necessaria l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare, include la transazione senza operare alcuna distinzione. Seguendo il dato letterale il tutore, differentemente dal genitore, non potrebbe transigere se non autorizzato, anche con riguardo ad atti che egli potrebbe compiere liberamente in quanto rientranti nell'ordinaria amministrazione. Tra l'altro avrebbe bisogno dell'autorizzazione più solenne: quella del tribunale su parere del giudice tutelare.

La dottrina ha correttamente osservato che la norma deve essere interpretata in analogia con l'articolo 320 comma 3 c.c., con la conseguenza che il tutore potrà transigere senza autorizzazione le controversie relative ad atti per i quali non è necessaria alcuna autorizzazione; negli altri casi, l'autorizzazione spetterà al giudice tutelare o al tribunale su parere del giudice tutelare, a seconda che la transazione si riferisca ad atti menzionati nell'articolo 374 c.c. o nell'articolo 375 c.c.<sup>68</sup>.

Controverso è, invece, il potere di transigere, senza assistenza, del minore emancipato e dell'inabilitato.

---

<sup>67</sup> BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, p. 374; TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di E. Eula*, II, Milano, 1957, p. 484.

<sup>68</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 103.

Questi soggetti godono di una limitata capacità di agire per gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione. Per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, il legislatore ha posto una disciplina differenziata<sup>69</sup>: per alcuni è necessaria, oltre al consenso del curatore, l'autorizzazione del giudice tutelare, per altri, gli atti elencati nell'articolo 375 c.c., se curatore non è il genitore, l'autorizzazione deve essere data dal tribunale su parere del giudice tutelare. Dato il richiamo all'articolo 375 c.c., è possibile fare lo stesso ragionamento fatto per gli incapaci.

La legge 9 gennaio 2004 n. 6 ha introdotto il titolo XII capo I, nel libro primo del codice civile. La nuova normativa disciplina l'amministrazione di sostegno, istituto volto alla tutela di persone prive in tutto o in parte di autonomia. L'amministratore di sostegno viene nominato dal giudice tutelare con decreto, nel quale tra l'altro vanno indicati espressamente gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore, e gli atti che l'amministratore può compiere in nome e per conto del beneficiario. Conseguentemente in merito alle problematiche oggetto di analisi, il potere di transigere può essere o meno di competenza dell'amministratore di sostegno, in questo caso, in relazione alle autorizzazioni troverebbe applicazione nuovamente l'articolo 375 c.c., espressamente richiamato dall'articolo 411 c.c., con la peculiarità che l'autorizzazione sarebbe sempre concessa dal giudice tutelare.

La legge conferisce anche in altre ipotesi il potere di transigere ad un soggetto diverso da quello nella cui sfera giuridica si producono gli effetti della transazione.

L'immesso nel possesso temporaneo dei beni dell'assente può validamente compiere transazioni nell'ambito dell'ordinaria amministrazione (articolo 52 c.c.).

---

<sup>69</sup> L'articolo 394 c.c. dettato per il minore emancipato si applica all'inabilitato in forza del richiamo dell'articolo 424 c.c..

L'inerenza della lite alla titolarità dei beni dell'assente o comunque ad atti di alienazione o costituzione di pegno od ipoteca implica, invece, che la transazione possa essere conclusa solo "per necessità o utilità evidente" e con l'autorizzazione del tribunale (articolo 54 c.c.).

Prima delle modifiche apportate alla legge fallimentare (R.d. 16.3.1942 n. 267) dal d.lgs. 9.01.2006 n. 5, l'articolo 35 concedeva al curatore la possibilità di transigere con l'autorizzazione del giudice delegato, e se "l'atto" era di valore indeterminato o superiore a lire duecentomila, l'autorizzazione doveva essere data, su proposta del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, dal tribunale con decreto motivato non soggetto a gravame. In ogni caso "in quanto possibile" doveva essere sentito il fallito.

Il nuovo articolo 35 della legge fallimentare per le transazioni richiede l'autorizzazione del comitato dei creditori e la preventiva comunicazione al giudice delegato, salvo che siano state già approvate dal medesimo nel programma di liquidazione ai sensi dell' articolo 104-*ter* legge fall..

L'autorizzazione del tribunale è richiesta anche in altri casi, senza però che valga ad integrare la capacità di transigere del soggetto e conseguentemente senza costituire un elemento necessario per la validità del negozio.

Infatti l'erede che ha accettato l'eredità con beneficio di inventario decade dallo stesso, se transige relativamente ai diritti su beni ereditari "*senza l'autorizzazione giudiziaria, e senza osservare le forme prescritte dal codice di procedura civile*" (articolo 493 comma 1 c.c.), a meno che la transazione riguardi beni mobili, ed intervenga "*trascorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettare con beneficio di inventario*" (articolo 493 comma 2 c.c.).

La decadenza dal beneficio di inventario costituisce una sanzione a carico dell'erede che, anche se legittimato al contratto<sup>70</sup>, compiendo un atto di disposizione senza autorizzazione, può pregiudicare l'interesse dei terzi creditori all'eredità. Tuttavia parte della dottrina, attraverso un'interpretazione *a contrario* dell'articolo 493 comma 1 c.c., sostiene che la decadenza non abbia luogo quando la transazione rientri nell'ambito dell'amministrazione dei beni ereditari spettanti all'erede beneficiario<sup>71</sup>.

In virtù del rinvio contenuto nell'articolo 531 c.c., è tenuto a richiedere l'autorizzazione anche il curatore dell'eredità giacente, il quale, in difetto, dovrà ritenersi responsabile per colpa.

Non è richiesta autorizzazione per la transazione del chiamato a titolo di erede. Questi vi è legittimato, con efficacia limitata alla sfera dell'eredità, nell'ambito dell'amministrazione contemplata dall'articolo 460 c.c.. Qualora il contratto esorba da tale ambito, la sua conclusione avrà il valore di accettazione tacita dell'eredità (articolo 476 c.c.).

Per quanto riguarda le persone giuridiche, dal momento che manca un'espressa limitazione da parte della legge, deve riconoscersi una capacità di transigere generale, salvo poi stabilire l'organo competente a concludere la transazione. L'articolo 2393 comma 6 c.c., successivo alla riforma del diritto societario attuata con d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, dispone che le società per azioni possono transigere sul diritto al risarcimento dei danni causati alla società stessa dagli amministratori, e richiede per la validità della transazione un'espressa deliberazione dell'assemblea dei soci, purché non ci sia il voto contrario di una minoranza che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale.

Il potere di transigere può anche essere conferito da un atto di autonomia privata: il mandato.

---

<sup>70</sup> Sostiene invece che l'autorizzazione integri la legittimazione VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p.303.

<sup>71</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 113.

Si discute se tale potere possa essere ricompreso in un mandato generale. Parte della giurisprudenza, facendo leva sull'articolo 1708 comma 2 c.c. a norma del quale "*il mandato generale non comprende gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione se non sono indicati espressamente*", ritiene che il potere di transigere possa trarre origine esclusivamente da un mandato speciale<sup>72</sup>.

Tale conclusione in realtà presenta un vizio di fondo, l'idea che la transazione sia costantemente un atto eccedente l'ordinaria amministrazione. Sembra conseguentemente preferibile avallare l'orientamento che riconduce al mandato generale il potere di transigere in ordine a controversie relative ad atti o rapporti attinenti all'ordinaria amministrazione. La stessa Cassazione ha ritenuto che il potere di transigere fosse ricompreso nei poteri occorrenti per l'assolvimento dei compiti gestori affidati all'ausiliario dell'imprenditore, senza necessità di apposito mandato, con riguardo al liquidatore ufficiale di una compagnia di assicurazioni<sup>73</sup>.

Diversamente il mandato speciale (articolo 1708 comma 1 c.c.) a disporre di un diritto con un diverso contratto non abbraccia il potere di transigere, perché questo non ne costituisce un naturale sviluppo o una necessaria conseguenza<sup>74</sup>.

Parte della giurisprudenza, affermando che la transazione è un atto eccedente l'ordinaria amministrazione, ha sostenuto "*nel caso in cui il potere di transigere in ordine al diritto controverso tragga origine da un (contratto di) mandato, questo non può essere speciale, nel senso, cioè, che deve avere specificamente per oggetto il compimento di quel particolare atto giuridico - eccedente l'ordinaria amministrazione - che è la transazione. Né la facoltà di transigere può sotto alcun profilo ritenersi compresa in quella di alienare, ove il mandato, come nella specie, solo quest'ultima abbia espressamente previsto come oggetto*

---

<sup>72</sup> Cass. 17 marzo 1953, n. 663 in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 849.

<sup>73</sup> Cass. 18 gennaio 1988, n. 314 in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1542 ss.

<sup>74</sup> Cass. 25 agosto 1989, n. 3755 in *Giur. It.* 1990, I, 1, p. 602 ss.

*dell'attività del mandatario. Invero, l'esercizio della facoltà di transigere in ordine alla titolarità di un diritto per le implicazioni abdicative che, sia pure in una situazione di reciprocità delle concessioni, ma prescindendo da ogni equivalenza delle medesime, la transazione necessariamente comporta, è destinato ad incidere, nella sfera degli interessi delle parti, in misura e con effetti ben diversi da quelli conseguenti al trasferimento a titolo oneroso (vendita) di quel medesimo diritto. D'altra parte, attese le sostanziali diversità strutturali esistenti tra l'alienazione e la transazione, non si vede come potrebbe mai il secondo di detti negozi configurarsi come naturale sviluppo o necessaria conseguenza del primo (art. 1708 comma 1 c.c.); cosicché anche per questa ragione deve escludersi che nel mandato (speciale) ad alienare determinati beni possa intendersi ricompresa la facoltà di transigere in ordine alla controversa titolarità degli stessi*<sup>75</sup>.

### **3. Oggetto della transazione.**

Oggetto della transazione, come di ogni negozio, è una cosa o un comportamento: precisamente la cosa o il comportamento su cui vertono la pretesa e la contestazione delle parti<sup>76</sup>.

Si può anche affermare che oggetto della transazione sono i diritti o il rapporto litigioso, come previsto nell'articolo 2113 comma 1 c.c., ma è bene precisare che l'eventuale inesistenza del diritto vantato o del rapporto affermato non rende la transazione priva di oggetto.

E' preferibile dire, volendo indicare la misura in cui la cosa o il comportamento diventa oggetto del negozio, che l'oggetto della transazione può essere indicato nella situazione giuridica litigiosa, la quale sussiste anche nel caso di inesistenza del rapporto giuridico.

---

<sup>75</sup> Cass. 25 agosto 1989, n. 3755, in *Giur. It.* 1990, I, 1, p. 602 ss.

<sup>76</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 114.

Parte della dottrina ha sostenuto che l'oggetto della transazione sia la lite, e solo mediatamente la situazione giuridica litigiosa che costituisce l'oggetto della lite<sup>77</sup>.

Si è obiettato che non è possibile riferire alla lite i requisiti oggettivi (ad esempio la liceità)<sup>78</sup>.

La Cassazione<sup>79</sup>, recentemente, ha ribadito che: *“oggetto della transazione non è la lite in atto o che può sorgere - in quanto la lite ne è solo il presupposto ed in quanto ad essa non possono riferirsi i requisiti di cui all'art. 1346 c.c. - ma è la situazione giuridica controversa, cioè la cosa o il comportamento su cui vertono la pretesa e la contestazione delle parti con la precisazione che, poiché la transazione non importa una volizione retrospettiva, come invece nel contratto di accertamento, esso va considerato essenzialmente sul piano della situazione che alla transazione medesima consegue”*.

Altri ancora hanno indicato quale oggetto della transazione le reciproche concessioni<sup>80</sup>.

In realtà, si è detto, il difetto delle reciproche concessioni non determina la nullità della transazione per mancanza dell'oggetto, ma importa l'identificazione di un negozio diverso dalla transazione, per il quale non si pone un problema di validità sotto l'aspetto oggettivo.

A tal proposito la giurisprudenza è divisa: alcune pronunce<sup>81</sup> hanno ritenuto nulla la transazione in mancanza delle reciproche concessioni,

---

<sup>77</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p. 137; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, n. 958, p. 677; PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1955, p. 170 ss.

<sup>78</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 116.

<sup>79</sup> Cassazione civile, sez. III, 03 aprile 2003, n. 5139 in *Riv. Notariato*, 2004, p. 187.

<sup>80</sup> CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, I, Padova, 1931, p. 210; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 147.

<sup>81</sup> Tribunale Roma, 23 marzo 2005, in juris data, Giuffrè; Cass. 29 marzo 1949, n. 701, in *Foro it., Rep.*, 1949, *Transazione*, n. 3-4; Cass. 11 marzo 1937, n. 1472, in *Foro it., Rep.*, 1937, *Transazione*, n. 16;

altre<sup>82</sup> hanno affermato che, mancando la reciprocità di concessioni, non si configura una transazione ma un negozio distinto.

I requisiti di idoneità dell'oggetto del contratto di transazione sono, secondo la previsione dell'articolo 1346 c.c. la possibilità, la liceità, la determinatezza o determinabilità.

### ***3.1 Possibilità.***

Possibilità dell'oggetto vuol dire che la cosa o il comportamento si deve prestare per sua natura ad essere oggetto del negozio. Nel contratto di transazione il concetto di possibilità comprende quello della litigiosità, in quanto tale contratto, ed in particolare la transazione pura prevista dall'articolo 1965 comma 1 c.c. non può non avere ad oggetto una *res litigiosa*.

Nella transazione complessa invece l'oggetto del contratto può essere litigioso solo in parte.

La litigiosità può mancare sia perché in relazione ad un determinato oggetto non è sorta e non può sorgere una lite, sia perché la lite è stata già definita da una sentenza passata in giudicato. In quest'ultimo caso l'articolo 1974 c.c. prevede l'annullabilità della transazione, se le parti o una di esse non erano a conoscenza dell'intervenuta sentenza. Ciò non significa che le parti possano validamente transigere su una lite definita con sentenza passata in giudicato, ma che la convenzione conclusa in questa ipotesi non è una transazione. La previsione dell'annullabilità non è un'eccezione al rimedio generale della nullità in caso di mancanza del requisito oggettivo, ma deriva dal fatto che la norma in esame contempla un'ipotesi di errore sul motivo, con la quale è compatibile la sanzione dell'annullabilità.

---

<sup>82</sup> Cass. 29 luglio 1941, n. 2359, in *Foro it., Rep.*,1941, *Transazione*, n.4; App. L'Aquila 11 gennaio 1935, in *Foro it., Rep.*,1935, *Transazione*, n. 2.

Parte della dottrina sostiene dunque che la mancanza di litigiosità non escluda la validità del contratto, ma impedisca di individuare in esso una transazione: rilevanza ostativa, anziché invalidante, dell'idoneità dell'oggetto del contratto<sup>83</sup>.

Sempre in relazione alla possibilità dell'oggetto è stata considerata la questione dell'ammissibilità di una transazione relativa ad un'obbligazione naturale ex articolo 2034 c.c..

Le opinioni in proposito sono varie.

Alcuni hanno affermato che l'obbligazione naturale può essere oggetto di transazione, spingendosi a sostenere che dalla transazione nascerebbe un'obbligazione civile<sup>84</sup>; altri pur sostenendo l'ammissibilità della transazione avrebbero escluso il venire in essere di un'obbligazione civile<sup>85</sup>.

Altra parte della dottrina contraria all'ammissibilità del negozio transattivo, ne ha sostenuto la nullità<sup>86</sup>; oppure ha sostenuto che tale tipo di convenzione non rientrerebbe nell'ambito del contratto di transazione<sup>87</sup>.

L'obbligazione naturale, non essendo assistita da azione, non può essere oggetto di una lite, nemmeno stragiudiziale, in quanto non è configurabile una pretesa all'adempimento. L'unica tutela prevista dalla legge a favore del "creditore" è la *soluti retentio*, che può essere invocata solo successivamente al pagamento effettuato spontaneamente dal "debitore". Dunque l'obbligazione naturale non è un oggetto idoneo del contratto di transazione, sotto il profilo della possibilità. Conseguentemente le parti che, consapevoli dell'esistenza di un'obbligazione naturale, si accordano sulla prestazione, non pongono in essere una transazione, ma un accordo diverso.

---

<sup>83</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 118.

<sup>84</sup> BUTERA, *Della transazione*, Torino, 1933, p. 287 ss; Cass. 10 giugno 1938, n. 1996, in *Foro it., Rep.*, 1938, *Transazione*, n. 3-4.

<sup>85</sup> NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, I, p. 42.

<sup>86</sup> VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 112 ss, 269 ss.

<sup>87</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p.138.

Deve considerarsi valida la transazione quando le parti controvertono sulla natura dell'obbligazione, cioè sul punto se si tratti di una mera obbligazione naturale o di un'obbligazione civile. In tale ipotesi sussiste la possibilità dell'oggetto, in quanto le parti potrebbero adire il giudice per la soluzione della controversia, e conseguentemente la transazione può assolvere la sua funzione caratteristica.

### ***3.2 Liceità.***

Liceità dell'oggetto vuol dire che la cosa o il comportamento si presti per volontà della legge ad essere oggetto del negozio<sup>88</sup>.

Nel contratto di transazione la liceità dell'oggetto può mancare sia se la lite verta su diritti che per loro natura o per espressa disposizione della legge sono sottratti alla disponibilità delle parti (articolo 1966 comma c.c.), sia se si tratti di transazione relativa ad un contratto illecito (articolo 1972 comma 1 c.c.). Nel primo caso si è soliti parlare di illiceità diretta, mentre nella seconda ipotesi di illiceità derivata, dal momento che l'illiceità del negozio originario si riflette sulla situazione oggetto della transazione.

L'articolo 1966 comma 2 c.c. fa riferimento a due categorie di diritti: quelli indisponibili per natura, che sono i diritti di contenuto non patrimoniale, personali o personalissimi, e i diritti a contenuto patrimoniale che sono sottratti dalla legge alla disponibilità delle parti. Ad esempio secondo autorevole dottrina<sup>89</sup>, il credito alimentare legale non può essere oggetto lecito di transazione relativamente alle prestazioni future, invece è transigibile in merito alle prestazioni arretrate, perché in queste ipotesi non essendo in questione il bisogno alimentare, viene meno la ragione dell'indisponibilità.

---

<sup>88</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 121.

<sup>89</sup> POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921, p. 58 ss..

E' stato obiettato che in realtà la legge testualmente vieta: la cedibilità del credito alimentare (articolo 447 comma 1 c.c.), la compensazione anche con riguardo alle prestazioni arretrate (articolo 447 comma 2 c.c.), e il pignoramento (articolo 545 comma 1 c.p.c.); nulla è detto in merito alla transazione. Parte della dottrina ha sostenuto che la transazione tanto sull'esistenza o sulla pertinenza del diritto, quanto sulla misura o sul modo della prestazione, debba ritenersi nulla per l'indisponibilità oggettiva che presidia la funzione del credito alimentare legale contro ogni negozio inteso a disporne<sup>90</sup>. Da rilevare la precisazione di chi ha, al contrario, affermato che l'indisponibilità sancita dall'articolo 447 c.c. importa, in correlazione con il disposto dell'articolo 1966 c.c., che il diritto agli alimenti non possa costituire oggetto di transazione, ma non anche che le parti non possano liberamente stabilire la misura o le modalità di corresponsione degli alimenti<sup>91</sup>.

Controversa è, altresì, l'ammissibilità della transazione in tema di rescissione del contratto, a causa del divieto di convalida sancito nell'articolo 1451 c.c.. Si è sostenuto che come il contratto rescindibile può essere modificato e ricondotto ad equità, liberandolo in tal modo dalla lesione, egualmente può essere oggetto di transazione, implicando l'accordo transattivo la prestazione di un corrispettivo<sup>92</sup>.

In merito alla illiceità derivata dell'oggetto della transazione, l'illiceità del precedente negozio, a prescindere se riguardi l'oggetto, i soggetti, la causa o anche una modalità del negozio stesso, si comunica al

---

<sup>90</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 125.

<sup>91</sup> E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1458; Cass. 18 ottobre 1955, n. 2791, in *Foro it. Rep.*, 1955, *Alimenti*, c. 58, n. 24.

<sup>92</sup> E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1458; Cass., 15 aprile 1959, n. 1110, in *Foro it. Rep.*, *Obbligazioni e contratti*, c. 1640, n. 305; Trib. Siracusa, 13 agosto 1953, in *Foro it. Rep.*, *u.c.*, c. 1827, n. 419, che ha affermato che l'impossibilità della convalida del contratto rescindibile non importa l'impossibilità di transigere in ordine al contratto stesso.

negozio transattivo e lo rende nullo ex articolo 1972 comma 1 c.c. in conformità alla regola prevista nell'articolo 1418 c.c..

L'articolo 1972 comma 1 c.c. specifica che la transazione deve essere considerata nulla anche se la controversia verte proprio sulla nullità del contratto illecito. Tale norma dovrebbe essere riferita a tutti i negozi di composizione della lite su negozi illeciti, in quanto la *ratio* del legislatore è riservare la competenza sui negozi illeciti al potere giurisdizionale.

E' invece oggettivamente lecita la transazione relativa ad un atto illecito. Infatti mentre il negozio è illecito perché tende al raggiungimento di un effetto contrario alla legge, da cui deriva la preoccupazione del legislatore di impedirne il raggiungimento per mezzo di una transazione, nell'atto illecito il fatto *ex se* è contrario alla legge, non la situazione giuridica che ne discende. Le conseguenze dell'atto illecito sono stabilite dalle norme e collegate all'atto come sanzione a carico dell'agente. Quando le parti dispongono della situazione giuridica che discende dall'atto illecito, la validità e l'efficacia della transazione rispetto alle parti non vincola la valutazione dell'atto, né vincola la determinazione delle conseguenze dello stesso rispetto ai terzi<sup>93</sup>.

### ***3.3 Determinatezza e determinabilità.***

Il terzo requisito di idoneità dell'oggetto è la determinatezza o la determinabilità.

Volendo analizzare il requisito in relazione al negozio in oggetto va preliminarmente considerato che dalla transazione deve risultare quale sia la lite, o le liti, che le parti intendono comporre: l'oggetto del negozio transattivo costituito, come visto, dalla cosa o dal

---

<sup>93</sup> BUTERA, *Della transazione*, Torino, 1933, p. 249; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 280; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 128

comportamento su cui verte la lite, deve essere determinato nella sua identità.

La giurisprudenza ha osservato che non è necessaria una esplicita indicazione della controversia, essendo sufficiente che questa risulti individuata dal contenuto della transazione<sup>94</sup>; in realtà l'onere della determinazione delle controversie sulle quali si transige varia a seconda dell'ambito della transazione.

La legge, infatti, distingue (articolo 1975 c.c.) tra transazione generale che è quella conclusa su tutti gli affari che possono esserci tra le parti, e transazione speciale, riguardante una o più controversie determinate; per la validità della prima non è necessaria l'individuazione delle singole controversie, mentre nella transazione speciale è necessaria la delimitazione dell'ambito in cui la causa transattiva deve operare, e può essere necessaria un'esplicita indicazione della lite o delle liti che si vogliono comporre quando non risultino dal tenore delle reciproche concessioni.

Tale eventualità può aversi oltre che nel caso di transazione mista, anche nel caso di transazione pura concernente più liti, senza che per ciascuna di esse sia stabilito il dare e l'avere<sup>95</sup>.

Il problema della determinazione può porsi anche in relazione alle reciproche concessioni. Infatti è vero che queste non costituiscono l'oggetto della transazione, ma un elemento della causa, ma la transazione regola i diritti controversi nel modo risultante dalle reciproche concessioni stesse. Dunque troveranno applicazione le regole generali di determinabilità.

Conseguentemente, le parti potranno determinare le reciproche concessioni anche *per relationem*, nei limiti comunemente ammessi per il negozio.

---

<sup>94</sup> Cass., 19 ottobre 2006, n. 22395, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, fasc. 10; Cass., 12 febbraio 1985, n. 1183 in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 2 ; Cass. 4 luglio 1953, n. 2087, in *Foro it., Rep.*, 1953, *Transazione*, n. 21; Cass. 5 maggio 1951, n. 1064, in *Foro it., Rep.*, 1953, *Transazione*, n. 18.

<sup>95</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 130.

Sovente nelle transazioni vengono inserite delle dichiarazioni di rinuncia preventiva ad ogni futura pretesa dipendente dalla situazione su cui si è transatto.

Il problema risiede nell'accertare se con tali dichiarazioni le parti abbiano inteso ampliare l'ambito della transazione rispetto alla lite, o invece abbiano solo dato atto dell'efficacia preclusiva naturalmente derivante dal loro accordo.

La mera "presa d'atto" degli effetti conferiti dall'ordinamento al proprio atto di autonomia privata risulterebbe una clausola inutile, in contrasto con il principio statuito dall'articolo 1367 c.c., a norma del quale le singole clausole "*devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcun*". Accogliendo l'altra alternativa si potrebbe cadere nell'errore di ritenere che i contraenti, senza innovare oggettivamente tutto il rapporto, abbiano voluto estendere al di là della controversia attuale l'effetto preclusivo derivante dal contratto. Infatti ad esempio la transazione sui danni derivanti da un fatto illecito non può precludere il diritto al risarcimento di danni futuri, non prevedibili al momento della stipulazione.

Che il valore precettivo delle clausole in questione debba restare circoscritto nell'ambito della lite risolta è inoltre confermato dal canone interpretativo dell'articolo 1364 c.c., che per i contratti in generale recita "*per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare*".

E' utile ricordare a sostegno di tale interpretazione, che il codice civile del 1865 conteneva due norme specifiche per la transazione di eguale tenore: gli articoli 1768 e 1769. Tali disposizioni non sarebbero state riprodotte a causa della loro dubbia utilità<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p. 163; l'articolo 1768 recitava: "*la transazione non si estende oltre ciò che ne forma l'oggetto: la rinuncia fatta a tutte*

#### **4. La volontà negoziale: i vizi.**

Dal momento che la transazione è un contratto, la volontà negoziale, elemento costitutivo, è una volontà comune fra le parti: le singole volontà si fondono e si concreta il consenso.

Il legislatore non si è occupato specificamente della formazione del consenso nel contratto di transazione, che può anche assumere le vesti di un contratto plurilaterale.

La giurisprudenza, richiamando i principi generali, ha affermato che il consenso di una delle parti al contratto transattivo può essere costituito anche dalla manifestazione tacita di una volontà inequivoca di approvare e fare proprio il negozio proposto dalla controparte con atto scritto<sup>97</sup>.

Una disciplina *ad hoc*, di grande importanza, è dettata, invece, per i cosiddetti vizi della volontà e in particolare per l'errore.

Nella transazione la volontà può essere viziata dall'ignoranza o dalla falsa rappresentazione della situazione sulla quale si transige, o altrimenti da una circostanza che pur essendo fuori dalla situazione preesistente, appare idonea ad influire sulla risoluzione della controversia. Deve precisarsi che quando la legge fa dipendere da ciò l'invalidità della transazione, non viene in rilievo la divergenza tra soluzione transattiva e soluzione preesistente, ma il vizio del processo formativo della volontà<sup>98</sup>.

Il legislatore ha previsto delle regole particolari non solo nell'articolo 1969 c.c., che espressamente si riferisce all'errore di diritto, escludendone la rilevanza, ma anche in varie altre norme: articoli 1972 comma 2, 1973, 1974, 1975 comma 2 c.c.

---

*le ragioni ed azioni comprende soltanto ciò che è relativo alle controversie, le quali hanno dato luogo alla transazione*"; l'articolo 1769 recitava: "le transazioni non pongono fine se non alle controversie le quali sono state indicate, sia che le parti abbiano manifestata la loro intenzione con espressioni speciali o generali sia che risulti tale intenzione come necessaria conseguenza di ciò che è stato espresso".

<sup>97</sup> Cass. civ. 17 maggio 1985, n. 3013 in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 5.

<sup>98</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 142.

In tali disposizioni non si fa espressamente riferimento all'errore, e ciò ha contribuito a determinare non poche incertezze in dottrina, sia in ordine all'interpretazione che all'attualità di tali norme.

La prima e più significativa delle norme relative all'errore nella transazione è l'articolo 1969 c.c. che esclude la rilevanza dell'errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti.

Buona parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente concordano nell'estendere tale regola anche all'errore di fatto<sup>99</sup>.

Il principio disposto dall'articolo 1969 c.c. è espressione di due fenomeni: da un lato la natura costitutiva della transazione, e dall'altro la funzione tipica dell'istituto che consiste nel chiudere definitivamente la controversia, senza ricorrere all'atto giurisdizionale, ma superando la lite in modo irrevocabile. Dunque la funzione di superamento definitivo della controversia impone che, così come l'obiettiva differenza tra la situazione successiva e quella anteriore al negozio non toglie efficacia al negozio transattivo, la mancata consapevolezza o l'inesatta valutazione delle parti circa le modifiche introdotte con la transazione non rilevino sulle vicende del rapporto con essa costituito. La transazione chiude la controversia non in conformità alla situazione litigiosa preesistente, ma indipendentemente da questa, sicché non può ritenersi invalidabile per la inesatta conoscenza di una questione che le parti intendono superare. Conseguentemente, dal momento che la controversia può riguardare sia questioni di diritto che questioni di fatto, deve ritenersi irrilevante anche l'errore di fatto sui punti controversi<sup>100</sup>.

Da ciò emerge la necessità di distinguere tra *caput controversum* e *caput non controversum*.

---

<sup>99</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 156 e 159; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 329. In giurisprudenza Cass. 03 aprile 2003, n. 5139, in *Giur. it.*, 2004, p. 522.

<sup>100</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 281.

Secondo un primo indirizzo, costituiscono il *caput controversum* le questioni oggetto di controversia tra le parti, mentre fa parte del *caput non controversum* tutto ciò che non costituiva oggetto di controversia e che si sia conseguito per effetto della transazione<sup>101</sup>.

Tale distinzione deve essere mantenuta nell'ambito in cui opera la transazione sulla situazione preesistente, per non incorrere nell'errore di considerare *caput non controversum* tutto ciò che della situazione preesistente rimane fuori dalla transazione<sup>102</sup>. Infatti, così opinando, il *caput non controversum*, sussisterebbe rispetto alla transazione non novativa, che non sostituisce per intero la situazione preesistente, e non potrebbe sussistere in relazione alla transazione c.d. novativa. In realtà anche quest'ultima ipotesi, che sostituisce per intero la situazione preesistente, intervenendo sul titolo della stessa, non copre tutte le possibili questioni, ma solo quella o quelle concretamente insorte tra le parti.

Secondo un altro orientamento<sup>103</sup> per *caput controversum* deve intendersi la definizione del rapporto giuridico o della situazione di fatto su cui si controverte, non i singoli argomenti o fatti dedotti dalle parti a sostegno delle rispettive tesi. Per fare un esempio, nella controversia per la quantificazione della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, *caput controversum* è l'ammontare del danno da risarcire, non l'esatta identificazione del tipo di danni inflitti su cui le parti dibattono.

Venendo all'analisi delle singole disposizioni, è opportuno prendere le mosse dall'articolo 1972 c.c.. Mentre il primo comma sancisce la nullità della transazione relativa a un negozio illecito, il capoverso dà la possibilità alla parte che ignorava la causa di nullità del titolo di

---

<sup>101</sup> E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1462.

<sup>102</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1963, Napoli, p. 146.

<sup>103</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 282.

impugnare la transazione. Dunque l'ignoranza circa la nullità del titolo si risolverebbe in un errore sulla situazione giuridica preesistente.

L'articolo 1973 c.c. prevede l'annullamento della transazione "*fatta sulla base di documenti in seguito riconosciuti falsi*". Anche in tale ipotesi è possibile supporre che i documenti, al momento della conclusione della transazione, per errore sono stati ritenuti genuini.

L'articolo 1974 c.c. ammette l'annullabilità della transazione intervenuta su una lite già decisa con sentenza passata in giudicato, se del giudicato le parti o una di esse al momento della transazione non avevano notizia. Anche tale ipotesi di annullabilità potrebbe essere ricondotta ad un errore sull'esistenza del giudicato.

Infine l'articolo 1975 c.c., relativo alla scoperta di documenti, contiene due distinte disposizioni: il primo comma fa riferimento alla transazione che le parti hanno conclusa generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi fra loro, e non ne ammette l'annullabilità per la scoperta posteriore di documenti, salvo che gli stessi siano stati occultati dall'altra parte; il secondo comma, invece, relativo alla transazione su un affare determinato, ne ammette l'annullabilità se "*con documenti posteriormente scoperti si prova che una delle parti non aveva alcun diritto*". Conseguentemente, per poter annullare una transazione generale è necessario l'occultamento dei documenti, operato dall'altra parte, al contrario per l'annullabilità della transazione speciale può ritenersi rilevante l'errore della parte, al momento della conclusione della transazione, sulla sussistenza di documenti che dimostrino l'inesistenza del diritto vantato dalla controparte.

In tutte queste ipotesi, dunque, il contraente incorre in un errore, che, secondo la legge, lo determina alla transazione. Tale interpretazione ben si coniuga con la patologia da cui è affetto il negozio cioè l'annullabilità, patologia tipica dei vizi della volontà.

Parte minoritaria della dottrina, ha sostenuto che le suddette disposizioni farebbero riferimento alla mancanza dell'oggetto, della causa o di uno dei presupposti stessi della transazione<sup>104</sup>.

Contro tali affermazioni è stato rilevato che quando esiste la lite, intesa come conflitto attuale fra una pretesa e una contestazione, l'oggetto non può mancare, perché è dato proprio dalla situazione giuridica litigiosa; quanto alla causa, si è detto, che essa non manca né è viziata ogni volta che la lite venga composta attraverso reciproche concessioni, in quanto queste devono, come visto, essere riferite alla pretesa e alla contestazione, e non alla situazione giuridica preesistente<sup>105</sup>.

Del pari non può sostenersi che rilevi la mancanza obbiettiva dei presupposti, quali la validità del titolo su cui si transige o l'esigenza della lite, perché ciò che viene in rilievo, in tali disposizioni, è tra l'altro l'ignoranza della nullità del titolo, dell'esistenza del giudicato, cioè costantemente uno stato soggettivo del contraente<sup>106</sup>.

Una volta appurato che trattasi di errore, bisogna definire le figure di errore trattate dalle norme in esame e i rapporti con le figure regolate dalla disciplina generale. Dal momento che nulla è espressamente previsto nelle disposizioni dedicate alla transazione, la disciplina generale dell'errore risulta pienamente applicabile. Conseguentemente l'errore rileva e produce l'annullabilità del negozio quando è essenziale e riconoscibile (articolo 1428 c.c.).

Essenziale è l'errore che consiste in una falsa rappresentazione della realtà concernente la causa, l'oggetto, la persona, le modalità del negozio, che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle

---

<sup>104</sup> FURNO, *Intorno alla natura della transazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 453 ss. per l'asserita mancanza della causa o dell'oggetto; GIORGIANNI, *In tema di transazione su <<titolo>> nullo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 411 nel senso della mancanza di un presupposto.

<sup>105</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1963, Napoli, p. 145.

<sup>106</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1963, Napoli, p. 145.

circostanze, sia stato determinante nella formazione della volontà negoziale della parte (articolo 1429 c.c.).

In dottrina<sup>107</sup> è diffusa l'idea che le ipotesi previste dagli articoli 1972, 1973, 1974 e 1975 c.c. consistano in errori sui motivi, normalmente fattispecie irrilevanti per il nostro ordinamento, resi eccezionalmente rilevanti dalla legge nell'ambito del negozio di transazione.

Si sostiene infatti che non si tratta delle solite figure di *error in negotio, in substantia, o in persona*, ma di nuove e specifiche figure di errore su punti non regolati nella transazione: la validità del negozio da cui deriva la pretesa o la contestazione, l'autenticità o l'esistenza delle prove documentali, l'esistenza di un giudicato già formatosi sulla questione controversa.

In tutti questi casi l'errore non riguarderebbe momenti o elementi del negozio e si andrebbe a collocare fuori dalla previsione dell'articolo 1429 c.c.. L'errore verterebbe su punti della situazione giuridica rimasti al di fuori della transazione, in quanto non controversi, ma che nonostante ciò la legge considera determinanti della volontà.

Parte della dottrina si è spinta a sostenere che non si tratterebbe di una vera e propria annullabilità per errore, e conseguentemente la transazione nelle ipotesi in esame cadrebbe con effetto *ex nunc*, e conseguentemente l'annullamento non avrebbe effetto retroattivo<sup>108</sup>.

Errore sui presupposti e sui motivi significa, dunque, errore sui punti non controversi, conseguentemente quando ad esempio la validità del titolo, la genuinità dei documenti sono controversi tra le parti e la questione è stata transatta, il negozio transattivo non potrebbe essere annullato per errore su tali punti oggetto di controversia.

---

<sup>107</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1963, Napoli, p. 147; CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p.205.

<sup>108</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p.201.

Altra parte della dottrina<sup>109</sup> sostiene che le motivazioni in base alle quali gli articoli 1972, 1973, 1974 e 1975 c.c. consisterebbero in ipotesi di errore sui motivi possono essere confutate.

Se la rappresentazione dei soggetti sulla realtà preesistente non riguarda il contenuto negoziale, ma al contrario i presupposti che hanno determinato la volontà negoziale, anche l'errore sul *caput controversum* dovrebbe essere definito errore sui motivi. Infatti, si dice, anche la valutazione delle questioni controverse non concerne l'assetto di interessi disposto con la transazione, ma la situazione preesistente al contratto, in considerazione della quale le parti si dispongono a concludere il negozio.

Anche l'affermazione secondo cui le ipotesi di errore indicate non riguarderebbero mai il *caput controversum* è aspramente criticata. Infatti nella transazione annullabile per ignoranza della cosa giudicata e in quella in cui, per documenti scoperti posteriormente, si provi che una delle parti non aveva alcun diritto (articolo 1975 ultimo comma c.c.), l'errore potrebbe riguardare proprio la questione controversa. Quest'ultima disposizione può riguardare due casi: (i) quello in cui il documento successivo fornisca la prova della contestazione già fatta da un transigente del diritto della controparte, (ii) e quello in cui il documento porti a conoscenza un fatto nuovo, ignoto alle parti, che comporti l'inesistenza del diritto controverso.

Nella prima ipotesi il documento successivo denota l'ignoranza del soggetto circa la possibilità di prova di una situazione sostanziale che era però da lui già conosciuta. Nella seconda ipotesi, invece, la parte, prima della scoperta del documento, ignora del tutto un fatto attinente alla situazione giuridica sostanziale precedente la transazione. Se ad esempio vi è una lite sull'efficacia di un testamento, e per questione controversa si intenda l'efficacia della disposizione testamentaria di cui

---

<sup>109</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p.285.

si discute, e successivamente si viene a scoprire una revoca testamentaria, l'ignoranza di tale revoca significa errore sul *caput controversum* perché va ad incidere sull'efficacia del testamento stesso. Dunque, ad avviso dei sostenitori di tale impostazione, nel caso di sentenza passata in giudicato e di inesistenza del diritto della controparte rilevato da un documento scoperto dopo la transazione, sarebbe scorretto parlare di errore sui motivi.

La falsa rappresentazione potrebbe cadere sull'oggetto del negozio, dal momento che sia la sentenza sia il documento successivo indicano che la situazione su cui la transazione ha inciso era diversa da come la valutava il soggetto.

Al contrario sarebbe corretto parlare di errore sui motivi quando l'errore verta sulla possibilità di provare la pretesa avanzata. In questi casi la falsa rappresentazione non atterrebbe alla situazione sostanziale antecedente, ma alla possibilità di farla valere in giudizio, e l'errore non concernerebbe la portata dell'operazione attuata con l'accordo transattivo, ma l'opportunità di accedere a questo strumento per comporre la controversia. Errore sui motivi si avrebbe, dunque, nell'ipotesi regolata dall'articolo 1973 e 1975 ultimo capoverso c.c., quando i documenti falsi o precedentemente ignorati costituiscano le prove delle pretese delle parti, e non inducano in errore sulla situazione litigiosa antecedente<sup>110</sup>.

L'articolo 1972 comma 2 c.c. che regola le ipotesi di errore sulla nullità del titolo è stato oggetto di diverse interpretazioni.

Secondo un primo orientamento si tratta, come visto, di un errore sui motivi eccezionalmente rilevante<sup>111</sup>, secondo altri tale disposizione sarebbe solo un'applicazione dei principi generali in tema di errore<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p.286.

<sup>111</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1963, Napoli, p. 163.

<sup>112</sup> VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p.329; CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p207.

Un ulteriore orientamento ha sostenuto, anche sotto il vigore del codice precedente, che tale disposizione andrebbe coordinata con la regola dell'irrelevanza dell'errore di diritto, in modo che sarebbe causa di annullamento solo l'errore di fatto sulla nullità del titolo, non anche l'errore di diritto<sup>113</sup>. Da tale affermazione dovrebbe desumersi che l'articolo 1972 comma 2 c.c. riguardi un errore sulla questione controversa. Per una corretta interpretazione della norma in esame bisogna individuarne l'ambito di applicazione, con riferimento alla distinzione tra transazione novativa e non novativa di cui ci occuperemo più avanti.

Per le altre cause perturbatrici della volontà, la violenza e il dolo, in mancanza di norme particolari, trova applicazione la disciplina generale.

L'unica questione che si è posta concerne la possibilità nella transazione di ipotizzare la figura del dolo incidente.

Taluno ha affermato che sarebbe impossibile l'indagine volta a determinare se, senza il dolo, le parti avrebbero transatto a condizioni diverse da quelle stabilite con le reciproche concessioni<sup>114</sup>.

E' stato obiettato che l'indagine non è impossibile, ma solo particolarmente difficile, ma che tali difficoltà si incontrano in tutti i contratti<sup>115</sup>.

Qualche perplessità si è prospettata anche con riguardo alle modalità di applicazione dell'articolo 1438 c.c., ai sensi del quale "*la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti*".

Deve osservarsi che dal momento che la pretesa è l'affermazione di un diritto ed al contempo la minaccia di farlo valere, e la violenza non richiede formule esplicite e può consistere nel risvolto implicito di

---

<sup>113</sup> PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile, Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p.475; sotto il precedente codice FLUMENE, *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, Sassari, 1928, p.102.

<sup>114</sup> TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 175.

<sup>115</sup> CARRESI, *La transazione*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 1954, p. 214 ss.

determinati atteggiamenti, può porsi il problema di delineare l'ambito entro il quale la minaccia di far valere un diritto può assumere efficacia invalidante nei confronti di una transazione. La soluzione deve passare attraverso l'esame del rapporto esistente tra la situazione soggettiva oggetto di minaccia e la funzione del contratto in esame<sup>116</sup>.

Bisogna premettere che alla minaccia di far valere un diritto consegue comunque la disposizione del potere cui essa si riferisce: essa, pertanto, non dà luogo a vantaggi ingiusti sia quando si pone come strumento di legittima autotutela, sia quando costituisce esclusivamente una modalità di esercizio della propria autonomia, attuando la disposizione del diritto a condizioni eque.

Nel riferire la fattispecie dell'articolo 1438 c.c. ai contratti, l'accertamento della coazione morale sta in secondo piano rispetto alla ingiustizia del vantaggio: essa non rileva se il minacciante non consegue vantaggi ingiusti<sup>117</sup>.

Se alla minaccia fa seguito la contestazione della fondatezza o della misura del diritto, il seguente contratto rientra nell'ambito della transazione.

In questo caso il diritto, astrattamente corrispondente alla pretesa, viene conglobato nella questione controversa. Diversamente da quanto accade negli atti di disposizione non transattiva del diritto di cui si minaccia l'esercizio, la lite, occultando la situazione sostanziale, non consente di accertare se la minaccia abbia dato luogo a vantaggi ingiusti, cioè ad una disposizione in termini sperequati o al conseguimento di una utilità esorbitante dallo schema del diritto utilizzato come strumento di pressione: in tali casi il parametro valutativo dell'articolo 1438 c.c. non può trovare applicazione. Infatti l'inesistenza del diritto equivale all'infondatezza della pretesa, e conseguentemente l'ambito applicativo dell'articolo 1438 c.c. viene

---

<sup>116</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 120.

<sup>117</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 120.

assorbito dalla disciplina speciale posta dall'articolo 1971 c.c.: i "vantaggi ingiusti" coincidono con quelli conseguiti dal litigante temerario<sup>118</sup>.

L'ambito applicativo dell'articolo 1438 c.c. deve dunque profilarsi tra due regole che presiedono al regime della transazione: quella dell'annullabilità per temerarietà della pretesa (articolo 1971 c.c.) e quella dell'irrescindibilità per causa di lesione (articolo 1970 c.c.). La minaccia riguardante un diritto che consiste nel *caput controversum* è conglobata nel regime speciale delle posizioni soggettive che ne sono oggetto: l'infondatezza del diritto troverà sanzione nell'articolo 1971 c.c., e non è riscontrabile altro strumento per verificare l'ingiustizia del vantaggio data la previsione della regola dell'irrescindibilità per lesione (articolo 1970 c.c.).

L'articolo 1438 c.c. può trovare applicazione nell'ipotesi in cui per addivenire ad una transazione, una parte minacci di esercitare un diritto estraneo alle questioni controverse. Anche in questo caso, bisogna sottolineare che la minaccia relativa ad una posizione soggettiva attiva ha per risvolto costante la disposizione di tale situazione, che dipende dalla circostanza che in tanto la minaccia può ritenersi determinante del consenso, in quanto abbia ingenerato nel soggetto passivo l'affidamento che il diritto non venga esercitato. Pertanto essa si traduce nella dismissione del diritto stesso o comunque nell'intesa che il titolare non lo eserciti in dipendenza della nuova situazione. Una disposizione siffatta è però concessa nel nostro ordinamento ai sensi dell'articolo 1965 comma 2 c.c., e conseguentemente viene inglobata nella funzione transattiva stessa. Anche in tale ipotesi è dunque necessario valutare se sia possibile l'accertamento dell'ingiustizia dei vantaggi conseguiti dal minacciante.

---

<sup>118</sup> Per una interessante fattispecie Cass. 28 novembre 1984, n. 6191 in *Giust. civ. mass.*, 1984, fasc. 11.

Si potrebbe ritenere che la funzione transattiva debba comunque precludere tale accertamento, ovvero al contrario desumere dall'inutilizzabilità del criterio contemplato dall'articolo 1438 c.c. la regola che la coazione morale debba in tal caso essere accertata *ex se*, secondo il criterio dell'articolo 1435 c.c. anche se attenga ad un contegno lecito.

In realtà sembra preferibile, come sostenuto da parte di attenta dottrina<sup>119</sup>, adattare il parametro dell'articolo 1438 c.c. alla funzione della transazione.

E' il diaframma della lite ad impedire l'operatività del modello posto in sede di disciplina generale del contratto, cioè l'accertamento dell'ingiustizia dei vantaggi e la conseguente deduzione, in via presuntiva, della coazione morale.

Quando il minacciante non detta le regole della transazione, ma comunque impone al soggetto passivo la "scelta" di transigere, il modello di accertamento del vizio posto dall'articolo 1438 c.c. opererebbe in modo inverso: la coazione morale, non potendo desumersi in via presuntiva, dovrebbe essere accertata in concreto. Attraversando il diaframma steso dalla lite sulla situazione sostanziale si potrebbe accertare la congruenza di ciò che il minacciante ha conseguito rispetto a ciò che aveva diritto a conseguire, tenendo però in considerazione il nuovo impegno da questi assunto. Dunque l'articolo 1438 c.c. si potrebbe applicare alla transazione nel caso in cui la minaccia incida dall'esterno sulla determinazione a transigere.

##### **5. La rescissione. L'irrescindibilità per causa di lesione.**

Le considerazioni svolte confermano l'eccezionalità di un accertamento diretto a conoscere la consistenza della situazione sostanziale, e in tale

---

<sup>119</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 122.

ottica è più agevole comprendere la regola in base alla quale la transazione non può essere rescissa per lesione (articolo 1970 c.c.).

Si tratta di un'ulteriore norma speciale che opera in deroga alla disciplina generale prevista per i contratti dall'articolo 1448 c.c., e trova fondamento nell'importanza funzionale della lite.

La rescissione per lesione, ponendo rimedio ad una notevole sproporzione tra le prestazioni (c.d. sproporzione *ultra dimidium*), deve assumere a parametro determinati valori.

In astratto non vi sarebbe ragione per non tutelare il contraente che versi in stato di bisogno di fronte all'approfittamento dell'altro.

In concreto quando si tratta di valutare la sproporzione tra le prestazioni, cioè l'elemento oggettivo della rescissione, bisogna tenere conto del fatto che il rapporto tra le attribuzioni non può riferirsi ad una realtà, quella litigiosa, il cui valore risiede proprio nell'occultare la corrispondente realtà sostanziale.

Il parametro di riferimento, per consentire una valutazione effettivamente equitativa dovrebbe essere dato dalla disposizione effettivamente realizzata, ma come abbiamo sottolineato, e salvo il disposto dell'articolo 1971 c.c., il legislatore ha escluso la possibilità di svolgere un'indagine diretta ad accertare la fondatezza delle contrapposte posizioni in lite, facendo venir meno la possibilità di valutare la sproporzione.

E' importante aggiungere che le parti possono sempre pretendere l'accertamento giudiziale del proprio diritto, e conseguentemente deve considerarsi che nella determinazione a transigere confluiscono una serie di fattori, fra cui spicca la prospettiva di una sentenza negativa, tali da indurre ad una rapida, anche se non soddisfacente, realizzazione del proprio interesse<sup>120</sup>. Tali fattori possono sottrarre

---

<sup>120</sup> Santoro-Passarelli, *La transazione*, 1986, Napoli, p. 314.

l'operazione transattiva ad un giudizio del tutto obiettivo quale è quello diretto ad accertare la proporzionalità delle attribuzioni<sup>121</sup>.

La regola dell'irrescindibilità per lesione si applica anche alla transazione mista (articolo 1965 comma 2 c.c.).

In tale ipotesi si può rilevare la circostanza che le prestazioni estranee alla situazione litigiosa, non rientranti nell'ambito della stessa, potrebbero costituire riferimento del giudizio di proporzionalità nei confronti dell'intero valore del diritto in essa ricompreso. Come esempio si può pensare alla controversia su una somma di denaro risolta transattivamente mediante l'attribuzione di tutta la somma ad una parte, in cambio del trasferimento all'altra di un bene il cui valore è superiore al doppio della somma di denaro controversa.

Parte della dottrina ha però osservato che, essendo il sacrificio economico sopportato da un contraente superiore a quello derivante da un'eventuale sentenza sfavorevole, si potrebbe ammettere la rescissione attribuendo al contratto una diversa qualificazione, sempre che l'intendimento esternato dalle parti lo consenta, non potendosi individuare il tratto caratterizzante la transazione cioè le reciproche concessioni<sup>122</sup>.

## **6. La pretesa temeraria.**

Nel codice civile del 1865, in mancanza di norme sul punto, si riteneva che la temerarietà della pretesa potesse causare la mancanza o l'illiceità della causa<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Cass. 17 agosto 1990, n. 8330 in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc 8, sottolinea che fra le reciproche concessioni non è richiesto alcun equilibrio economico, anche se riguardano prestazioni estranee al rapporto controverso.

<sup>122</sup> Enrico del Prato, *La transazione*, Milano, 1992, p. 125; Vassalli, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I. *La transazione*, Milano, 1980, p. 155 ss.

<sup>123</sup> Stolfi, *La transazione*, Napoli 1931, p.142; Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p.12. Altri autori invece ritenevano che la temerarietà della pretesa non invalidasse la transazione, ma il litigante temerario fosse tenuto al risarcimento del danno

L'attuale disciplina, invece, in base alla quale “*se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l'altra può chiedere l'annullamento della transazione*” (articolo 1971 c.c.), esclude che la pretesa (e la contestazione) temeraria incida sulla causa in astratto, da cui deriva che la funzione di comporre la lite sussiste anche quando si transige una lite temeraria.

Secondo una impostazione largamente diffusa<sup>124</sup>, nell'articolo 1971 c.c. sarebbe sanzionata un'ipotesi di dolo. Aderendo a tale impostazione dovrebbe escludersi la legittimazione all'impugnativa in capo alla controparte consapevole della mala fede del litigante, e in ogni caso, a prescindere dalla sussistenza degli artifici e raggiri, sarebbe necessario che essa fosse incorsa in errore o per lo meno nutrisse dubbi sulla consistenza dell'avversa pretesa<sup>125</sup>.

La disposizione in esame non si occupa della posizione soggettiva della controparte del litigante temerario: sicché in dottrina si è ritenuto che l'annullamento dipenda esclusivamente dallo stato soggettivo di mala fede di una parte, cioè di consapevolezza del proprio torto giuridico, a prescindere dall'atteggiamento soggettivo dell'altra<sup>126</sup>.

L'annullamento non si pone dunque come rimedio ad un vizio della volontà: esso sanziona la violazione del dovere di buona fede in funzione della congruità dell'operazione realizzata dal contratto, di modo che si ritiene che in tale ipotesi ricorra un'ipotesi di vizio della causa in concreto, al quale ben può ricollegarsi il rimedio dell'annullamento<sup>127</sup>.

Ciò che il legislatore prenderebbe in considerazione non è l'elemento soggettivo rilevante in sé, come accade per l'errore essenziale e

---

VITERBO, *La <<res dubia>> e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, I, p. 220.

<sup>124</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 116

<sup>125</sup> Cass. 3 dicembre 1965, n. 2431, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1335 ss., con nota di A. LENER.

<sup>126</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1986, Napoli, p. 190; SANTORO-PASSARELLI, *La mala fede nella transazione di lite temeraria*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 107 ss.

<sup>127</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 118.

riconoscibile, ma la circostanza che la parte in male fede ottiene qualcosa pur essendo consapevole di non averne diritto.

La diversa ricostruzione della fattispecie normativa è rilevante ai fini della decorrenza del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di annullamento, il quale, aderendo a tale ultima impostazione, decorrerebbe dal momento della stipulazione e non da quello, eventualmente successivo, della scoperta dell'errore (articolo 1442 comma 2 c.c.).

Secondo l'impostazione dominante, la pretesa temeraria deve essere assolutamente ed obbiettivamente infondata<sup>128</sup>: essa è dunque circoscritta all'inesistenza del diritto ed alla consapevolezza della stessa.

Conseguentemente, non può configurarsi una pretesa temeraria nel caso in cui la consapevolezza non attenga all'inesistenza del diritto ma alla discrepanza, quantunque notevole, tra la pretesa e la reale consistenza dello stesso.

In merito alla sufficienza della colpa grave ai fini dell'annullamento, la giurisprudenza ha dato risposta negativa, essendo necessaria la consapevolezza della temerarietà<sup>129</sup>.

Non può ignorarsi l'impostazione che, ravvisando dei punti di contatto tra la norma in esame e l'articolo 96 c.p.c., ha sostenuto l'impugnabilità della transazione anche quando la parte versi in colpa grave nell'ignorare la propria pretesa. Infatti, l'articolo 96 c.p.c., tra l'altro, obbliga al risarcimento dei danni il litigante che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

Contro tale opinione è stato osservato che la temerarietà prevista nell'articolo 1971 c.c. è ulteriormente qualificata, rispetto a quella prevista nell'articolo 96 c.p.c., dal particolare atteggiamento della

---

<sup>128</sup> Cass. 03 aprile 2003, n. 5139, in *Giur. it.*, 2004, p.422; Cass. 4 giugno 1988, n. 3797 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 6; Corte Appello Reggio Calabria, 29 gennaio 2004, in *In iure presentia*, 2004, p. 24.

<sup>129</sup> Cass. 23 gennaio 1997, n. 712, in *Giust. civ. mass.*, 1997, p.118.

volontà della parte che avanza la pretesa, pur conoscendo l'inesistenza del diritto affermato<sup>130</sup>.

## **7. Forma e prova.**

Il sistema del codice civile attualmente in vigore ha rinnovato profondamente quello precedente, il quale all'articolo 1314 richiedeva in ogni caso la forma scritta a pena di nullità per tutte le transazioni qualunque fosse il loro oggetto.

L'articolo 1967 c.c. stabilisce, invece, che: “ *Le transazioni devono essere provate per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell'articolo 1350*”. La norma in esame prevede in generale la forma scritta *ad probationem*, con l'eccezione delle transazioni che abbiano per oggetto i rapporti giuridici menzionati nell'articolo 1350 n. 1-11, che devono essere fatte per atto pubblico o per scrittura privata a pena di nullità.

Dagli articoli 2683 e 2684 n.4 c.c., dove è disposto che “*le transazioni che hanno ad oggetto controversie sui diritti indicati*” ai n. 1-3 dell'articolo 2684 ( articolo 2684 n. 4 c.c.) sono soggette a trascrizione, si desume che anche le trascrizioni inerenti ai diritti reali su beni mobili registrati devono essere redatte in forma scritta ai fini della trascrizione<sup>131</sup>.

Dalla natura costitutiva della transazione deve inoltre dedursi che, se essa verta sui diritti menzionati dall'articolo 249 c.nav., la forma scritta è richiesta sotto pena di nullità<sup>132</sup>.

La forma delle transazioni è dunque libera, e ciò significa che non solo non sono necessarie formule sacramentali, ma che lo scritto può anche non rivestire la forma del contratto, purché provenga dalla parte cui

---

<sup>130</sup> E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1465.

<sup>131</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 54.

<sup>132</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 55.

viene opposto e rechi l'indicazione o il richiamo dell'intervenuta transazione; è possibile anche costituire delle scritture separate, non contestuali, o successive al tempo in cui il negozio transattivo è stato effettivamente posto in essere<sup>133</sup>.

L'esigenza probatoria insita nella norma in esame tende ad escludere solo che si possa dare la prova della transazione a mezzo di testimoni, e di riflesso, a mezzo di presunzione. Pertanto il giudice può trarre la prova di un accordo transattivo dalla corrispondenza scambiata tra le parti, dalla confessione giudiziale o extragiudiziale o dal giuramento.

In particolare la quietanza, che di per sé costituisce solo una confessione stragiudiziale dell'avvenuto pagamento, può valere a provare la transazione solo quando consente di individuare l'accordo di cui il pagamento si pone come esecuzione, e di accertare sia il rapporto litigioso, sia le reciproche concessioni<sup>134</sup>.

## **8. L'omologazione. La transazione sulla falsità dei documenti.**

L'esigenza di adottare la forma scritta sussiste inoltre nei casi in cui è richiesta l'omologazione del tribunale.

L'omologazione è un provvedimento di volontaria giurisdizione, mediante il quale viene esercitato un controllo sulla legittimità dell'atto, disposto a tutela rispettivamente dell'interesse pubblico all'autenticità dei documenti.

L'articolo 1968 c.c. prevede che la transazione nei giudizi civili di falso non produce effetto se non è omologata.

---

<sup>133</sup> E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1460.

<sup>134</sup> Cass. 15 giugno 2006, n. 15792, in *Riv. giur. lav.* 2006, 4, p. 622, con nota di ZITTI; Cass. 20 gennaio 2003, n. 732, in *Dir. e giust.* 2003, 7, p. 95; Cass., 06 ottobre 1999, n. 11117, in *Giust. civ. mass.* 1999, p. 2074.

Premessa della transazione sulla “falsità dei documenti” può essere solo una lite già tradotta in sede giudiziale, e precisamente la lite instaurata in seguito alla proposizione della querela di falso. Oggetto del contratto non è, come potrebbe presumersi dalla rubrica, la falsità del documento, che oltre ad essere una materia sottratta alla disponibilità delle parti, non consentirebbe di ravvisare concessioni reciproche, ma la “*situazione esistente fra le parti, con l’inclusione fra le reciproche concessioni del non uso o dell’uso del documento*” e la costituzione di un vincolo che va “*al di là di una semplice obbligazione*”<sup>135</sup>.

In tal modo la questione sulla falsità del documento, ricompresa nell’ambito di una lite più vasta, la cui soluzione giudiziale risentirebbe di una pronuncia sulla querela di falso, viene superata dall’accordo tra le parti.

Il rapporto tra omologazione e transazione è di reciproca indipendenza. Il potere del tribunale non si estende fino all’indicazione di eventuali modifiche dei termini dell’accordo, come invece accade nell’omologazione della separazione consensuale in ordine all’affidamento ed al mantenimento dei figli (articolo 158 comma 2 c.c.). L’omologazione non incide sulla validità del contratto, ma ne costituisce una condizione legale di efficacia<sup>136</sup>. Conseguentemente il contratto, anche se temporaneamente inefficace, sarà perfezionato e produttivo degli effetti preliminari consistenti nella irretrattabilità unilaterale e nell’aspettativa tutelata a norma dell’articolo 1356 c.c.. L’omologazione non è idonea a sanare i vizi della transazione, né eventuali vizi del provvedimento (ad esempio la mancata audizione del pubblico ministero) si riflettono sul contratto, la cui inefficacia perdura fino a quando non venga adottato un provvedimento valido.

---

<sup>135</sup> SANTORO-PASSARELLI, *L’omologazione della transazione*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 115 ss; ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 58.

<sup>136</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 58.

Il rifiuto di omologazione rende inutile la transazione.

## CAPITOLO III

### LA TRANSAZIONE NOVATIVA

#### 1. Efficacia novativa della transazione.

Accanto alla transazione semplice o pura, nella quale le parti affiancano l'accordo transattivo al precedente regolamento di interessi, il nostro legislatore, come visto, ha previsto nel comma 2 dell'articolo 1965 c.c. la figura della transazione mista, che si ha ogni qualvolta attraverso le reciproche concessioni si vanno a creare, modificare o estinguere rapporti diversi da quelli che hanno formato oggetto della pretesa e della contestazione tra le parti.

Così facendo il legislatore ha riconosciuto la possibilità che tale figura trovi applicazione anche quando sussiste un collegamento con altri negozi aventi schemi causali propri ed autonomi.

La transazione potrebbe, dunque, agire determinando una sostituzione integrale del precedente rapporto, che conseguentemente risulterebbe incompatibile con il nuovo regolamento di interessi. Tale *modus operandi* darebbe luogo alla figura della transazione c.d. novativa<sup>137</sup>.

L'articolo 1976 c.c. fa espressamente riferimento a tale specifica ipotesi di accordo transattivo nel momento in cui dispone che *“la risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente previsto”*.

Tale disposizione ingenera notevoli problemi di coordinamento con la disciplina generale in tema di novazione prevista nel nostro ordinamento<sup>138</sup>. Inoltre la poca chiarezza del dettato normativo,

---

<sup>137</sup> PANUCCIO DATTOLA, *La transazione novativa*, Milano 1996; IRENE PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della <<prior obligatio>>*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p.437.

<sup>138</sup> MOSCARINI-CORBO, voce <<Transazione>> in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1998, p. 9.

impedisce di delineare con immediatezza il contenuto novativo che caratterizza tale forma transattiva.

Per comprendere al meglio gli effetti della transazione novativa è necessario *in primis* accertare in che modo la transazione incide sulla situazione litigiosa, e il rapporto tra la fattispecie preesistente e quella successiva al negozio transattivo.

Un primo argomento da cui si devono prendere le mosse per inquadrare l'intero fenomeno è quello della costitutività della transazione, cioè della sua caratteristica di superare la controversia dettando tra le parti un regolamento certo e incontrovertibile, e non di limitarsi a chiarire il rapporto litigioso. Dunque il reale contenuto della situazione antecedente non viene accertato, e conseguentemente non viene accertato nemmeno se ed in che misura la transazione muta il rapporto litigioso, e quando la situazione successiva al negozio transattivo possa considerarsi un rapporto nuovo o la prosecuzione di quello preesistente<sup>139</sup>.

E' possibile dedurre che quando la controversia investe l'intero rapporto perché è in discussione la sua validità o la sua esistenza, dovrebbe costituire una possibile fonte degli effetti, proprio perché rimane incerto se ed in che misura la situazione sulla quale le parti concordano nella transazione stessa abbia una fonte antecedente.

La transazione sarebbe un atto che non solo regola, ma potenzialmente è anche fonte del rapporto che ad essa fa seguito.

In dottrina è largamente sostenuta l'idea che il negozio transattivo si ponga come fonte del rapporto successivo<sup>140</sup>.

Tale conclusione trova fondamento nel carattere dispositivo del contratto. Infatti se la composizione della lite e il superamento dell'incertezza vengono raggiunti attraverso la definizione per il futuro

---

<sup>139</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 268.

<sup>140</sup> NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 444 ss; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 33 ss.

dei rapporti tra le parti, indipendentemente dal reale contenuto di quelli preesistenti, potrebbe sembrare logico che questi nuovi rapporti trovino esclusivamente nella transazione la loro fonte.

Alcuni autori riconducono tale fenomeno nell'ambito del processo di rinnovazione del negozio, che si avrebbe nell'ipotesi in cui vengono emesse due successive dichiarazioni di volontà, della stessa o di diversa specie, ma con contenuto parzialmente analogo, la seconda delle quali si sostituisce integralmente alla prima come fonte del nuovo rapporto<sup>141</sup>. All'interno di questa teoria è però controverso se la rinnovazione del negozio, operata dalla transazione, comporti anche necessariamente la creazione di un nuovo rapporto, del tutto autonomo e distinto dal precedente, e se quindi si realizzi sempre una sostituzione dei rapporti. La costruzione dogmaticamente più rigorosa del fenomeno giunge ad una conclusione positiva, in base alla considerazione che la sostituzione della fonte del rapporto implica necessariamente la costituzione di uno nuovo, dal momento che non può pensarsi alla permanenza di un rapporto vecchio quando intervenga una nuova fonte. Conseguentemente la transazione creerebbe sempre un nuovo rapporto giuridico che si sostituisce al precedente; l'ampiezza di tale sostituzione sarebbe legata solo all'ambito della transazione e quindi alla delimitazione del suo oggetto. La sostituzione investirebbe l'intero rapporto quando l'oggetto della controversia sia l'esistenza o la validità del rapporto, e quindi la transazione riguardi il titolo stesso, sia esso negoziale o meno, e in questi casi la controversia sull'intero rapporto sarebbe superata dalla costituzione di un altro rapporto del tutto nuovo, che troverebbe fonte unicamente nella transazione.

---

<sup>141</sup> NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 452; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 34; PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile* diretto da D'AMELIO e FINZI, *Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p. 461.

Si avrebbe, al contrario, una sostituzione parziale quando la controversia, e quindi l'ambito della transazione, riguardi solo alcune modalità della fattispecie litigiosa. Incidendo solo su questi punti, la transazione opererebbe una sostituzione parziale del vecchio rapporto, che rimarrebbe integro nei suoi caratteri essenziali e nella sua fonte originaria<sup>142</sup>.

Altra parte della dottrina ha sollevato alcune obiezioni a tale costruzione<sup>143</sup>.

Innanzitutto la difficoltà di conciliare tale tesi con la previsione dell'articolo 1976 c.c.. Infatti tale disposizione si riferisce ad un'ipotesi di transazione che importa una sostituzione nei rapporti. Ne deriva che la norma dimostra che la transazione può operare in due modi differenti sul rapporto originario: o lasciandolo integro nei suoi elementi essenziali, o sostituendole del tutto.

In realtà anche l'impostazione richiamata individua due modi di operare del negozio transattivo, distinguendo la transazione che ha per oggetto l'intero rapporto, e quella che investe solo alcuni punti in discussione. In ogni caso la transazione sostituirebbe totalmente l'intera fattispecie controversa: nel primo caso la sostituzione riguarderebbe tutto il rapporto, nel secondo caso, la sostituzione riguarderebbe solo i punti oggetto di controversia, e il rapporto preesistente rimarrebbe nella sua essenza immutato.

A questa costruzione si è obiettato che i due modi di operare della transazione sono radicalmente diversi: può sostituire alla fattispecie controversa un nuovo rapporto del tutto diverso nel contenuto e nelle caratteristiche essenziali, o può chiudere la controversia con un accordo che può considerarsi una sostanziale prosecuzione del rapporto precedente. Ad esempio la controversia sull'ammontare di una obbligazione può chiudersi transattivamente o con la fissazione di una

---

<sup>142</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 36.

<sup>143</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 265.

linea mediana tra le due pretese, o con la creazione di un'obbligazione nuova che va a sostituire quella di entità incerta.

Ed è proprio a tale seconda ipotesi che fa riferimento l'articolo 1976 c.c. quando con l'espressione "transazione novativa" allude ad una transazione che pone un rapporto nuovo al posto di quello controverso. Tanto più se si considera che il legislatore ha posto la distinzione al fine di escludere la risolubilità per inadempimento della transazione novativa, esclusione che trova fondamento nell'impossibilità di far rivivere, dopo lo scioglimento della transazione, un rapporto che è stato cancellato dalle parti.

Dunque sembra inaccettabile, la distinzione che identifica nell'ampiezza dell'oggetto del negozio il criterio distintivo, e considera transazione novativa quella che investe la fonte del rapporto controverso e quindi la sua validità od esistenza.

E' stato osservato che una controversia che investa la validità dell'intera fattispecie litigiosa può anche chiudersi transattivamente senza alcuna sostituzione di rapporto: ad esempio la transazione sull'azione di nullità di un contratto può concludersi con la rinuncia all'azione di nullità e con una modifica di alcune clausole del contratto. Al contrario una sostituzione di rapporti può aversi anche quando, la controversia riguardi, come visto, solo alcune modalità del rapporto, ad esempio l'ammontare di un'obbligazione.

Per la giurisprudenza<sup>144</sup> deve essere qualificata novativa la transazione che determina l'estinzione del precedente rapporto e ad esso si sostituisce integralmente, di modo tale 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.

È qualificabile, invece, come transazione semplice o conservativa l'accordo con il quale le parti si limitano ad apportare modifiche solo

---

<sup>144</sup> Cass. 14 giugno 2006, n. 13717, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6.

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.

In altre pronunce è possibile leggere che *“La transazione, pur modificando la fonte del rapporto giuridico preesistente, non ne determina necessariamente l'estinzione in quanto, al di fuori dell'ipotesi di un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso, l'eventuale efficacia novativa della transazione dipende dalla situazione di oggettiva incompatibilità nella quale i due rapporti - quello preesistente e quello nuovo - vengono a trovarsi”*<sup>145</sup>.

Ulteriori argomenti contro l'idea che la transazione sostituisca sempre *ex novo* il rapporto controverso possono essere facilmente dedotti da i riflessi applicativi. La sostituzione di una nuova obbligazione a quella originaria provocherebbe l'estinzione di tutte le garanzie legate all'obbligo estinto, con la conseguenza che la garanzia fideiussoria si estinguerebbe con la transazione tra creditore e debitore principale, ogniqualvolta la controversia coinvolga l'esistenza dell'obbligo, salva una espressa rinnovazione da parte del fideiussore.

Oltre la fideiussione, anche tutte le altre garanzie e le clausole relative alla vecchia obbligazione non espressamente ripetute nel contratto transattivo verrebbero meno, dal momento che successivamente alla transazione vi sarebbe un rapporto del tutto nuovo.

Per fare un esempio, in seguito alla transazione tra erede e legatario sulla validità del legato, chiusa con il riconoscimento del legato stesso, il legatario si troverebbe ad avere un diritto contrattuale e non successorio, con tutte le conseguenze, sia tra le parti sia rispetto ai terzi (basti pensare ad un'ipotetica azione di riduzione).

---

<sup>145</sup> Cass. 19 maggio 2003 , n. 7830, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

Parte della dottrina si è spinta ad affermare che il vecchio rapporto non verrebbe sostituito, ma assorbito nel nuovo schema negoziale creato con la transazione, e il negozio transattivo diverrebbe la fonte non solo regolatrice ma anche creatrice<sup>146</sup>, ed ancora che la differenza tra le due figure sarebbe più di carattere quantitativo che qualitativo<sup>147</sup>.

Dunque è preferibile sostenere che con la transazione semplice le parti si limitano a modificare la situazione preesistente da cui scaturisce la controversia, con la transazione novativa si ha una sostituzione integrale di tale situazione.

Ma questa caratteristica non è costante, né tantomeno essenziale.

Infatti nell'ipotesi di transazione novativa, può non aversi alcuna innovazione, perchè si può verificare il caso di una perfetta coincidenza tra il regolamento dettato con la transazione e quello che aveva dato luogo alla controversia. Allo stesso modo può accadere che attraverso una transazione semplice si sostituisca integralmente il rapporto contestato con uno del tutto nuovo. Infatti quando la controversia verte sulla validità o sull'efficacia del rapporto, la transazione ha sempre, capacità creatrice dell'intera situazione controversa.

La lite si chiude con la permanenza del rapporto, eventualmente modificato, senza però aver chiarito se prima esso fosse stato realmente valido ed efficace; ne deriva che il negozio transattivo deve avere, almeno potenzialmente, capacità creatrice del rapporto, poiché qualora la fonte originaria non fosse idonea alla produzione di tale effetto è nella transazione che la fattispecie ad essa successiva deve trovare la propria origine<sup>148</sup>.

Tale orientamento porta sul piano pratico alla conclusione che, ad esempio, dopo la transazione l'obbligazione rimane extracontrattuale anche quando veniva contestata la stessa esistenza dell'obbligo

---

<sup>146</sup> NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 447 ss.

<sup>147</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2002, p. 1193.

<sup>148</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p.270.

risarcitorio derivante da fatto illecito<sup>149</sup>; oppure che anche quando la controversia riguardava la validità di un contratto di locazione, il rapporto locatizio che prosegue dopo la transazione deve considerarsi creato, a tutti gli effetti dal contratto originario.

Occorre chiarire ulteriormente come i fenomeni descritti operino sulla c.d. transazione mista.

L'esempio tipico di questa fattispecie è costituito dalla controversia sulla validità o sulla interpretazione di alcuni punti di un contratto, che si chiude con il mantenimento della situazione contestata, e con l'assunzione, da parte di un contraente, di un obbligo del tutto nuovo a favore della controparte che aveva avanzato la contestazione, come corrispettivo alla prosecuzione del vecchio rapporto.

Il nuovo obbligo assunto, quando la controversia riguardi un rapporto contrattuale, si inserisce nella situazione antecedente e si pone in rapporto di corrispettività con gli obblighi di controparte. Il rapporto precedente viene integrato con la nuova obbligazione sorta, cosicché lo stesso rapporto sinallagmatico viene modificato.

Proprio questa modifica delle caratteristiche fondamentali della fattispecie è stata adottata da una parte della dottrina come argomento a favore della tesi che la transazione sostituisce sempre integralmente la situazione controversa, o quanto meno costituisce fonte dell'intero rapporto successivo<sup>150</sup>. In particolare si è affermato che il fatto che la transazione si risolva sia per l'inadempimento dei nuovi obblighi sia di quelli attinenti al rapporto controverso, dimostrerebbe che l'intero rapporto successivo ha la sua unica fonte nella transazione.

Altra parte della dottrina ha sostenuto, al contrario, che non vi sarebbero ragioni per non applicare anche in questa ipotesi gli

---

<sup>149</sup> Il mantenimento del carattere extracontrattuale viene limitato invece da SANTORO-PASSARELLI (*La transazione*, Napoli, 1963, p.82) al caso di lite riguardante il *quantum* dell'obbligo risarcitorio; affermazione coerente con la costruzione, sostenuta dall'autore, dell'effetto sostitutivo dell'intero rapporto che avrebbe la transazione riguardante la stessa esistenza della situazione giuridica controversa.

<sup>150</sup> NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 446 ss.

argomenti per i quali la situazione controversa verrebbe, di regola, solo modificata dalla transazione.

Inoltre è possibile ribattere che lo schema contrattuale antecedente viene modificato allo stesso modo, sia quando la controversia che ha dato origine alla transazione verteva sulla validità del negozio originario, sia quando riguardava alcune sue parti.

Quando la transazione mista aggiunge al rapporto nascente, ad esempio, da una compravendita un ulteriore obbligo del venditore di migliorare e trasformare la cosa venduta, come corrispettivo al ritiro da parte del compratore della contestazione sull'ammontare del prezzo, il rapporto contrattuale viene alterato negli stessi termini di quando la transazione chiude una lite sulla validità del contratto.

Dunque anche la transazione mista deve essere ricondotta nell'ambito dei casi in cui il negozio transattivo opera di regola una mera modificazione del rapporto antecedente. La caratteristica di questo tipo di transazione è quella di costituire nuovi obblighi o rapporti di altro genere, e collegarli alla situazione antecedente ai fini della chiusura della controversia<sup>151</sup>.

E' utile precisare che l'inserimento di nuovi obblighi in un rapporto contrattuale già costituito può realizzarsi in due modi sostanzialmente diversi.

I nuovi obblighi possono entrare a far parte dello schema causale del vecchio rapporto, che conseguentemente viene modificato ma rimane integro nei suoi rapporti essenziali; o, al contrario, il vecchio rapporto può entrare a far parte di un nuovo schema contrattuale più ampio, di cui esso diviene un elemento, e dal quale viene assorbito. Per fare degli esempi pratici si può pensare, nel primo caso, a nuovi obblighi che appaltante e appaltatore assumono per migliorare e integrare il vecchio contratto; nel secondo caso, ad una dilazione di pagamento di

---

<sup>151</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 274.

un debito che assume tale importanza che il debitore si obbliga a compiere in corrispettivo una diversa prestazione, o che addirittura stipula un nuovo contratto a condizioni del tutto particolari e che costituisce in realtà il corrispettivo di tale dilazione.

Nella prima ipotesi il rapporto successivo al secondo negozio rimane quello tipico dell'appalto, integrato solo con le modifiche stabilite nella transazione; nell'altra ipotesi il secondo negozio crea uno schema contrattuale nuovo, nel quale il vecchio rapporto entra a far parte. In tutte e due le ipotesi il negozio successivo produce una prosecuzione del rapporto già esistente<sup>152</sup>.

## **2. Rapporti tra transazione novativa e novazione oggettiva.**

Alla luce di quanto detto, l'utilizzo del termine novazione sarebbe da attribuire proprio all'effetto sostitutivo ed al contempo estintivo che è tipico della novazione ai sensi dell'articolo 1230 c.c..

L'assimilazione tra transazione novativa e novazione oggettiva, benché sostenuta da alcuni autori<sup>153</sup>, è stata rifiutata dalla dottrina prevalente<sup>154</sup>, sulla base della considerazione del differente *modus operandi* delle due figure.

Prima di tutto si può osservare che mentre nella transazione novativa l'accento è posto sull'aspetto sostitutivo che la caratterizza, nella novazione prevale la funzione estintiva della precedente obbligazione:

---

<sup>152</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 274.

<sup>153</sup> NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 378; PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, XIII, t.5, Torino, 1985, p.353.

<sup>154</sup> MOSCARINI-CORBO, voce <<Transazione>>, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1998, p. 9; PANUCCIO-DATTOLA, *La transazione novativa*, Milano, 1996, p. 30; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.84 ss.; PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'AMELIO e FINZI, *Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p.464.

si tratta di un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento.

La stessa collocazione sistematica consente di individuare l'ambito applicativo della novazione solo in relazione ai rapporti di natura obbligatoria, mentre la transazione può investire qualsiasi situazione giuridicamente disponibile, determinando l'estinzione e la sostituzione del rapporto preesistente, obbligatorio o reale, e più in generale della situazione preesistente, anche se non costituisce un rapporto tra le parti in lite.

Per questo motivo in dottrina si è ritenuto più corretto parlare di transazione *innovativa*, nel senso che dà vita ad una situazione giuridica che si sostituisce integralmente alla precedente<sup>155</sup>.

Venendo ad analizzare i requisiti della novazione oggettiva, sono necessari: un'obbligazione originaria da novare, un *aliquid novi* cioè un oggetto o un titolo diverso, ed infine l'*animus novandi*.

Il primo requisito costituisce presupposto indefettibile della novazione oggettiva dal momento che l'articolo 1234 c.c. recita "*la novazione è senza effetto se non esisteva l'obbligazione originaria da novare*". In tale ipotesi infatti verrebbe meno la stessa giustificazione sottesa all'operazione realizzata, perché non potrebbe estinguersi un'obbligazione che non è mai esistita<sup>156</sup>.

La transazione, invece, costituisce efficacemente il nuovo rapporto, a prescindere dall'esistenza del precedente, in virtù della lite che funge da supporto giustificativo degli spostamenti patrimoniali disposti per la sua composizione<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 83 ss.

<sup>156</sup> BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1993, p. 458; IRENE PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della <<prior obligatio>>*, in *Riv.dir.civ.*, 1999, II, p. 438.

<sup>157</sup> ANTONELLA MARIA CAFARO, *La revocatoria delle garanzie per debito altrui e lo strano rimedio della transazione novativa*, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 241.

In merito agli altri due requisiti, parte della dottrina<sup>158</sup> e della giurisprudenza<sup>159</sup> sostiene la tesi secondo cui la transazione è novativa quando vi è una sostanziale modifica del titolo o dell'oggetto rispetto al rapporto preesistente, indipendentemente dalla volontà delle parti.

In quest'ottica assume rilevanza solo l'esistenza di un rapporto obbligatorio oggettivamente diverso da quello precedente, in modo che l'obbligazione posteriore derivante dalla transazione venga a sostituire quella oggetto del rapporto transatto. Non la volontà delle parti ma l'oggettiva incompatibilità tra nuovo e vecchio rapporto obbligatorio determinerebbe l'effetto novativo della transazione.

Altra parte della giurisprudenza sostiene che la transazione novativa, come la novazione, richieda l'elemento psicologico dell'*animus novandi*, oltre a quello oggettivo dell'*aliquid novi*<sup>160</sup>.

### **3. Conseguenze della transazione su titolo nullo.**

La disciplina della transazione relativa ad un titolo nullo è contenuta, come visto, nell'articolo 1972 c.c., che al primo comma sanziona la nullità di una transazione relativa ad un contratto illecito, mentre al secondo comma recita "*Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente ad un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo*".

La regola di fondo che emerge dalla disposizione in esame è quella della validità della transazione fatta su un titolo nullo, salvo che la nullità derivi da illiceità, e salvo l'errore sulla nullità.

---

<sup>158</sup> PALAZZO, *Transazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, 1999, p.414; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p. 83; BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1993, p. 450.

<sup>159</sup> Cass. 19 maggio 2003, n. 7830, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Cass. 15 novembre 1997, n. 11330, in *Foro it. Mass.*, 1997; Cass. 9 dicembre 1996, n. 10937, in *Rep. Giust.civ., transazione*, n.9; Cass. 12 maggio 1994, n. 4647, in *Vita notarile*, 1994, p. 1357.

<sup>160</sup> Cass. 28 febbraio 2006, n. 4445, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 2; Cass. 29 aprile 2005, n. 8983, in *Giust. civ.*, 2006, 1, p.136; Cass. 26 luglio 1974, n. 2256, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, 1999, p. 414.

Le problematiche che emergono dall'interpretazione del secondo comma dell'articolo 1972 c.c. riguardano: (i) l'ambito di applicazione e (ii) l'indole del vizio che determina l'invalidità.

Il codice del 1865 ammetteva l'impugnazione di una transazione "*fatta in esecuzione di un titolo nullo*", salvo che le parti avessero "*espressamente trattato della nullità*" (articolo 1774 cod. 1865).

La dottrina anteriore al vigente codice, per coordinare la regola della validità della transazione su titolo nullo, nella quale le parti avessero espressamente trattato della nullità, con il principio di invalidità della transazione relativa a titolo nullo nelle altre ipotesi, sosteneva che la transazione di cui all'articolo 1774 cod. 1865 che ammetteva l'impugnativa non era la transazione sul titolo nullo, ma quella fatta in esecuzione di un titolo nullo, cioè sulle modalità, sul *quantum*, rimanendo fuori contestazione il titolo stesso<sup>161</sup>. Secondo questa opinione, la transazione relativa ad un titolo nullo sarebbe stata valida, se la questione della nullità avesse costituito il *caput controversum*; al contrario sarebbe stata invalida, e l'invalidità non sarebbe derivata da errore, ma dalla stessa nullità del titolo, se la transazione, avesse riguardato solo l'esecuzione di un titolo nullo: conseguentemente sarebbe stata valida una transazione novativa, impugnabile ex articolo 1774 cod. 1865 una transazione non novativa.

Anche sotto la vigenza del nuovo codice civile, parte della dottrina, aveva avallato la tesi prospettata<sup>162</sup>.

Altra autorevole dottrina<sup>163</sup> ha osservato, in senso contrario, che quando la controversia non riguardi la nullità del titolo, il titolo stesso può rimanere al di fuori della transazione, ma può anche trovarsi dentro la transazione. Esistono cioè due possibilità quando la nullità del titolo non costituisca *caput controversum*: che la transazione riguardi l'esecuzione del titolo, o che riguardi il titolo stesso. Infatti la

---

<sup>161</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.162 ss.

<sup>162</sup> GIORGIANNI, *In tema di transazione sul titolo nullo*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 99 ss.

<sup>163</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.162 ss.

transazione può riguardare il titolo stesso nonostante la nullità non sia controversa, in tutti i casi in cui la lite investa il titolo, indipendentemente dalla nullità. La transazione riguarda invece le modalità della situazione derivante dal titolo, ad esempio il *quantum*, quando la lite stessa investa tali modalità. Secondo quest'orientamento l'articolo 1972 comma 2 c.c. farebbe riferimento solo alla prima delle due ipotesi, che sarebbe l'ipotesi della transazione novativa.

Infatti, la transazione semplice regolando la situazione giuridica non da sola, ma congiuntamente alla situazione preesistente, si rivelerebbe inutile, in caso di nullità, annullamento, rescissione, risoluzione, o comunque di esaurimento della fonte preesistente.

Viceversa la transazione novativa regola da sola la situazione giuridica, sostituendosi alla fonte preesistente, che scompare. Tutto ciò che attiene a tale fonte perde rilevanza, il titolo non è più esposto ad attacchi; conseguentemente il vizio del titolo può rilevare solo eventualmente e indirettamente, se diventa un vizio della transazione: come accade nel caso di negozio illecito, che importa la illiceità e la nullità della transazione, anche se l'illiceità è controversa (articolo 1972 comma 1 c.c.).

A conforto di questo orientamento, viene citata la stessa lettera della disposizione in esame: la rubrica indica la fattispecie come "*transazione su titolo nullo*", ed il testo del capoverso come transazione fatta "*relativamente ad un titolo nullo*", in luogo della transazione fatta "*in esecuzione di un titolo nullo*" riportata nella normativa anteriore (articolo 1774 cod. 1865).

Di diverso avviso si è mostrata una parte minoritaria della dottrina che sostiene l'applicabilità della norma in esame alla sola ipotesi di transazione non novativa<sup>164</sup>, che si affianca al precedente rapporto,

---

<sup>164</sup> BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, I, *Delle transazioni*, 1933, p. 467; GROPPALLO, *La natura giuridica della transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, I, p. 343; IRENE PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della <<prior obligatio>>*, in *Riv.dir.civ.*, 1999, II, p. 440.

convivendo con esso. L'impossibilità di applicare l'articolo 1972 comma 2 c.c. alla transazione novativa, sarebbe una conseguenza del fatto che tale figura estingue la fonte originaria del rapporto, determinando l'assoluta irrilevanza delle vicende, e conseguentemente dei vizi afferenti il titolo originario sul quale si basano le rispettive pretese delle parti.

In merito all'indole del vizio, autorevole dottrina sostiene che si tratterebbe di un'ipotesi di errore, in particolare di errore sul presupposto o sul motivo della validità del titolo, tipicamente determinante: l'errore di una delle parti sulla nullità del titolo determinerebbe l'annullabilità della transazione novativa<sup>165</sup>.

Ne consegue che se il titolo preesistente, sostituito dall'accordo transattivo, era nullo, allora tale vizio si trasformerà in un errore sul motivo che ha indotto la parte a transigere con conseguente invalidità della stessa ex articolo 1972 comma 2 c.c..

Nel caso di transazione non novativa, invece, la parte interessata dovrà far valere la nullità del titolo che continua a costituire la fonte del rapporto, e sarà proprio la declaratoria di tale nullità a determinare l'automatica invalidità del negozio transattivo<sup>166</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>167</sup> ritiene che si tratti di un'applicazione dei principi generali in tema di errore: riguardando la situazione sulla quale la transazione ha inciso, cadrebbe sull'oggetto del negozio e costituirebbe sempre un errore essenziale.

L'articolo 1972 comma 2 è una norma eccezionale e per tale motivo non può trovare applicazione in via analogica nel caso di ignoranza dell'annullabilità del titolo.

---

<sup>165</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, p.162 ss.

<sup>166</sup> IRENE PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della <<prior obligatio>>*, in *Riv.dir.civ.*, 1999, II, p. 440; MOSCARINI-CORBO, voce <<Transazione>>, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1998, p. 14.

<sup>167</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 288.

Diversamente, alla nullità sono state equiparate l'inesistenza della fonte originaria, l'avvenuto annullamento e altre cause di inefficacia fatte valere vittoriosamente prima della transazione<sup>168</sup>.

Si è osservata, d'altro canto, anche l'impossibilità di ricondurre le conseguenze previste dall'articolo 1234 comma 1, regolante l'ipotesi di nullità della *prior obligatio*, alla transazione di tipo novativo.

La dottrina ritiene che tale impossibilità derivi dalle differenze strutturali e sostanziali sottese alla transazione e alla novazione. In particolare mentre la novazione, quale modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, trova il suo fondamento nell'obbligazione originaria da novare, presupposto della transazione resta sempre e comunque la *res litigiosa* cui le parti pongono fine facendosi reciproche concessioni. Conseguentemente non avrebbe senso novare e quindi estinguere un'obbligazione inesistente in quanto nulla, mentre sarebbe possibile transigere una controversia relativa ad un titolo nullo.

La nullità non sarebbe come tale di ostacolo alla transazione, venendo il titolo del tutto superato dall'accordo transattivo<sup>169</sup>.

#### **4. Transazione novativa e risoluzione: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.**

Sotto la vigenza del previgente codice civile, nel quale mancava una disposizione analoga all'attuale articolo 1976 c.c., la questione più controversa in materia di transazione riguardava l'ammissibilità della risoluzione per inadempimento<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 107; E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991, p. 1469.

<sup>169</sup> IRENE PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della <<prior obligatio>>*, in *Riv.dir.civ.*, 1999, II, p. 441.

<sup>170</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 126.

Parte della dottrina escludeva la risolubilità, sottolineando l'assimilazione con la sentenza irrevocabile enunciata nell'articolo 1772 cod. 1865, e sostenendo che la transazione avesse natura dichiarativa<sup>171</sup>.

Il legislatore del 1942 ha espressamente previsto la risolubilità per inadempimento della transazione, in quanto contratto a prestazioni corrispettive, dal momento che nell'articolo 1976 c.c. ha escluso tale ipotesi di risoluzione solo nel caso di transazione novativa, salvo l'esistenza di un patto contrario tra le parti.

In virtù di tale disposizione, la mancata previsione della risoluzione per inadempimento consente al soggetto non inadempiente di avvalersi solo dell'eccezione prevista nell'articolo 1462 c.c., o di chiedere l'adempimento e/o il risarcimento del danno<sup>172</sup>.

L'introduzione di tale norma non ha eliminato del tutto i dubbi sulla questione.

Parte della dottrina<sup>173</sup> ritiene che la previsione della irrisolubilità della transazione novativa debba essere letta alla luce dei principi generali dei contratti a prestazioni corrispettive.

Non si tratterebbe di un'eccezione all'articolo 1453 c.c., ma al contrario di un adeguamento della disciplina generale all'operazione disposta dalla transazione novativa.

Si è sottolineato che tra la risoluzione per inadempimento e la transazione novativa non vi è un'incompatibilità ontologica, in quanto le parti possono derogare alla previsione legislativa e disporre la risolubilità del negozio. La regola trova la "*propria ragion d'essere nel fatto che il venir meno della transazione susseguente alla risoluzione per inadempimento, farebbe rivivere la situazione originaria che le parti medesime, con la transazione novativa, hanno inteso*

---

<sup>171</sup> BUTERA, *Transazione*, in *D.I. XXIII*, 1925, p. 543 ss.

<sup>172</sup> SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p.320 ss

<sup>173</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 128.

*estinguere*<sup>174</sup>, a meno che l'espressa previsione della risolubilità mostri l'intento di volere solo la quiescenza e non il definitivo accantonamento della situazione preesistente.

Tale impianto legislativo deve però essere coordinato con i principi generali in materia di contratti, per evitare che il soggetto che abbia adempiuto la propria prestazione, di fronte all'inadempimento di controparte, quando la domanda diretta ad ottenere l'adempimento si profili in partenza infruttuosa, non possa avvalersi dell'unico strumento che gli consente di recuperare quanto prestato, la risoluzione per inadempimento, e debba invece accontentarsi del risarcimento del danno.

In quest'ordine di idee, parte della dottrina<sup>175</sup> ha ritenuto che nell'ambito della tutela risarcitoria debba essere ricompreso il potere di recuperare in forma specifica, ove possibile, il bene che ha costituito oggetto della prestazione già eseguita.

Così opinando si interpreta l'articolo 1976 c.c. tenendo conto delle peculiarità della transazione novativa e dei principi generali che presiedono al regime dei contratti a prestazioni corrispettive. In sostanza l'impostazione richiamata finisce con il riconoscere la risolubilità per inadempimento della transazione novativa, pur negando che ad essa consegua il ripristino della situazione preesistente<sup>176</sup>.

Bisogna ulteriormente chiarire in che misura l'inadempimento debba essere riferito alla transazione o al rapporto originario, e quando la risoluzione debba applicarsi al contratto antecedente o a quello transattivo.

---

<sup>174</sup> Cass. 28 agosto 1993, n. 9125, in *I contratti*, 1993, p. 677 ss. con nota di MIMMA MORETTI.

<sup>175</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 129.

<sup>176</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 129.

Se il rapporto, di cui fa parte l'obbligazione inadempita è autonomo e nuovo rispetto a quello controverso, e ha trovato nella transazione la sua fonte, è evidente che dovrà essere risolto il contratto transattivo<sup>177</sup>.

Maggiormente problematica è l'ipotesi in cui la transazione modifichi solo il rapporto preesistente e si aggiunga a questo.

Si possono verificare diverse ipotesi.

In primo luogo, come visto, l'inadempimento può riguardare un'obbligazione diversa da quelle del rapporto contestato, costituita con la transazione come corrispettivo del mantenimento della situazione litigiosa; è l'ipotesi di una transazione mista, ex articolo 1965 comma 2 c.c., nella quale il rapporto originario entra a far parte di uno schema negoziale più ampio.

In tale ipotesi, è evidente che l'interesse del contraente è volto ad ottenere la risoluzione della transazione, con il conseguente ripristino di quella situazione incerta nella quale aveva avanzato delle pretese, che erano state abbandonate in vista delle controprestazioni che non sono state adempiute. La risoluzione rappresenta un mezzo efficace di tutela del contraente adempiente<sup>178</sup>.

L'inadempimento può anche riguardare una obbligazione del rapporto originario che è stata mantenuta ed eventualmente solo modificata con la transazione. Siamo nell'ipotesi di una transazione pura, e l'interesse della parte adempiente non è più volto alla risoluzione dell'accordo raggiunto, e al ripristino della situazione precedente, ma semmai alla scioglimento dell'intero rapporto.

Ad esempio, nella controversia tra appaltante e appaltatore chiusa con una transazione che prosegue il rapporto, modificando solo alcuni punti, in caso di inadempimento totale dell'appaltatore, l'interesse

---

<sup>177</sup> VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954, p. 328 e 379.

<sup>178</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 277.

dell'appaltante non è al ripristino della situazione precedente, ma alla caduta dell'intero rapporto.

Pertanto si deve ritenere che l'inadempimento della transazione si riflette sul rapporto cui essa accede, quando il peso della stessa è tale che il suo venir meno non consentirebbe la realizzazione dell'assetto degli interessi, originariamente reclamato da colui che agisce per la risoluzione<sup>179</sup>.

Se invece l'inadempimento impedisce la realizzazione solo dell'assetto di interessi disposto transattivamente, permane l'interesse a riproporre le pretese che erano state superate e la risoluzione può essere circoscritta alla transazione.

L'articolo 1976 c.c. testualmente vieta la risolubilità per inadempimento della transazione novativa.

Se si considera la *ratio* sottesa all'inammissibilità della risoluzione per inadempimento della transazione novativa, qualche dubbio può sorgere in merito alle esclusioni dalla previsione normativa in esame delle altre forme di scioglimento del rapporto contrattuale.

Gli effetti della risoluzione, sia essa volontaria, legale o giudiziaria, visti nella loro generalità, possono essere sintetizzati con la formula del "ripristino dello *statuts quo antè*", situazione anteriore che nella fattispecie in esame è la situazione incerta che è stata superata mediante l'accordo transattivo.

Dunque è proprio tale caratteristica che differenzia il contratto di transazione dagli altri contratti a prestazioni corrispettive, in tema di risoluzione: in genere in seguito allo scioglimento del contratto non vi è più alcun rapporto tra le parti, mentre in caso di transazione rivivrà l'originario rapporto.

---

<sup>179</sup> MARIO SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 277; ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 130.

Se uguali sono gli effetti delle varie tipologie di risoluzione, il problema della reviviscenza del rapporto dovrebbe aversi anche nell'ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

In realtà differente è il presupposto e il modo di operare di tale forma di scioglimento del contratto.

*In primis* vi è l'impossibilità di effettuare la prestazione e conseguentemente l'estinzione dell'obbligazione, e, in secondo luogo, lo scioglimento del contratto opera di diritto.

Una cosa è sancire che la "*risoluzione per inadempimento non può essere richiesta*" (art. 1976 c.c.) altro è affermare che non può operare lo scioglimento automatico che la legge riconnette ad una causa estintiva dell'obbligazione.

Per la dottrina prevalente<sup>180</sup> e per la giurisprudenza<sup>181</sup>, la norma in esame deve essere interpretata in senso restrittivo, per cui non sussistono ostacoli a ritenere risolubile la transazione per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta.

## **5.Casistica.**

Per comprendere meglio le problematiche applicative, scaturenti dall'interpretazione della normativa in materia di transazione, è utile analizzare la posizione della giurisprudenza di fronte ad alcune questioni.

### ***5.1 Transazione ed obbligazione solidale.***

---

<sup>180</sup> ENRICO DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 131.

<sup>181</sup> Cass. 28 agosto 1993, n. 9125, in *I contratti*, 1993, p. 677 ss. con nota di MIMMA MORETTI.

Recentemente i giudici della Suprema Corte<sup>182</sup> hanno dovuto affrontare il problema del rapporto tra transazione e obbligazioni solidali.

Le disposizioni di rilievo in materia sono sostanzialmente due: l'articolo 1304 c.c., secondo cui *“La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarino di volerne profittare”*, e l'articolo 1300 c.c. il quale dispone che *“la novazione tra il creditore e uno dei debitori in solido libera gli altri debitori. Qualora però si sia voluto limitare la novazione a uno solo dei debitori, gli altri non sono liberati che per la parte di quest'ultimo”*.

Le questioni interpretative affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza riguardano: (i) la portata applicativa delle due norme, in particolare se nell'ambito dell'articolo 1304 c.c. possa rientrare ogni ipotesi di transazione, o se al contrario in caso di transazione novativa debba applicarsi l'articolo 1300 c.c., nonché (ii) l'individuazione degli effetti che la transazione abbia sui rapporti interni tra i condebitori e sui rapporti esterni di questi con il comune creditore.

Presupposto per l'analisi della problematica è che la transazione riguardi l'intero debito. Infatti nel caso in cui la transazione sia limitata alla sola quota del condebitore che la stipula, *“riduce l'intero debito dell'importo corrispondente alla quota transatta con il conseguente scioglimento del vincolo solidale fra lo stipulante e gli altri condebitori, i quali rimangono obbligati nei limiti della loro quota”*<sup>183</sup>.

E' opinione pacifica che l'articolo 1304 c.c. trovi applicazione nel caso di transazione semplice.

Infatti non avendo i condebitori partecipato alla negoziazione della transazione, non devono subire le conseguenze delle scelte del debitore che ha stipulato l'accordo transattivo, a meno che non dichiarino di

---

<sup>182</sup> Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *I contratti*, 2007, 1, p.10 ss.

<sup>183</sup> Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *I contratti*, 2007, 1, p. 10 ss. con nota di E. VAGLIO.

volerne profittare<sup>184</sup>, nel qual caso i condebitori sono obbligati alle nuove condizioni convenute nella transazione.

Sotto questo profilo l'articolo 1304 c.c. si pone in posizione di continuità con la regola della relatività degli effetti del contratto, indicata dall'articolo 1372 c.c.<sup>185</sup>.

Nell'ipotesi in cui i condebitori non dichiarino di volerne profittare, la dottrina prevalente<sup>186</sup> e la giurisprudenza<sup>187</sup> hanno affermato l'inefficacia della transazione, sia nei rapporti esterni fra costoro ed il comune creditore, sia nei rapporti interni con il debitore che ha stipulato la transazione.

Per quanto riguarda i rapporti esterni con il creditore, è stato osservato che se la transazione è totalmente improduttiva di effetti, i condebitori rimarrebbero in ogni caso obbligati per la quota originaria nei confronti del creditore. In tal modo, in caso di transazione che ha ridotto l'ammontare del debito originario, essi non verrebbero liberati dall'obbligo di dover ottemperare un'eventuale richiesta del creditore di ottenere la quota originaria, di importo superiore rispetto a quanto stabilito con la transazione. Conseguentemente ciò porterebbe di fatto alla neutralizzazione degli effetti della transazione<sup>188</sup>.

Infatti, il creditore transigente potrebbe non sopportare alcun sacrificio in seguito alla transazione, se gli rimanesse comunque la possibilità di soddisfare per intero le sue pretese. La variazione del credito sarebbe puramente virtuale e la transazione perderebbe la sua funzione tipica per trasformarsi in un fatto produttivo di vantaggi solo per il creditore che, di fatto, vedrebbe moltiplicate le proprie *chances* di ottenere l'adempimento.

---

<sup>184</sup> La dichiarazione non è soggetta ad alcuna forma particolare, può essere espressa o tacita; Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 45.

<sup>185</sup> MOSCARINI-CORBO, *Transazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p.7.

<sup>186</sup> D. RUBINO, *Obbligazioni alternative, obbligazioni solidali, obbligazioni divisibili ed indivisibili*, in *Commentario Scialoja-Branca, Delle obbligazioni*, vol. IV, Bologna-Roma, 1968, p. 271; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 1975, p. 303.

<sup>187</sup> Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *I contratti*, 2007, 1, p. 10 ss. con nota di E. VAGLIO.

<sup>188</sup> M.COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, p. 24 ss; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. La transazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXVII, 2, Milano, 1954, p. 316.

Anche il debitore transigente, potrebbe perdere il beneficio della transazione, per effetto del legittimo regresso degli altri condebitori estranei alla transazione, che potrebbero agire per ottenere l'importo originario.

In realtà appare corretto rilevare che, nel caso in cui sia stata pagata la somma convenuta con la transazione, il creditore non avrebbe più titolo per chiedere la restante parte agli altri condebitori. D'altra parte l'adempimento effettuato da uno dei condebitori in solido libera anche gli altri coobbligati ai sensi dell'articolo 1292 c.c..

La transazione, dunque, pur in mancanza di una dichiarazione di volerne profittare, produrrebbe comunque un effetto nei confronti degli altri condebitori: l'estinzione del loro obbligo nei confronti del creditore, pur a fronte del pagamento di un importo diverso da quello originariamente previsto.

Secondo autorevole dottrina<sup>189</sup> anche applicando il principio di relatività del contratto, non potrebbe escludersi che qualche influenza, sia pure indiretta o riflessa, del contratto si riverberi nei riguardi di soggetti diversi dagli stipulanti.

Con riferimento alle conseguenze del principio disposto dall'articolo 1304 c.c. sui rapporti interni fra i condebitori vi è univocità di opinioni sia in dottrina che in giurisprudenza.

In particolare i giudici hanno affermato che se la transazione ha ridotto o aumentato l'ammontare del debito originario, la misura del regresso va determinato applicando le percentuali delle quote interne all'ammontare originario, e non a quello ridotto o aumentato<sup>190</sup>.

Secondo i sostenitori di tale conclusione, questo sarebbe l'unico meccanismo che consente al soggetto transigente di non vedere vanificati gli effetti della convenzione posta in essere.

---

<sup>189</sup> M.COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, p. 27.

<sup>190</sup> Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *I contratti*, 2007, 1, p. 10 ss. con nota di E. VAGLIO.

Bisogna però considerare un'ipotesi particolare, il caso in cui il creditore rivolga la richiesta di pagamento direttamente agli altri condebitori, malgrado l'esistenza della transazione. Abbiamo visto che se il transigente ha pagato, il creditore non può più avanzare richieste agli altri condebitori, ma finché ciò non avvenga, il creditore ha la facoltà di scegliere a chi rivolgere la propria richiesta.

In questo caso l'inefficacia della transazione nei confronti dei condebitori che non vi hanno partecipato, né hanno dichiarato di volerne profittare, implicherebbe il pagamento da parte di questi ultimi della somma originaria, e la possibilità successiva di richiedere al debitore transigente, in sede di regresso, la quota riferita all'obbligazione originaria. Così facendo verrebbero vanificati i benefici e gli effetti della transazione.

Parte della dottrina ha affermato che il debitore che ha concluso la transazione non possa sottrarsi all'obbligo di pagare in via di regresso la quota originaria, ma considerato che ciò deriverebbe da un comportamento del creditore, potrebbe chiedere il risarcimento del danno al creditore stesso<sup>191</sup>.

In caso di transazione novativa della originaria obbligazione solidale, ad esempio nell'ipotesi in cui venga sostituita la prestazione con un'altra diversa, in caso di solidarietà passiva, secondo parte della dottrina<sup>192</sup>, non si applicherebbe l'articolo 1304 c.c. ma l'articolo 1300 comma 1 c.c..

Nei rapporti esterni con il creditore, i condebitori sarebbero automaticamente liberati, senza necessità di dichiarare di voler profittare della transazione, salva l'ipotesi di un effetto novativo limitato *pro quota* che comporta solo una proporzionale riduzione del debito solidale degli altri condebitori.

---

<sup>191</sup> M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, p. 33.

<sup>192</sup> G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 203; D. RUBINO, *Obbligazioni alternative, obbligazioni solidali, obbligazioni divisibili ed indivisibili*, in *Commentario Scialoja-Branca, Delle obbligazioni*, vol IV, Bologna-Roma, 1968, p.271 ss.

Nei rapporti interni, i condebitori che non hanno preso parte alla transazione, rimarrebbero comunque obbligati in via di regresso, salvo espressa rinuncia da parte del debitore transigente, che compirebbe in tal modo “una donazione indiretta ai propri consorti”<sup>193</sup>.

Bisogna dar conto di un’impostazione minoritaria, per cui il debitore che ha novato non avrebbe un diritto di regresso da esercitare nei confronti degli altri, in quanto non sussisterebbe il presupposto dell’estinzione satisfattiva del credito<sup>194</sup>.

Secondo un altro orientamento<sup>195</sup>, avallato dalla Suprema Corte nella fattispecie in esame, l’articolo 1304 c.c. si applica alla transazione novativa, in quanto transazione e novazione non sono fattispecie identiche o assimilabili, con la conseguenza che la disciplina dell’una non si comunica all’altra.

### ***5.2 Transazione novativa trilatera e contratto preliminare.***

La Suprema Corte<sup>196</sup> si è occupata, per la prima volta della questione concernente la possibilità che una scrittura transattiva novativa trilatera sia fonte o meno di obbligazioni che postulano per il loro adempimento coattivo, da realizzarsi mediante una sentenza costitutiva di trasferimento immobiliare ai sensi dell’articolo 2932 c.c., la compresenza necessaria di tutti i soggetti partecipi dell’atto negoziale transattivo stipulato con funzione di componimento delle liti pregresse.

In particolare la transazione conteneva: (i) la previsione di un obbligo a stipulare un contratto di compravendita in qualità di acquirente a carico di una delle parti, (ii) un impegno ad alienare a carico di una

---

<sup>193</sup> D. RUBINO, *Obbligazioni alternative, obbligazioni solidali, obbligazioni divisibili ed indivisibili*, in *Commentario Scialoja-Branca, Delle obbligazioni*, vol IV, Bologna-Roma, 1968, p.258.

<sup>194</sup> M. BIANCA, *Diritto civile, L’obbligazione*, vol. IV, Milano, 1993, 728, nota 109.

<sup>195</sup> M. FRANZONI, *La transazione*, Padova , 2001, p. 292; BIANCA, *Diritto civile, l’obbligazione*, IV, 1993, p. 740; M.COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, p. 20 ss.

<sup>196</sup> Cass. 17 novembre 2003, n. 17373, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 11.

seconda parte, e (iii) il diritto a ricevere parte del prezzo dell'alienazione in capo ad una terza parte.

I giudici hanno dato risposta positiva, sottolineando che il momento esecutivo della convenzione, cioè quello dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria di versare il prezzo in parte all'alienante e in parte al terzo, si pone sul piano sia genetico che funzionale, come una vicenda a partecipazione necessaria di tutte le parti della transazione.

Altrimenti opinando si finirebbe per riconoscere ad una parte in lite la legittimazione a far valere in giudizio, sia pure in parte, il diritto di un terzo, senza che tale legittimazione trovi la sua fonte in un atto processualmente costitutivo di tale potere.

Il carattere della transazione novativa, evidenzia la Suprema Corte, è quello di essere un negozio di secondo grado, ma non ausiliario, bensì principale, con la conseguenza che essa rappresenta l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti.

Un giudizio celebrato in assenza del terzo transigente si risolverebbe in una pronuncia contenente la dichiarazione dell'avvenuto trasferimento del bene dall'alienante all'acquirente (parti sostanziali della transazione), entrambi parti processuali, e in una contestuale pronuncia contenente l'intimazione all'alienante di versare il prezzo in parte al terzo che non partecipa al giudizio.

Il terzo, nonostante la pronuncia a lui favorevole, non avrebbe la facoltà di avvalersi ed azionare tale *decisum*: si tratterebbe di una surreale ipotesi di "sentenza a favore di terzo"; per converso, tale *decisum* non potrebbe nemmeno essere fatto valere dalla parte presente in giudizio, e beneficiaria della condanna al pagamento del prezzo, oltre i limiti di quanto a lei dovuto, non essendovi la legittimazione per agire *in executivis* in nome e per conto della parte non partecipe al giudizio.

La procura generale aveva sostenuto che la condanna in favore della parte della transazione non evocata in giudizio, poteva trovare fondamento giuridico nella considerazione che la sentenza costitutiva di trasferimento *transationis causa* fosse un contratto a favore di terzo. I giudici di legittimità hanno ribadito che proprio la mancanza di un contratto di trasferimento, sostituito dalla sentenza costitutiva, dimostrava l'assoluta in configurabilità della fattispecie prevista nell'articolo 1411 c.c..

### ***5.3 Transazione novativa e prescrizione.***

I giudici di legittimità hanno affermato che: *“Il diritto oggetto di un atto transattivo avente natura novativa - cioè funzionalizzato a mutarne titolo o a estinguere le pregresse posizioni soggettive costituendone al loro posto altre autonome e distinte - si sottrae al termine prescrizionale proprio (in ipotesi inferiore a quello ordinario) ed è soggetto all'ordinario termine prescrizionale decennale. Ne consegue che al diritto ad un compenso nascente da un accordo transattivo avente natura novativa funzionalizzato all'incentivazione delle dimissioni del lavoratore non si applica la prescrizione quinquennale prevista per i crediti di lavoro dall'art. 2948 n. 4 c.c. ma l'ordinaria prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c.”*<sup>197</sup>.

Nel caso di specie un lavoratore in data 14 gennaio 1987 aveva raggiunto con il proprio datore di lavoro un accordo in forza del quale quest'ultimo si era impegnato a corrispondergli una somma di denaro (oltre al t.f.r.), come corrispettivo per le dimissioni che sarebbero state rassegnate con effetto dal 30 aprile 1987.

Con ricorso depositato in data 23 febbraio 1994, il lavoratore aveva chiesto la condanna del datore di lavoro al pagamento di quanto

---

<sup>197</sup> Cass. 11 agosto 2000, n. 10657, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 814 con nota di TOPO.

previsto nella transazione, oltre interessi e rivalutazione dal 30 aprile 1987 fino al saldo.

Controparte aveva eccepito la prescrizione quinquennale del diritto azionato dal lavoratore.

La Corte riprendendo un orientamento consolidato in giurisprudenza, ha ribadito che a seguito dell'accordo transattivo con efficacia novativa intervenuto tra le parti, il diritto azionato da parte attrice ha perso la natura di credito di lavoro, per configurarsi come un diritto scaturente da un diverso rapporto negoziale. Infatti per sottrarre al termine prescrizione proprio il diritto oggetto di un atto transattivo è necessario che detto atto abbia natura novativa.

#### ***5.4 Transazione e cessazione della comunione.***

Di particolare interesse è una pronuncia della Suprema Corte che ha affermato che *“Il discrimen tra divisione transattiva, rescindibile (art. 764, comma 1, c.c.) e transazione divisoria, non rescindibile (art. 764, comma 2, c.c.), nè annullabile per errore (art. 1969 c.c.), è costituito non dalla natura transattiva di una controversia divisionale, ricorrente in entrambi i negozi, bensì dall'esistenza (nella prima) o meno (nella seconda) di proporzionalità tra le attribuzioni patrimoniali e le quote di ciascuno dei partecipanti alla comunione”*<sup>198</sup>.

E' necessario in primo luogo distinguere la divisione dalla transazione, distinzione che in astratto è estremamente agevole: la prima scioglie la comunione mediante l'apporzionamento, la seconda compone la lite mediante reciproche concessioni tra le parti<sup>199</sup>.

Il problema sorge quando i comunisti sciolgono la comunione attraverso una transazione e ciò può verificarsi in diversi modi.

---

<sup>198</sup> Cass. 6 agosto 1997, n. 7219, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1337.

<sup>199</sup> E. MINERVINI, *Transazione e cessazione della comunione*, in *Riv.dir.comm.*, 1987, II, 45 ss.

In primo luogo, può verificarsi l'ipotesi in cui le parti sciolgono contrattualmente la comunione mediante l'apporzionamento, componendo controversie sul valore dei beni da dividere e sull'ammontare dei conguagli: le c.d. divisioni transattive.

Tali contratti, secondo parte della dottrina, sarebbero soggetti alla disciplina della divisione, e conseguentemente sarebbero rescindibili per lesione oltre il quarto ai sensi dell'articolo 764 comma 1 c.c..

Altra parte della dottrina e la giurisprudenza ritengono invece che l'azione di rescissione non sarebbe ammissibile, ogni qual volta la transazione riguardi il valore delle porzioni assegnate<sup>200</sup>. Si sostiene infatti la natura mista di tali contratti, nei quali la causa della divisione convive con quella della transazione.

Si è obiettato che in tal modo si attribuirebbe natura transattiva ad un negozio, la divisione, che di per sé compone conflitti economici tra le parti. Con la conseguenza che quando le parti sciolgono la comunione mediante l'apporzionamento, componendo anche conflitti economici sul valore dei beni o sull'ammontare dei conguagli, stipulano una vera e propria divisione<sup>201</sup>, soggetta in quanto tale all'azione di rescissione.

Tra i comunisti può sorgere una controversia giuridica sul diritto a dividere o su altri diritti scaturenti dalla comunione. Tale controversia può essere risolta transattivamente e successivamente può aversi la divisione. In questo caso si è in presenza di due contratti, una transazione ed una successiva divisione, ognuno soggetto alla disciplina sua propria.

Conseguentemente la transazione deve ritenersi irrescindibile ai sensi dell'articolo 1970 c.c., e la divisione rescindibile ex articolo 763 comma 1 c.c..

Parte della dottrina ha sostenuto invece la possibile applicazione dell'azione di rescissione per lesione oltre il quarto alla fattispecie in

---

<sup>200</sup> CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 103; Cass. 5 aprile 1975, n. 1217, in *Temì*, 1976, p. 399 ss.

<sup>201</sup> E. MINERVINI, *Transazione e cessazione della comunione*, in *Riv.dir.comm.*, 1987, II, 45 ss.

esame. Si è detto che l'articolo 764 comma 2 c.c. con la locuzione “*questioni insorte a causa della divisione o dell'atto fatto in luogo della medesima*”, farebbe riferimento solo alle transazioni successive temporalmente alla divisione, con la conseguenza che le transazioni precedenti la divisione sarebbero pienamente rescindibili in quanto rientranti nell'ambito di applicazione del comma 1 dell'articolo 764 c.c.<sup>202</sup>.

A favore della tesi contraria, si è affermato<sup>203</sup> che in primo luogo il primo comma dell'articolo 764 c.c. si riferisce testualmente agli atti che fanno cessare la comunione, nel caso in esame la transazione compone controversie anteriori al contratto di divisione. In secondo luogo non è ravvisabile la *ratio* di distinguere, in merito alla rescissione, tra transazione anteriore e posteriore alla divisione. Infine nel caso di specie deve trovare applicazione l'articolo 1970 c.c. che sancisce l'irrescindibilità della transazione senza operare alcuna distinzione, dovendosi considerare l'articolo 764 comma 2 c.c. una semplice applicazione in materia di divisione.

Un'ulteriore ipotesi che può verificarsi si ha nel caso in cui i comunisti, insorta una controversia giuridica, ad esempio, sul diritto a dividere, transigano la lite sciogliendo direttamente la comunione, mediante la formazione di porzioni. In questa ipotesi non vi sono due contratti, ma un unico negozio, la c.d. transazione divisoria, in quanto la composizione della lite può essere realizzata anche attraverso la cessazione della comunione.

Secondo parte della dottrina, proprio a tale ipotesi dovrebbe fare riferimento l'articolo 764 comma 1 c.c., nel quale si afferma che l'azione

---

<sup>202</sup> GAZZARA, *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 427; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 601.

<sup>203</sup> E. MINERVINI, *Transazione e cessazione della comunione*, in *Riv.dir.comm.*, 1987, II, 45 ss.

di rescissione, propria della divisione, è esperibile anche contro ogni atto che abbia l'effetto di far cessare la comunione<sup>204</sup>.

A sostegno della rescindibilità della transazione con cui si scioglie la comunione si argomenta *a contrario* dal comma 2 dell'articolo 764 c.c.: poiché è espressamente esclusa la rescindibilità della sola transazione post-divisoria, la transazione contemporanea alla divisione sarebbe rescindibile.

Altra parte della dottrina<sup>205</sup>, non condivide l'impostazione riportata.

Si sostiene che se la *ratio* dell'azione di rescissione per lesione è di tutelare la proporzionalità oggettiva tra quota e porzione, è evidente che non tutti gli atti che importano la cessazione della comunione possono essere soggetti all'azione di rescissione. Ad atti come la donazione di quota e la rinuncia alla quota, in quanto non diretti a sciogliere la comunione mediante l'apporzionamento, non si possono applicare gli istituti propri della divisione, quali ad esempio la rescissione per lesione.

Pertanto l'articolo 764 comma 1 c.c. deve essere interpretato restrittivamente: solo i contratti che sono diretti a garantire l'apporzionamento sono soggetti all'azione di rescissione per lesione propria della divisione.

La transazione per sua natura non è diretta a garantire tale apporzionamento, avendo la funzione di comporre la lite mediante reciproche concessioni. Conseguentemente l'effetto di sciogliere la comunione si verifica volontariamente prescindendo dalla proporzionalità tra il valore delle quote e il valore delle porzioni.

Inoltre si sottolinea che la transazione è anche irrescindibile ai sensi dell'articolo 1970 c.c..

---

<sup>204</sup> PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. cod. civ.* D'AMELIO e FINZI, Firenze 1949, p.472; GAZZARA, *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 428; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 601.

<sup>205</sup> E. MINERVINI, *Transazione e cessazione della comunione*, in *Riv.dir.comm.*, 1987, II, 45 ss.

A queste considerazioni, tale impostazione ne aggiunge un'altra: la mancanza di uno degli elementi indispensabili per effettuare la comparazione tra il valore della quota e il valore della porzione. Infatti le parti procedono allo scioglimento della comunione, mediante la formazione delle porzioni, senza fissare preventivamente le quote di ciascuno. Pertanto non è possibile procedere al confronto tra quanto le parti hanno avuto (porzioni) e quanto invece spettava loro in base alle quote.

Per confutare un ulteriore argomento posto alla base della diversa impostazione, precedentemente riportata, si è detto che il comma 2 dell'articolo 764 c.c. sarebbe una mera applicazione dell'articolo 1970 c.c., che sancisce l'irrescindibilità della transazione.

In conclusione la transazione che pone fine ad una comunione non sarebbe rescindibile.

La Suprema Corte nella sentenza citata, giunge ad una soluzione analoga. Infatti afferma che *“pur nell'esistenza di un originario contrasto fra le parti, comune alle due ipotesi, sussiste una divisione transattiva ove si riscontri la preminente contemporanea esistenza degli elementi dell'attribuzione di valori proporzionali alle quote e dello scioglimento della comunione; ricorre la transazione divisoria quando con l'atto che pone fine alla comunione i condividenti, allo scopo di evitare una lite che potrebbe insorgere o di comporne una già insorta, si accordano sull'attribuzione di beni senza procedere al calcolo delle porzioni corrispondenti alle quote di partecipazione alla comunione”*<sup>206</sup>.

In questa seconda fattispecie i giudici di legittimità negano la possibilità di agire per ottenere la rescissione per lesione.

---

<sup>206</sup> Cass. 6 agosto 1997, n. 7219, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1337.

## BIBLIOGRAFIA

G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959.

ASCARELLI, *L'astrattezza nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 390.

ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.

BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, n. 958, p. 677.

BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, p. 374.

BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1993.

BOCCHINI-QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2006.

Butera, *Delle transazioni*, Torino 1933.

BUTERA, *La definizione dei rapporti incerti*, I, *Delle transazioni*, 1933, p. 467.

BUTERA, *Transazione*, in *D.I.* XXIII, 1925.

ANTONELLA MARIA CAFARO, *La revocatoria delle garanzie per debito altrui e lo strano rimedio della transazione novativa*, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 241.

CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Saggi di diritto*, I, Padova, 1931.

CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 187 ss.

CARNELUTTI, *Lezioni. Il processo di esecuzione*, I, Padova, 1932.

CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, p. 12.

CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936.

CARNELUTTI, *Transazione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. proc.*, 1955

CARRESI, *Transazione (Diritto vigente)*, in *Nss. D.I.*, XIX, 1973.

CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di dir. civ.*, Torino, 1954.

CARRESI, *La transazione*, Torino, 1934.

CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948.

COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942.

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

D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1960-1991)*, Bologna-Roma, 1974.

D'ONOFRIO, *Scritti giuridici per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli, 1954, p. 193 ss.

DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva e negozio di accertamento*, in "Archivio giuridico Filippo Serafini", 1948, p. 182 ss

DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992.

DI SEREGO, *Il processo senza lite*, Padova, 1930.

FLUMENE, *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, Sassari, 1928.

M. FRANZONI, *La transazione*, Padova , 2001.

FURNO, *Intorno alla natura della transazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 453 ss.

GAZZARA, *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2002.

GIORGIANNI, *In tema di transazione su <<titolo>> nullo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 411.

GIORGIANNI, *In tema di transazione sul titolo nullo*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 99 ss.

GROPALLO, *La natura giuridica della transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, p. 349 ss.

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962.

E. MINERVINI, *Della transazione*, in *Codice civile commentato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di PERLINGIERI, Libro IV, *Delle obbligazioni*, t.2, Bologna-Napoli, 1991.

E. MINERVINI, *Transazione e cessazione della comunione*, in *Riv.dir.comm.* , 1987, II, 45 ss.

MIRABELLI, *I c.d. atti di amministrazione. Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953.

MOSCARINI-CORBO, voce <<Transazione>> in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1998

NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, estratto dagli Annali dell'Università di Messina, Vol. VII, 1934-35.

NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980.

NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, I, p. 42.

PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5, Torino, 1985.

PALAZZO, *Transazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, 1999.

PANUCCIO DATTOLA, *La transazione novativa*, Milano 1996.

IRENE PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della <<prior obligatio>>*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p.437.

PIETROBON, *Riconoscimento del figlio naturale e incapacità di intendere e volere*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 469 ss.

POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921, p. 8.

PROSPERETTI, *Le rinuncie e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1955.

PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Codice civile – Commentario* a cura di D'AMELIO e FINZI, *Delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949.

RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950.

D. RUBINO, *Obbligazioni alternative, obbligazioni solidali, obbligazioni divisibili ed indivisibili*, in *Commentario Scialoja-Branca, Delle obbligazioni*, vol. IV, Bologna-Roma, 1968.

SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963.

SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, rist., 1986.

SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitri del terzo*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, II.

SANTORO-PASSARELLI, *La mala fede nella transazione di lite temeraria*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 107 ss.

SANTORO-PASSARELLI, *L'omologazione della transazione*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 115 ss.

G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923.

M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982.

G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931.

TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di E. Eula*, II, Milano, 1957.

TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.

VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1954.

VASSALLI, *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I. *La transazione*, Milano, 1980.

VITERBO, *La <<res dubia>> e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1973, I, p. 220.

## GIURISPRUDENZA

- Cass., 19 ottobre 2006, n. 22395, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10.
- Cass. 15 giugno 2006, n. 15792, in *Riv. giur. lav.* 2006, 4, p. 622, con nota di ZITTI.
- Cass. 14 giugno 2006, n. 13717, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6.
- Cass. 18 aprile 2006, n. 8946, in *I contratti*, 2007, 1, p. 10 ss. con nota di E. VAGLIO.
- Cass. 28 febbraio 2006, n. 4445, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 2.
- Cass. 29 aprile 2005, n. 8983, in *Giust. civ.*, 2006, I, p.136.
- Cass. 17 novembre 2003, n. 17373, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 11.
- Cass. 19 maggio 2003, n. 7830, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.
- Cass. 15 maggio 2003, n. 7548, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 45.
- Cass. 6 maggio 2003, n. 6861, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.
- Cass. 18 aprile 2003, n. 6288, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4.
- Cass. 03 aprile 2003, n. 5139, in *Giur. it.*, 2004, p. 522.
- Cass. 20 gennaio 2003, n. 732, in *Dir. e giust.* 2003, 7, p. 95.
- Cass. 16 luglio 2001 n. 9636, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1402.

- Cass. 11 agosto 2000, n. 10657, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 814 con nota di TOPO.
- Cass. 15 novembre 1997, n. 11330, in *Foro it. Mass.*, 1997.
- Cass., 06 ottobre 1999, n. 11117, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2074.
- Cass. 24 settembre 1999 n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1929, con nota di A. CALMIERI.
- Cass. 6 agosto 1997, n. 7219, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1337.
- Cass. 23 gennaio 1997, n. 712, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 118.
- Cass. 9 dicembre 1996, n. 10937, in *Rep. Giust.civ., transazione*, n. 9.
- Cass. 12 maggio 1994, n. 4647, in *Vita notarile*, 1994, p. 1357.
- Cass. 28 agosto 1993, n. 9125, in *I contratti*, 1993, p. 677 ss. con nota di MIMMA MORETTI.
- Cass. 17 agosto 1990, n. 8330 in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 8.
- Cass. 25 agosto 1989, n. 3755 in *Giur. It.* 1990, I, 1, p. 602 ss.
- Cass. 4 giugno 1988, n. 3797 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 6.
- Cass. 18 gennaio 1988, n. 314 in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1542 ss.
- Cass. 17 maggio 1985 , n. 3013 in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 5.

- Cass., 12 febbraio 1985, n. 1183 in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 2.
- Cass. 28 novembre 1984, n. 6191 in *Giust. civ. mass.*, 1984, 11.
- Cass. 17 maggio 1982, n. 3050, in *Vita not.*, 1982, p. 1225 ss.
- Cass. 22 gennaio 1982, n. 427, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1318 ss.
- Cass. 26 luglio 1974, n. 2256, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, 1999, p. 414.
- Cass. 3 dicembre 1965, n. 2431, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1335 ss., con nota di A. LENER.
- Cass., 15 aprile 1959, n. 1110, in *Foro it. Rep., Obbligazioni e contratti*, c. 1640, n. 305.
- Cass. 16 febbraio 1957, n. 565, in *Foro it., Mass.*, 1957, p. 111.
- Cass. 12 luglio 1956, n. 2617, in *Foro it.*, 1956, I, 1275 ss.
- Cass. 18 ottobre 1955, n. 2791, in *Foro it. Rep.*, 1955, *Alimenti*, c. 58, n. 24.
- Cass. 4 luglio 1953, n. 2087, in *Foro it., Rep.*, 1953, *Transazione*, n. 21.
- Cass. 17 marzo 1953, n. 663 in *Giust. Civ.*, I, 1953, p. 849.
- Cass. 31 luglio 1952, n. 2299, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, p. 311.
- Cass. 20 luglio 1951, n. 2037, in *Foro it.*, 1952, I, p. 822.

- Cass. 12 luglio 1951, n. 1930, in *Foro it., Rep.* 1951, voce *Arbitrato irrituale*, nn. 4-5.
- Cass. 5 maggio 1951, n. 1064, in *Foro it., Rep.*, 1951, *Transazione*, n. 18.
- Cass. 29 marzo 1949, n. 701, in *Foro it., Rep.*, 1949, *Transazione*, n. 3-4.
- Cass. 29 luglio 1941, n. 2359, in *Foro it., Rep.*, 1941, *Transazione*, n.4.
- Cass. 10 giugno 1938, n. 1996, in *Foro it., Rep.*, 1938, *Transazione*, n. 3-4.
- Cass. 11 marzo 1937, n. 1472, in *Foro it., Rep.*, 1937, *Transazione*, n. 16.
- Cass. 7 agosto 1935, n. 3399, in *Foro it., Rep.*, 1935, *Transazione*, n.11.
- App. Reggio Calabria, 29 gennaio 2004, in *In iure presentia*, 2004, p. 24.
- App. Firenze 21 ottobre 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 1641 ss, con nota di LENER.
- App. Roma 21 gennaio 1953, in *Foro it., Rep.*, 1954, *Minore*, n.17.

- App. L'Aquila 11 gennaio 1935, in *Foro it., Rep.*, 1935, *Transazione*, n. 2.
- Tribunale Roma, 23 marzo 2005, in *Juris Data*, Giuffrè.
- Tribunale Siracusa, 13 agosto 1953, in *Foro it. Rep., u.c.*, c. 1827, n. 419.
- T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 12 febbraio 2007, n. 144, in *Foro amm.* TAR 2007, II, 671.