

## Gli avvocati fra decisione, transazione e mediazione: la maledizione del prisma del *thema decidendum*

Angelo Monoriti<sup>1</sup>

**Abstract:** *L'articolo indaga la radice culturale, cognitiva e professionale che ostacola i giuristi nella gestione negoziale dei conflitti. La tesi di fondo è che la formazione giuridica tradizionale, essendo costruita attorno alla necessità di delimitare un thema decidendum, produca un'abitudine mentale che induce a ridurre il conflitto umano a una contro-versia oggettivata, retrospettiva e polarizzata, idonea a essere decisa secondo il diritto. Muovendo da questa premessa, il contributo mostra come anche il modello legale della transazione, di cui all'art. 1965 c.c., lungi dal costituire un'autentica alternativa di sguardo, replichi sul piano contrattuale la medesima logica perimetrale della decisione: non si transige il conflitto nella sua interezza, ma una "lite", vale a dire una porzione di conflitto selezionata, ridotta e costruita in modo da consentire reciproche concessioni. L'analisi della nozione di lite, della sua struttura retrospettiva e della sua possibile delimitazione convenzionale consente così di mettere in luce il limite intrinseco del paradigma transattivo e, correlativamente, di mostrare come l'accordo possa invece svilupparsi oltre il perimetro della transazione, attraverso modelli negoziali diversi, capaci di coinvolgere interessi, soggetti e soluzioni ulteriori rispetto alla mera contro-versia. In questa prospettiva, il saggio evidenzia poi il paradosso della mediazione civile e commerciale: pur essendo orientata all'accordo, essa viene fatta rientrare dal legislatore nel linguaggio della domanda, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa, con l'effetto di trascinare anche nello spazio mediativo il prisma del thema decidendum. Ne deriva un duplice esito critico: da un lato, l'improprietà di categorie quali "giustizia consensuale"; dall'altro, la necessità di distinguere con rigore il percorso che conduce alla decisione da quello che conduce all'accordo. Su queste basi, l'articolo sostiene che il superamento della "maledizione del prisma del thema decidendum" richieda una revisione profonda della formazione del giurista e l'introduzione sistematica della scienza della negoziazione come sapere autonomo, necessario per potenziare la capacità di produrre accordi e, quindi, — come suggerito da Cass. 8473/2019 — per sviluppare una "nuova figura professionale" capace di operare efficacemente nei sistemi non aggiudicativi di risoluzione dei conflitti.*

**Parole chiave:** *Riforma della giustizia, formazione universitaria, negoziazione, mediazione, professione legale, accordo, pactum.*

**Abstract:** *This article examines the cultural, cognitive and professional factors that hinder legal professionals in the negotiation of conflicts. The underlying thesis is that traditional legal training, being built around the need to define a thema decidendum, produces a mental habit that leads to reducing human conflict to an objectified, retrospective and polarised dispute, suitable for resolution in accordance with the law. Building on this premise, the article demonstrates how even the legal model of settlement, as set out in Article 1965 of the Civil Code, far from constituting a genuine alternative perspective, replicates on a contractual level the same narrow logic of decision-making: the conflict is not settled in its entirety, but rather a 'dispute', that is to say a*

---

<sup>1</sup> Docente di Negoziazione, Luiss Guido Carli, e Docente del Laboratorio di procedure di negoziazione e mediazione, Unitelma Sapienza.

Devo molto e devo ringraziare di vero cuore il Dott. Gabriele Maglio, il Dott. Franco Gibellini e la Dott.ssa Federica Campanella per il confronto e per la segnalazione di alcuni contributi scientifici che molto hanno arricchito la conoscenza necessaria per redigere questo contributo.

*selected, reduced and constructed portion of the conflict designed to allow for mutual concessions. An analysis of the concept of a dispute, its retrospective structure and its possible conventional delimitation thus allows us to highlight the intrinsic limitation of the settlement paradigm and, correspondingly, to show how the agreement can instead extend beyond the scope of the settlement, through different negotiation models capable of involving interests, parties and solutions that go beyond the mere dispute. From this perspective, the essay then highlights the paradox of civil and commercial mediation: although oriented towards agreement, it is incorporated by the legislator into the language of the claim, the subject matter and the grounds of the claim, with the effect of dragging the prism of the thema decidendum into the mediative space as well. This leads to a twofold critical outcome: on the one hand, the inappropriateness of categories such as 'consensual justice'; on the other, the need to rigorously distinguish the path leading to a decision from that leading to an agreement. On this basis, the article argues that overcoming the 'curse of the thema decidendum' requires a profound overhaul of legal education and the systematic introduction of the science of negotiation as an autonomous discipline, necessary to enhance the capacity to produce agreements and, therefore — as suggested by Cass. 8473/2019 — to develop a "new professional figure" capable of operating effectively within non-adjudicative conflict resolution systems.*

**Keywords:** justice reform, university education, negotiation, mediation, law practice, agreement, pactum.

## I. Il conflitto nel dominio del diritto

Nell'epoca dei ripetuti tentativi del legislatore di deflazionare il contenzioso, si impone una riflessione ormai non più procrastinabile sulle competenze necessarie a formare giuristi capaci di operare efficacemente, quali “nuove figure professionali”<sup>2</sup>, nell'ambito dei sistemi non aggiudicativi di risoluzione delle controversie. Una simile riflessione richiede, anzitutto, di chiarire il rapporto tra diritto e negoziazione, vale a dire tra il meccanismo che sorregge i sistemi aggiudicativi (processo-giudizio e arbitrato) e quello proprio dei sistemi non aggiudicativi<sup>3</sup>. Occorre infatti prendere atto che diritto e negoziazione sono entrambe modalità di gestione dei conflitti<sup>4</sup>, ma non per questo coincidono<sup>5</sup>: esse si distinguono, in radice, per il diverso modo in cui inquadrano il con-flitto prima ancora di poterlo risolvere. La differenza dipende dai rispettivi fini, giacché il diritto mira a produrre una decisione, mentre la negoziazione mira a produrre un accordo<sup>6</sup>. E poiché tali fini richiedono strumenti diversi — i diritti soggettivi, da un lato, e gli interessi, dall'altro — essi presuppongono, già a monte, un diverso modo di guardare al con-flitto e di delimitarne il perimetro rilevante. Per poter produrre una decisione, infatti, il diritto non può affrontare il con-flitto nella sua pienezza, nella sua “complessità”, nella sua essenza “umana”: non può, quindi, considerare tutti gli elementi (i.e. i bisogni materiali e psicologici) contenuti nel con-flitto stesso. La decisione esige che il con-flitto, prima di poter essere giudicato e deciso, venga appositamente semplificato, oggettivizzato, polarizzato e ridotto a “contro-versia”<sup>7</sup>. Il diritto deve necessariamente trattare una versione

<sup>2</sup> v. Cass. Civ. 27/03/2019, n. 8473 secondo cui “la novella del 2013, che introduce la presenza necessaria dell'avvocato [in mediazione], con l'affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che ‘rappresenta’ la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che ‘assiste’ la parte nella procedura di mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate”.

<sup>3</sup> Si annoverano fra i sistemi non aggiudicativi di risoluzione delle controversie la negoziazione diretta, la negoziazione assistita (d.l. 12 settembre 2014 n.132), la mediazione civile e commerciale (d.lgs. 4 marzo 2010 n.28), la mediazione familiare (l. 26 novembre 2021 n. 206 e d.lgs. 10 ottobre 2022 n.149). Con riferimento al funzionamento di tali sistemi v. Rosania (2024); C. Asprella (2024); Metafora (2024); Troisi (2024); Conte *et al.* (2024); Zaccarelli (2024), 265-283; Marinaro (2024); Diozzi (2023); Martello (2023); Scaparro *et al.* (2023), 1085-1089; Dalmotto (2023), 736-746; Lamberti (2023), 675-686. Nell'ambito dei sistemi non aggiudicativi deve annoverarsi anche la composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa (D.Lgs. 12 gennaio (2019), n. 14).

<sup>4</sup> Il termine “conflitto” deriva dal latino “*conflictus*”, participio passato di “*confligere*”, composto di “*cum*” insieme e “*fligere*” percuotere, urtare; di “*fligere*” non si limita al solo atto di colpire fisicamente, ma include anche l'idea di urtare, scontrarsi, venire a contatto l'accezione. L'etimologia di “conflitto” ci dovrebbe dunque permettere di affermare che esso non implica necessariamente uno scontro violento, ma può anche assumere il significato di “confronto”, soprattutto quando si tratta di un confronto di idee o di interessi (v. Mori, M., Cagossi, M., *Conflitto*, in Enciclopedia Treccani, consultabile sul sito Treccani).

<sup>5</sup> V. Così (2017), 119; Monoriti (2023), 5ss.; Monoriti, Gabellini (2023), 15ss.

<sup>6</sup> V. Così (2017).

<sup>7</sup> Il termine “contro-versia” deriva dal latino “*controversus*”, composto di “*contro-*” particella indicante opposizione e “*versus*” part. passato di “*vertere*” volgere. Nel linguaggio giuridico, una controversia è la questione su cui verte la discussione delle parti contendenti in una lite giudiziaria. Per estensione, anche, sinonimo di lite, causa (in tale significato è usato dal codice di procedura civile) (v. voce *Controversia*, in Enciclopedia Treccani, consultabile sul sito Treccani).

ridotta e oggettivata del con-flitto. Quest'ultimo, pertanto, viene semplificato attraverso il prisma del *thema decidendum*<sup>8</sup>, fino a rientrare in uno schema "polarizzato" in cui si ritrovano due posizioni. Del resto, questo è l'unico modo per poter poi effettuare il confronto fra quella porzione del con-flitto (la contro-versia, appunto) e la "metarealtà finzionale" che chiamiamo diritto<sup>9</sup>. Per chiarire la differenza strutturale tra con-flitto e contro-versia, può essere utile un esempio. Due fratelli, Marco e Luca, ereditano dal padre un immobile che hanno gestito congiuntamente per anni. Il loro rapporto nel tempo si è incrinato sul piano relazionale: Marco si sente da tempo poco riconosciuto nel suo contributo familiare; Luca, per contro, ritiene di avere sempre sostenuto il peso maggiore della gestione dell'immobile; entrambi nutrono risentimenti antichi, mai dichiarati, e temono, ciascuno a proprio modo, che il rapporto fraterno sia destinato a deteriorarsi definitivamente. Tutto ciò costituisce un con-flitto: un intreccio di bisogni psicologici lesi, percezioni soggettive, mancate aspettative e rivendicazioni identitarie. Ma nulla di tutto questo, per quanto intensamente vissuto dalle parti, può costituire una *res litigiosa* ovvero una contro-versia in senso tecnico-giuridico. È solo quando Luca pretende il rimborso di spese straordinarie che Marco contesta, che il conflitto originario rimane sullo sfondo e lascia spazio ad una contro-versia e, cioè, ad un contrasto esteriorizzato dotato dei requisiti minimi per essere trattato dal diritto: una pretesa, da un lato, e una contestazione, dall'altro. Il passaggio dalla dimensione ampia e psicologica del con-flitto alla dimensione ridotta e materiale della contro-versia è un processo di selezione. Ciò che rimane sono i fatti. Quanto il con-flitto viene visto retrospettivamente, ridotto e oggettivizzato, ciò che rimane sono "i fatti". Tutto ciò che costituisce la trama relazionale ed emotiva del dissidio viene invece necessariamente lasciato ai margini, poiché irrilevante per il diritto. Il con-flitto non corrisponde ai fatti: è il diritto che vuole i fatti. Per il diritto, dunque, il con-flitto va "setacciato". E ciò che resta è un oggetto delimitato. Perché

<sup>8</sup> Il *thema decidendum* rappresenta l'oggetto del giudizio, ovvero l'insieme delle questioni di fatto e di diritto che il giudice è chiamato a risolvere con la propria decisione. La sua corretta definizione è un cardine del processo civile, poiché assolve a funzioni essenziali per il corretto svolgimento del giudizio. Esso è identificato, innanzitutto, attraverso gli atti introduttivi delle parti (domande, eccezioni, conclusioni) e la giurisprudenza è costante nell'affermare che, nel rito ordinario, esso diventa immodificabile una volta spirati i termini processuali perentori (cfr. Corte di Cassazione, II civile, ordinanza 27 dicembre 2023, n. 36033 secondo cui «il *thema decidendum* non è più modificabile dopo la chiusura della prima udienza di trattazione o dopo la scadenza del termine concesso dal giudice in quell'udienza», là dove l'ultimo momento utile coincide con la scadenza dei termini per le memorie integrative previste dall'art. 183 c.p.c. (cfr. Corte di Cassazione, II civile, ordinanza 8 luglio 2024, n. 18597). Il *thema decidendum* è dunque l'insieme delle questioni giuridiche e fattuali sottoposte al giudice per la risoluzione del conflitto (Carnelutti (2006), 145); Mandrioli lo descrive come "l'oggetto specifico del giudizio determinato dalla domanda giudiziale e dalle eccezioni sollevate dal convenuto" (Mandrioli (2019), 220). Per Redenti, infine, il *thema decidendum* rappresenta "la circoscrizione del potere decisionale del giudice entro i confini della domanda e delle difese delle parti" (Redenti (2020), 185).

<sup>9</sup> V. Ventura (1999), 91 secondo cui il diritto è uno strumento "oggettivante" di gestione dei conflitti, nel senso che tenta di sostituire alla complessità della situazione reale un modello di regolazione astratto formalizzato e convenzionale. È uno strumento che "... funziona sovrapponendo alla realtà della vita una seconda realtà puramente fittizia. Il conflitto è così gestito attraverso la mediazione di una metarealtà finzionale in cui l'irripetibile diversità del caso concreto e la pluralità dei punti di vista (interpretazioni) sul reale vengono ridotte a un senso univoco (oggettivo). La mediazione finzionale rende oggettivabile e quindi controllabile la confusione del conflitto".

è solo con riferimento a questo oggetto (è la contro-versia; il *thema decidendum*) che il diritto può trovare applicazione, mentre la parte più ampia e profonda del con-flitto rimane estranea al perimetro rilevante per il diritto. Il *thema decidendum* è il fulcro intorno al quale ruota l'applicazione del diritto e, quindi, della "giustizia" intesa in senso "giuridico"<sup>10</sup>: esso definisce l'ambito entro il quale il giudice deve emettere la sua decisione. Il diritto è "misura" del "giusto" in senso giuridico (la "giustizia") e, visto il suo limitato fine di dover imporre e ripristinare un "ordine", non può (e non deve), né risolvere il più ampio con-flitto che interviene "a monte" fra le parti, né ripristinare la relazione fra loro; esso si limita a "giudicare" una porzione del con-flitto (i fatti) purché essa sia inquadrata come una specifica contro-versia. Il fine è semplicemente quello di poter dire chi ha ragione e chi ha torto rispetto ad una regola. E, quindi, ciò che è "giusto" in senso "giuridico" lo si ritrova dapprima in una "metarealtà finzionale" (quale è il diritto) e poi lo si riversa nella realtà. Con una decisione. E così, dunque, se il fine del diritto è quello di ripristinare l'ordine, questo ordine viene "imposto" attraverso la decisione il cui contenuto è determinato proprio da quelle regole giuridiche che segnano la misura del "giusto". Le norme giuridiche sono generali ed astratte e, quindi, per poter essere usate come "metro di verifica" (di ciò che è "giusto" e di ciò che è "sbagliato") richiedono che il con-flitto venga prima semplificato ed oggettivizzato. Il diritto non consente di analizzare e valutare il con-flitto nella sua "pienezza" e, dunque, di considerare tutti i complessi aspetti, anche psicologici, dell'interazione umana che lo ha generato perché ciò comprometterebbe proprio il suo fine principale che, come detto, è quello di ripristinare l'ordine normativo giuridico ed imporlo attraverso una decisione. Se il diritto dovesse farsi carico degli elementi soggettivi del con-flitto, come i bisogni psicologici delle parti<sup>11</sup>, l'o-

<sup>10</sup> Sul punto v. Opocher (1970), 576, il quale evidenzia che non esiste solo un ordinamento normativo, ma tanti ordini normativi quante sono le società (es. la famiglia, le società nazionali, le società commerciali, le società religiose, i partiti politici e persino le "società a delinquere", ecc.) e che, dunque, "...ogni individuo può partecipare alla vita solidale di più società e conseguentemente, nella sua coscienza, può sorgere un conflitto tra le varie legalità, tra le varie giustizie. Il caso più clamoroso lo possiamo fare proprio a proposito del conflitto tra le norme che regolano l'omertà di una società a delinquere e quelle che regolano invece la vita della famiglia o di una comunità nazionale o di una setta religiosa...Ciò che appare ingiusto per una società appare giusto per un'altra; ciò che appare legale dal punto di vista di una di queste società appare illegale dal punto di vista di un'altra". Si viene quindi a verificare un "...equilibrio gerarchico..." tra i vari ordini normativi "...il cui vertice spetta a quell'ordine normativo che più corrisponde alla vera vocazione di quella particolare società. Così, per esempio, nell'ambito della nostra società (che è ancora, malgrado tutto, dominata da una prospettiva individualistica) al vertice sta certamente l'ordine normativo etico o religioso; quello giuridico sta più sotto. Quello politico o quello economico (almeno dal punto di vista formale) più sotto ancora. Si è venuta a costituire, insomma, una specie di gerarchia per la quale, di fronte ad un conflitto tra diverse legalità, sorge, nella nostra coscienza, il dovere di optare per quella che appare più alta e che sembra cioè avere una maggiore espressività sociale e quindi una maggiore oggettività. Ne consegue che "...parlare di giustizia o di ingiustizia nel senso della legalità, non ha significato se non in relazione a questo o a quell'ordine normativo..."

<sup>11</sup> Muovendo dal concetto che in ogni interazione "*the most powerful interests are basic human needs*" (Fisher *et al.* (2011), 50), le più moderne ricerche scientifiche hanno identificato, quali "bisogni psicologici fondamentali" comuni a ciascun individuo ad ogni latitudine del pianeta, le c.d. 5 esigenze primarie: Apprezzamento, Autonomia, Affiliazione, Status e Ruolo (v. Fisher, Shapiro (2016), 15). Le emozioni derivano dalla soddisfazione o dalla mancata soddisfazione di questi "bisogni psicologici di base". In ogni con-flitto (senza eccezione alcuna) si generano questi "bisogni psicologici" (oltre a quelli materiali). Con la conseguenza che proprio questi "bisogni psicologici" emergono sempre costantemente come "interessi non materiali"

biettivo di ottenere una decisione in ogni caso e, quindi, di ripristinare l'ordine "giuridico", sarebbe difficilmente perseguibile. In altri termini, visto che lo scopo del diritto non è quello di soddisfare gli interessi/bisogni delle parti, ma – molto più semplicemente – quello di ripristinare l'ordine giuridico per scongiurare l'uso della forza<sup>12</sup> e visto che questo scopo deve essere raggiunto sempre (non essendo ammissibile lasciare spazio alla forza individuale), il diritto deve produrre una decisione. Del resto, per ripristinare sempre l'ordine giuridico non sarebbe possibile per il diritto cercare di produrre accordi (dovendosi in tal caso passare attraverso la volontà delle parti). Il diritto, dunque, non produce accordi. E per produrre decisioni richiede sempre di ridurre l'oggetto di valutazione dal più ampio con-flitto umano ad una contro-versia il cui perimetro viene delineato – non in termini di "interessi materiali/psicologici" (*perché lo voglio?*) – ma in termini di "posizioni" (*cosa voglio?*). La "posizione" è quindi ciò che una parte "vuole", la sua pretesa, la sua domanda. Essa non include il "perché", cioè gli interessi. Ebbene, proprio per poter svolgere la sua funzione, il diritto prevede che la posizione di una parte debba poi essere "validata" attraverso la ricerca – fra le norme giuridiche – di una corrispondente situazione giuridica soggettiva (es. diritto soggettivo, interesse legittimo, ecc.)<sup>13</sup>. Nella metarealtà finzionale delle norme giuridiche si giocherà, poi, la "partita di diritto" perché è proprio sulle situazioni giuridiche soggettive contenute in tali norme che il diritto fonda il suo gioco. E il gioco del diritto è un gioco di "prevalenza". Una situazione giuridica "prevale" sull'altra. Una vince (es. il diritto soggettivo), l'altra perde (es. l'obbligo). Quella che "prevale" vince e, quindi, "valida" la posizione di una parte. In sintesi, potremmo dire che il diritto "ridimensiona" il con-flitto, lo riduce a contro-versia e, per poter ripristinare l'ordine fra le posizioni assunte dalle parti opera un giudizio di "prevalenza" delle situazioni giuridiche soggettive correlate a tali posizioni. Ne discende che una parte fondamentale dell'attività del giurista è proprio quella di trasformare un fenomeno ampio e complesso, come il con-flitto umano, in qualcosa di più facilmente "maneggiabile" per il sistema giuridico; una questione fattuale oggettivizzata che viene inquadrata retrospettivamente come un gioco "posizionale" e "a somma zero". Il valore racchiuso nel perimetro della contro-versia verrà dunque "assegnato" ad una parte o all'altra attraverso la decisione. Solo la contro-versia può essere decisa dal diritto, il con-flitto no. Il con-flitto può essere solo risolto o, semmai, dissolto.

---

dell'altra parte (e propri) da soddisfare necessariamente e/o utilizzare quale "merce psicologica di scambio" in ogni negoziazione: "You can say or do things that address one of the areas of core concern, moving a negotiator up or down in status, affiliation, autonomy, appreciation and role". *Positive emotions result*" (v. Fisher, Shapiro (2016), 20).

<sup>12</sup> Così (2017), 61.

<sup>13</sup> L'espressione "situazioni giuridiche soggettive" indica nel loro insieme le posizioni che i soggetti possono assumere all'interno di un rapporto giuridico. Tali situazioni possono distinguersi in situazioni di vantaggio e di svantaggio o situazioni attive e situazioni passive. In particolare, secondo Torrente, Schlesinger (2021), 71 ss.: "Il rapporto giuridico non è che una figura (la più importante) di una categoria più ampia: la situazione giuridica. La norma giuridica prevede fattispecie a cui annette determinate conseguenze giuridiche [...]. Quando la fattispecie si è realizzata, un mutamento si è prodotto nel mondo dei fenomeni giuridici: allo stato di cose preesistente si è sostituito, secondo la valutazione compiuta dall'ordinamento, uno stato diverso, una situazione giuridica nuova. Questa situazione può consistere in un rapporto giuridico o nella qualificazione giuridica di persone o di cose".

## 2. La decisione. Il rapporto fra conflitto e perimetro della decisione

La delimitazione del *thema decidendum* avviene tramite gli atti introduttivi del giudizio, che specificano le pretese dell'attore e le difese del convenuto. Tali atti selezionano gli elementi contro-versi e definiscono il perimetro entro cui si svolgerà l'istruttoria e verrà emessa la sentenza. Il rapporto tra domanda giudiziale e *thema decidendum* è, dunque, strettissimo: mediante la domanda, l'attore individua i fatti, la pretesa, la situazione giuridica sostanziale che la valida, la lesione provocata dall'attività altrui e chiede tutela al giudice (cfr. art. 163 c.p.c.). Attraverso la domanda giudiziale, l'attore individua e circoscrive l'oggetto del processo<sup>14</sup>. La delimitazione del *thema decidendum* non è un processo unidirezionale che dipende solo dall'attore. Anche il convenuto può intervenire attivamente nella definizione del *thema decidendum*, sia attraverso le proprie difese ed eccezioni, sia mediante la proposizione di una domanda riconvenzionale. La domanda riconvenzionale, oltre a costituire una difesa, può ampliare il *thema decidendum*, imponendo al giudice di considerare anche le questioni sollevate dal convenuto stesso. Il perimetro della decisione si definisce attraverso un processo articolato in cui la domanda giudiziale, le eventuali eccezioni del convenuto e la domanda riconvenzionale concorrono a determinare il quadro entro il quale il giudice dovrà pronunciarsi. Questo quadro può essere inizialmente "variabile", ma ad un certo punto deve essere necessariamente definito. Una cosa, però, resta ferma: non ci può essere una decisione se non rispetto ad uno specifico *thema decidendum*. E il *thema decidendum* – indipendentemente dal fatto che sia quello individuato in origine con la domanda iniziale ovvero quello, ampliato, attraverso successivi passaggi – è sempre un quadro ridotto ed oggettivato rispetto al più ampio con-flitto in essere fra le parti. Le regole processuali e sostanziali impediscono, infatti, che all'interno del *thema decidendum* e, quindi, del processo-giudizio, abbia accesso tutto ciò che, pur facendo parte del con-flitto, è ritenuto non rilevante dal diritto; e fra ciò che non rileva per il diritto vi sono, in particolare, i "motivi" dell'agire umano (cfr. art. 1345 c.c.)<sup>15</sup>. Il perimetro della decisione, quindi, non coincide mai con il con-flitto nella sua ampiezza. È sempre qualcosa in meno. Una mera contro-versia, appunto. E siccome il diritto deve decidere sempre, in un senso o nell'altro (giusto o sbagliato),

<sup>14</sup> V. Luiso (2024), 62: "La proposizione della domanda viene necessariamente, ma non solo, con l'atto introduttivo del processo, che è lo strumento con il quale si mette in moto il meccanismo processuale. L'atto introduttivo del processo (di qualsiasi processo: cognitivo, esecutivo, cautelare) deve contenere una domanda giudiziale: altrimenti non è individuato l'oggetto del processo, e non si rende possibile alcuna attività, che sia rivolta a impartire la tutela giurisdizionale. Infatti, se non si sa qual è il diritto che si vuol tutelare, qual è la lesione lamentata come effetto dell'altro illecito, quali effetti si vogliono dal giudice, è evidente che il processo lavora a vuoto, come una macchina che non sia rifornita di materia prima all'inizio del ciclo lavorativo"; Consolo (2018), 1088: "Alla domanda giudiziale di parte compete una duplice funzione: di operare come privilegiato strumento iniziatore del processo civile; e, inoltre, di determinarne l'oggetto, ovvero di individuare il contenuto della richiesta di tutela avanzata dalla parte e l'ampiezza del dovere decisorio di merito legittimamente esercitabile dal giudice".

<sup>15</sup> L'art. 1345 c.c. limita la rilevanza dei motivi alla sola ipotesi in cui essi siano illeciti e comuni alle parti in un contratto; sul punto v. Cass. civ. 24/05/1973 n.1552 secondo cui "I motivi corrispondono alle ragioni psicologiche del processo formativo della volontà di ciascuno dei contraenti e non rilevano ai fini dell'individuazione (o definizione giuridica) del contratto".

la contro-versia deve essere configurata come un gioco “contro” e “a somma zero” (uno vince e uno perde). Ebbene, visto che la contro-versia viene ritagliata e delimitata attraverso la domanda, è proprio il giurista, nel formulare quest’ultima, che provvede ad analizzare la realtà, ad oggettivizzarla e ad individuare una “posizione” (i.e. una pretesa); poi, per validare quella “posizione”, procede alla ricerca, nella “metarealtà” del diritto, di una corrispondente situazione giuridica soggettiva, così da chiederne la tutela<sup>16</sup>. E proprio all’esito di questa operazione di selezione e semplificazione, dunque, che si creerà, inevitabilmente, un divario tra il – più ampio – con-flitto che sta “a monte” (fatto di bisogni materiali e psicologici delle persone) e il – più ridotto – perimetro della decisione. È la contro-versia, quindi, il perimetro della decisione; non l’intero con-flitto. E la contro-versia corrisponde al *thema decidendum*.



Il ruolo del giudice nel processo è strettamente vincolato ai limiti posti dal *thema decidendum*: egli deve decidere ciò che c’è “nel perimetro” e “non oltre il perimetro”. Qualsiasi decisione che si spinga oltre tali confini risulterebbe viziata per “ultrapetizione<sup>17</sup>. Senza

<sup>16</sup> V. Luiso (2024), 62: “[...] la domanda giudiziale è il punto di passaggio, il ponte fra il diritto sostanziale e il processo, così come la sentenza sarà poi il ponte tra il processo e il diritto sostanziale. Attraverso la domanda il diritto sostanziale entra nel processo; attraverso la sentenza il processo incide sul diritto sostanziale”.

<sup>17</sup> La giurisprudenza, con orientamento granitico, ha costantemente affermato che tale vizio si configura quando il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, altera gli elementi oggettivi dell’azione (*petitum* e *causa petendi*) e attribuisce alla parte un bene della vita maggiore o diverso da quello richiesto, andando oltre i confini della pretesa azionata in giudizio (cfr. Corte di Cassazione, I civile, ordinanza 29 maggio 2025, n. 14401; Corte di Cassazione, II civile, sentenza 6 aprile 2017, n. 892). In dottrina v. Sassani 2023, 121: “[...] secondo l’art.112 c.p.c., il giudice deve pronunciare su tutta la domanda, non potendo scegliere di trattarne una parte tralasciandone altre; il mancato rispetto di questa regola dà luogo al vizio di

un *thema decidendum*, dunque, non potrebbe esservi una decisione giuridicamente valida e il diritto non potrebbe operare come mezzo per il ripristino di un ordine imposto<sup>18</sup>. In sintesi, all'interno del perimetro della contro-versia avremo sempre due posizioni. E una decisione. Una posizione vince, l'altra perde. Ed è così che, attribuendo ragione o torto, il diritto ripristina l'ordine giuridico e, cioè, un ordine imposto in cui la cui "misura" del "giusto" è segnata proprio nella metarealtà del diritto.

### 3. La formazione del giurista e la maledizione del *thema decidendum*

La formulazione della domanda e la delimitazione del *thema decidendum*, in quanto necessità esistenziale del processo-giudizio<sup>19</sup>, rappresentano il fulcro dall'attività tecnica dell'avvocato. Generazioni di giuristi sono state - e vengono formate - nelle nostre università proprio per ridurre il con-flitto a contro-versia; vengono formate per "scartare" tutte le informazioni non rilevanti per il diritto; per delineare il perimetro su cui verrà presa una decisione, appunto il *thema decidendum*. Si tratta di un'opera di traduzione ed incanalamento, affidata ai tecnici del diritto, i quali, per mandato, sono chiamati a racchiudere un'interazione complessa, quale è un con-flitto - fatto non solo di interessi materiali, ma anche, e soprattutto, di interessi psicologici - all'interno di una procedura che deve portare ad una decisione. I giuristi, dunque, sono dei "decostruttori" del perimetro del con-flitto. Il giurista, in sostanza, è formato per identificare, fra i tanti e complessi elementi materiali e psicologici di un conflitto, unicamente quelli "rilevanti" secondo il diritto; e, cioè, unicamente quelli su cui in effetti possa esercitarsi il potere valutativo e aggiudicativo di un terzo (il giudice). Quanto sopra equivale anche a dire che il giurista riceve un'apposita formazione per supportare il proprio cliente a prendere "posizione" e a richiedere tutela giuridica per quella posizione. Come sopra evidenziato, la posizione di una parte, di fronte alla posizione dell'altra (i.e. la contestazione), segnano il "recinto" della più ridotta contro-versia; e sarà proprio la contro-versia (e non il più ampio con-flitto) il perimetro entro il quale il giudice potrà legittimamente pronunciarsi. Del resto, sono le stesse norme del codice di procedura civile che impongono all'attore (e, quindi, al suo avvocato), di delimitare con precisione la porzione di con-flitto da considerarsi rilevante sul piano giuridico<sup>20</sup>. Ecco perché la formazione dei giuristi è, in profondità, incentrata sulla capacità di delimitare il *thema decidendum*. Se l'obiettivo del diritto non è quello di "pacificare" le persone, ma semplicemente quello di ripristinare

---

omissione di pronuncia, cioè ad una nullità della sentenza, rilevante ai sensi dell'art.162 c.1 c.p.c.".

<sup>18</sup> Cfr. Monoriti (2023).

<sup>19</sup> Consolo (2018), 1089: "La domanda giudiziale è il fulcro del processo di cognizione: determina la pendenza dello stesso, costituisce il contraddittorio con la controparte, rende concreto ed attuale l'esercizio della giurisdizione civile, fa sorgere, in capo al giudice, l'obbligo di pronunciarsi, determina la competenza e la giurisdizione ecc. Tutta l'attività di cognizione e decisione del giudice ruota intorno a quanto espresso nella domanda di parte".

<sup>20</sup> V. art. 163 co. 3 nn. 3-4 c.p.c. là dove è previsto che la citazione deve contenere "la determinazione della cosa oggetto della domanda", nonché "l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni".

l'ordine normativo giuridico (ed evitare così l'uso della forza), si conferma, anche per questa via, che, proprio per raggiungere il proprio obiettivo, il diritto chiede di sostituire alla complessità della interazione umana (con-flitto) una rappresentazione oggettivata e semplificata fatta di *posizioni-contro* (contro-versia). Posto il fine (ripristinare l'ordine), il diritto è quindi un "gioco finito"<sup>21</sup> basato sul modello giusto/sbagliato, vinco/perdo. **L'idea di fondo è che il con-flitto non può essere "risolto" attraverso il diritto, ma può essere "deciso" attraverso il diritto; solo che, per decidere il con-flitto, lo stesso deve essere prima "perimetrato" entro un quadro ben definito affinché si possa dire, attraverso il "raffronto" con la "misura" giuridica, chi è nel giusto e chi no. Lo sguardo del diritto verso il con-flitto è quindi rivolto al passato ed è, strutturalmente, uno sguardo "giudicante".** Tutto ciò ci aiuta a comprendere perché la formazione dei tecnici del diritto non possa (e non debba) essere finalizzata ad approfondire la **conoscenza dei bisogni psicologici** che caratterizzano il con-flitto umano nella sua "pienezza". Al contrario tale preparazione deve essere, ed è ad oggi ancora, finalizzata all'apprendimento delle regole del "gioco finito del diritto" e, cioè, alla conoscenza delle regole (processuali e sostanziali) che consentono di circoscrivere gli elementi utili per giocare, di volta in volta, una partita di prevalenza: la partita della decisione; una partita che può essere giocata solo sul (ridotto) terreno di gioco della contro-versia. Guardando le cose da questa prospettiva è ancor più facile comprendere perché la formazione giuridica tradizionale costituisca un limite quando si tratta poi di far "funzionare" metodi di risoluzione del con-flitto diversi da quelli che portano ad una decisione. Ed infatti, se, nell'analizzare (il racconto di) qualsivoglia con-flitto da parte del cliente, il giurista è preparato a scartare informazioni ed elementi non rilevanti e ad inquadrare il tutto in una questione più limitata, oggettiva e polarizzata (come richiesto dal diritto), è evidente che tenderà da lì in poi a pensare sempre "entro" questo quadro limitato. E così, dunque, anche quando dovrà provare a costruire un accordo tenderà a muoversi esclusivamente entro quegli stessi limitati confini; proverà, quindi, ad immaginare soluzioni per raggiungere un accordo esclusivamente nel perimetro della (ridotta) contro-versia e non in quello del (più ampio) con-flitto; continuerà a concentrarsi sulle posizioni della contro-versia per trovare un "compromesso" fatto di "reciproche concessioni" (sul modello, come vedremo, della transazione), piuttosto che "risalire" agli interessi/bisogni sottostanti che caratterizzano il con-flitto per uscire dal *thema decidendum* e provare a trovare nuove soluzioni; continuerà a guardare al passato, come quando occorre giudicare; piuttosto che guardare al futuro come quando, invece, occorre negoziare. Negoziare, del resto, significa trattare il con-flitto nella sua pienezza - fatta, come detto, non solo di bisogni materiali, ma anche di bisogni psicologici - per cercare di risolverlo/dissolverlo, non attraverso l'accertamento della "prevalenza" di una situazione giuridica soggettiva sull'altra, ma attraverso la combinazione degli interessi materiali e psicologici delle parti. La preparazione di una negoziazione richiede, infatti, di operare all'inverso rispetto al procedimento logico richiesto dal diritto e, segnatamente, di provare a giocare il gioco (i.e. il con-flitto) non così come esso si presenta - cioè, sottoforma di limitata contro-versia oggettivizzata - ma considerando che c'è sempre la possibilità di "giocare

---

<sup>21</sup> Carse (2023).

un gioco più grande”<sup>22</sup>. Del resto, una negoziazione - anche quando questa si dispiega all’interno della “cornice giuridica” di una negoziazione assistita, di una mediazione o di una composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa - la logica non è quella di chiedere la tutela di diritti soggettivi, ma quella di combinare interessi. Una negoziazione è come un’autostrada a due corsie: non puoi soddisfare i tuoi bisogni/interessi se non riconosci e provi prima a soddisfare i bisogni/interessi dell’altro. Solo una volta combinati gli interessi materiali e psicologici e trovate le soluzioni accettate dalle parti, si porrà il problema di usare il linguaggio dei diritti soggettivi; il linguaggio giuridico servirà infatti solo allora per descrivere l’accordo raggiunto in modo da renderlo riconoscibile dal nostro ordinamento (o da un altro?) e da poter beneficiare dell’uso della forza di quello stesso ordinamento in caso di inadempimento. Quanto sopra, ci fa comprendere ancor meglio perché la possibilità di trattare il con-flitto nella sua “interezza” (attraverso tutti i suoi aspetti materiali e psicologici) diventa per il giurista un esercizio mentale difficile. Non si tratta certo della mancanza di volontà, ma di una resistenza psicologica che deriva dalla inconscia percezione, per il giurista, di subire una violazione della propria identità di base (*core identity*)<sup>23</sup>. La *core identity* del giurista, che si costruisce anche - e soprattutto - per effetto del proprio percorso di formazione e delle esperienze connesse all’esercizio della propria attività professionale è la sintesi delle proprie credenze, dei rituali, dei legami personali (fedeltà), dei valori e delle esperienze emozionalmente significative vissute nel tempo<sup>24</sup>. Per un giurista, accettare la logica “diversa” che porta alla costruzione dell’accordo, può avere lo stesso grave effetto psicologico che ciascuno di noi subisce nel caso di attacco o negazione di una delle caratteristiche che definiscono “chi siamo” (es. origine, credo religioso, ecc) e, quindi, appunto di una parte della nostra identità. Da qui il pregiudizio e la difficoltà per i giuristi nell’acquisizione delle competenze che risultano fondamentali per un negoziatore come, ad esempio, il “mettersi nei panni dell’altro”, l’ascolto attivo e la capacità di “combinare interessi” per “generare soluzioni”, ecc... E questa difficoltà è diventata particolarmente evidente, nel nostro Paese, con l’introduzione del D. Lgs. 28/2010 sulla mediazione civile e commerciale; una “cornice normativa” che obbliga le parti a negoziare e che ha posto gli avvocati in una situazione inedita: trovarsi a negoziare un accordo obbligatoriamente facendo affidamento sulla formazione giuridica tradizionale; proprio quella formazione che è incentrata sulla capacità di ridurre il perimetro di osservazione dal con-flitto alla contro-versia per ottenere una decisione. E la situazione, oltre che inedita, diventa ancor più difficile, dal punto di vista psicologico, quando il giurista comincia piano piano a realizzare che, per giungere ad un accordo, non è sufficiente che una o entrambe le parti seguano le norme procedurali del decreto in questione, ma occorre che - una volta al tavolo - entrambe le parti sappiano negoziare e, quindi, se del caso anche andare “oltre” il *thema decidendum*. È proprio in questo momento che la raggiunta consapevolezza del

<sup>22</sup> Monoriti, Gabellini, 29, secondo cui “[...] non si è obbligati, necessariamente, a giocare un ‘gioco’ per come ci si presenta..., perché ‘c’è sempre un gioco più grande’ da poter giocare. Ed è proprio questa ‘la prima mossa’ di un negoziatore professionista: cercare sempre il percorso verso ‘l gioco più grande’; quello che rende possibile cooperare e creare valore”.

<sup>23</sup> V. Shapiro (2017).

<sup>24</sup> Come noto, proprio le credenze, i rituali, la fedeltà, i valori e le esperienze emozionalmente significative fanno parte dell’identità di base di ciascuno di noi (“*core identity*”). Sul punto v. Shapiro (2017).

fatto che la mediazione non è altro che una negoziazione fra le parti (facilitata dal mediatore<sup>25</sup>) e che, in mediazione, il vero protagonista non è il mediatore, ma sono le parti che negoziano, dovrebbe lasciare spazio alla certezza che al giurista che abbia ricevuto una formazione tradizionale effettivamente manchi la competenza tecnica (quella negoziale) idonea per assistere efficacemente le parti stesse in un percorso (quale è la mediazione) che non deve – e non può – portare ad una decisione, ma ad un accordo. Non basta più saper giocare un “gioco finito”. Occorre imparare a giocare un “gioco infinito”<sup>26</sup>.

## 4. Il modello della transazione (art. 1965 cod. civ.). Si transige un conflitto o una contro-versia?

### 4.1 La transazione e il quadro mentale in cui si muove il giurista. La transazione semplice e la transazione complessa

L'articolo 1965 c.c. disciplina un modello antichissimo di accordo che è rappresentato dalla transazione<sup>27</sup> e rappresenta uno snodo fondamentale per comprendere il quadro mentale in cui si “muove” il giurista con riferimento alla composizione delle contro-ver-sie. Esso distingue due modelli contrattuali che possono essere ricondotti alle seguenti categorie: la transazione semplice, di cui al primo comma e la transazione complessa, di cui al secondo comma. Il primo comma dell'art. 1965 cod. civ. definisce la transazione (semplice) come “il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro”<sup>28</sup>. L'essenziale funzione del modello contrattuale della transazione, quindi, è quella

<sup>25</sup> Cfr. Monoriti (2025).

<sup>26</sup> Carse (2023).

<sup>27</sup> Sull'origine storica della “transazione” v. Galletto (2013), 2: “Lo studio delle fonti del diritto romano induce a ritenere che sino al I secolo a.C. (età ciceroniana) non sia riconoscibile un negozio diretto idoneo alla regolamentazione convenzionale della *res dubia*. Gli accordi a contenuto transattivo, peraltro, specialmente sotto forma di conciliazione giudiziale, erano diffusi nella prassi e di essi si ha anche testimonianza risalente all'età delle XII Tavole. Ma anche forme pattizie transattive extra processuali sono ritenute diffuse già in età arcaica, pur in assenza di riscontri documentali delle fonti. Da un punto di vista semantico il sostantivo *transactio* ricorre per la prima volta in autori dell'età degli Antonini (Pomponio e Cerv. Scevola) e viene qualificato esplicitamente *contractus*. La transazione assume così la propria specificità ed autonomia quale negozio bilaterale finalizzato a risolvere una situazione incerta o una lite non ancora passata in giudicato. Tutte le situazioni dubbie o controverse potevano formare oggetto di transazione, salvo quelle regolate dal diritto pubblico in senso stretto. Essa viene poi recepita nella compilazione di Giustiniano, la quale peraltro non assegna alla transazione una tipologia negoziale definita”. Cfr. altresì Melillo (1992), 771 ss.; Schiavone (1977), 481. Per una ricostruzione della storia della transazione nel diritto intermedio Treggiari (1992), 790ss.; Bertolini (1998).

<sup>28</sup> Nonostante l'esplicita previsione codicistica che qualifica la transazione quale contratto attraverso il quale le parti, mediante reciproche concessioni, pongono fine ad una lite attuale o potenziale non sono mancate opinioni (e dispute conseguenti) che hanno dubitato della natura contrattuale dell'istituto. Il riferimento è all'opinione di Carnelutti, espressa in Carnelutti 1953, 185), secondo la quale la transazione risulterebbe dalla combinazione di due negozi unilaterali, una rinuncia ed un riconoscimento ciascuno condizionato all'esistenza dell'altro, ed alla successiva polemica con D'Onofrio, che aveva contestato la

di disciplinare quegli accordi conclusi fra le parti con il fine di pervenire alla composizione, non di una *res dubia vel incerta*<sup>29</sup>, ma del con-flitto umano in essere fra loro.

## 4.2 La “lite” come porzione semplificata e polarizzata del con-flitto

In modo del tutto analogo a quanto avviene per la decisione, che richiede la riduzione del con-flitto a contro-versia (*thema decidendum*), anche per addivenire ad un accordo riconducibile al modello della transazione, il con-flitto in essere fra le parti non può essere “trattato” (e, quindi, risolto) in tutta la sua “interezza”: esso deve prima essere semplificato e tradotto in un “contrasto esteriorizzato” e, cioè, in una contro-versia. In effetti, nessun con-flitto - che per sua natura è una complessa interazione umana che coinvolge bisogni psicologici e relazionali, prima ancora che profili logici ed economici - è suscettibile di essere risolto/dissolto, nella sua pienezza, attraverso un accordo qualificabile come transattivo, proprio perché, all’origine, esso non si presenta mai come una mera coppia di pretese meramente materiali ed oggettive contrapposte. Solo attraverso un’operazione di selezione e oggettivizzazione è possibile ricondurre il con-flitto al perimetro ridotto di una contro-versia idonea a essere “bilanciata” mediante reciproche concessioni. Quest’ultima è la “lite” (*res litigiosa*). Il che equivale a dire che la “lite” non può mai essere identificata con tutto il con-flitto umano e psicologico che si trova “a monte” nella relazione fra le parti, ma soltanto con una porzione oggettivata del conflitto stesso.

## 4.3 L’impropria distinzione fra “conflitto economico” e “conflitto giuridico”

Nel tentativo di chiarire il significato della *lite* cui fa riferimento l’art. 1965, comma 1, c.c., dottrina e giurisprudenza hanno spesso distinto tra “conflitto economico” e “conflit-

---

fondatezza di tale opinione in D’Onofrio (1954), 193ss., al quale aveva replicato Carnelutti, in Carnelutti (1955), c. 73ss.) e controreplicato D’Onofrio in D’Onofrio (1955), c. 127ss. Sulla natura giuridica della transazione v. altresì Santoro Passarelli (1975), 91; Del Prato (1992), 816; Moscarini, Corbo (1994); Carresi (1956), 120; Valsecchi (1986), 241; Segni (1982), 256; Furno (1950), 457; Galletto (2013).

<sup>29</sup> In giurisprudenza, l’orientamento che non considera la *res dubia* quale requisito della transazione è seguito da Cass. Civ., 13.5.1964, n. 1142; Cass. Civ., 28.3.1969, n. 1019; Cass. Civ. 9.5.1978, n. 2551; Cass. Civ., 1.9.1995, n. 9229; Cass. Civ., 17.9.2004, n. 18737; Cass. Civ. 19.3.2024, n. 7324. Per converso la giurisprudenza maggioritaria (tra le tante, Cass. Civ., 3.4.2003, n. 5139; Cass. Civ., 20.12.2021, n. 40730; Cass. Civ., 21.4.2022, n. 12744) persiste nel riferirsi alla *res dubia* quale requisito soggettivo obbligatorio seguendo la teoria soggettiva le cui incongruenze sono ben evidenziate da F. Petronio in Petronio (2023), 68ss. Infine, la tesi che ritiene la *res dubia* necessaria ma derivante dalle discordanti valutazioni e quindi in sostanza equivalente alla *res litigiosa*, è accolta *ex multis* da Cass. Civ., 13.5.1996, n. 4448; Cass. Civ., 2.10.1996, n. 8620; Cass. Civ., 13.8.2004, n. 15796; Cass. Civ., n. 8917/2016; Cass. Civ. n. 26528/2019. In dottrina sostengono l’irrelevanza dell’“incertezza” Franzoni (2001), 17ss secondo cui «la *res dubia* è un elemento estraneo alla transazione»; Del Prato (1992), 822: “Poiché premessa della transazione è il conflitto esternato, la circostanza che possa esservi lite senza incertezza delle parti in ordine alla situazione di fatto e di diritto fa sì che si possa “transigere senza il presupposto del dubbio...Far coincidere la *res dubia* con la lite che può sorgere, a prescindere dalla formalizzazione di contrapposte tesi, non consente di prospettare le reciproche concessioni, le quali, per configurarsi, debbono, s’è già detto, necessariamente muovere dal parametro della pretesa e della contestazione”; v. altresì Santoro Passarelli (1975), 9 ss.; Windscheid (1930), 611; Arancio (2004), 10; Palazzo (1999), 388; Ruperto (2002), 24ss. e 38; Galletto (2013), 1379; Valsecchi (1986), 203; Balestra (1965), 695.

to giuridico”<sup>30</sup>. Con la prima espressione si intende il dissidio originario che nasce tra le parti sul piano dei loro interessi materiali o relazionali; con la seconda si allude, invece, alla fase nella quale tale dissidio verrebbe ad assumere una dimensione giuridicamente rilevante, in quanto tradotto in pretese e contestazioni suscettibili di valutazione secondo le categorie del diritto. Una simile distinzione, tuttavia, rischia di risultare fuorviante se intesa come contrapposizione tra due tipi ontologicamente diversi di con-flitto. Ciò che precede la *lite* non è un “conflitto economico” diverso per natura dalla *lite* stessa (che sarebbe un “conflitto giuridico”), ma è semplicemente il con-flitto umano originario tra le parti: un confronto tra interessi e bisogni che possono avere contenuto materiale o psicologico e che esiste indipendentemente dalla loro eventuale rilevanza giuridica. Ne consegue che nessun con-flitto, in sé, può essere qualificato come “economico” in senso stretto: nessun con-flitto prescinde da componenti psicologiche e relazionali, né si esaurisce in elementi di sola rilevanza patrimoniale. Il con-flitto è, essenzialmente e prima di tutto, “umano”. È stato peraltro proposto di sostituire la parola *lite* con la locuzione “conflitto giuridico”<sup>31</sup>, ma è evidente il vizio logico che si annida dietro tale definizione. Come detto, un con-flitto è un con-flitto; non è né economico, né giuridico. È, prima di tutto, un’interazione umana che coinvolge interessi materiali e psicologici. Esso esiste a prescindere dalla rilevanza giuridica dei bisogni (materiali o psicologici, esplicitati o meno) delle parti. Solo in un momento successivo, quando una delle parti afferma la propria posizione e l’altra la contesta, una porzione di quel con-flitto viene selezionata e oggettivata come contro-versia e può assumere rilevanza quale *lite* ai sensi dell’art. 1965 cod. civ. È solo in quel momento, dunque, che una parte del con-flitto (contro-versia) assume rilevanza quale presupposto (la *lite*) per poter addivenire ad un accordo quali-

<sup>30</sup> V. Petronio (2023), 68: “In definitiva, si ritiene che la *lite* rilevante debba consistere in un conflitto qualificato, nel senso che l’interesse di chi pretende non sia meramente economico ma trovi protezione in una norma giuridica; a questa condizione il conflitto, che deve svolgersi sull’an o sul quantum del diritto controverso, è giuridico. Se invece esso sia soltanto economico e richieda un atto di autonomia privata per il componimento, non può darsi transazione, rientrandosi nell’arena in cui si svolgono le trattative di qualsiasi contratto oneroso; arena che è inevitabilmente conflittuale in ragione del rapporto tra illimitatezza dei bisogni dell’uomo e limitatezza dei beni atti a soddisfarli”; Del Prato (1992), 816-817: “Non basta a fungere da premessa della transazione un semplice conflitto economico, il quale costituisce il terreno su cui si innestano le trattative di qualsiasi contratto oneroso: serve invece un conflitto giuridico dunque l’affermazione di un diritto, che si esterna nella pretesa, e la contestazione della sussistenza o della misura di tale diritto...”; Balestra 2011, 683: “Chiaramente, il conflitto economico è presupposto insufficiente perché possa parlarsi di transazione ai sensi degli artt 1965 ss. c.c., all’uopo occorrendo un conflitto di matrice più propriamente giuridica che evidenzi una contestazione - circa l’an o, più semplicemente, il quantum - in merito ad un’altrui pretesa”. Sul punto v. D’Onofrio (1974), 226, secondo cui il modello contrattuale della transazione e il concetto di “*lite*” hanno un punto di contatto, la “controversia”, “...la quale può definirsi il contrasto fra due (o più) parti su di una situazione giuridica fra di loro esistente. La controversia può sorgere: a) perché una delle parti afferma sussistere una determinata situazione di cui l’altra nega in toto l’esistenza; ovvero, b) perché le parti, pure essendo d’accordo sulla esistenza di una situazione fra di loro, discordano su una o più modalità di essa. Quello che è essenziale è che almeno una delle parti affermi la giuridicità della sua pretesa; se così non fosse, la controversia sarebbe puramente economica, e potrebbe dar luogo ad altra figura, ad es. quella dell’arbitratore (art. 1473), non a transazione”.

<sup>31</sup> Balestra (2011), 695: “Il concetto di *lite* non è di facile identificazione sicché, alla luce di un’indagine condotta alla stregua della normativa processuale, si è recentemente proposto di espungere la parola *lite* dal lessico, per sostituirlo con la formula «conflitto giuridico», così come qualificato alla luce di una pretesa e di una correlativa contestazione”.

ficabile giuridicamente come “transazione”, e ciò indipendentemente dalla fondatezza “giuridica” della pretesa e della contestazione. Ai fini del raggiungimento di un accordo transattivo, pertanto, non è necessario che venga invocato o che esista effettivamente un diritto soggettivo corrispondente alla pretesa o alla contestazione; è sufficiente semplicemente che vi siano una pretesa e una contestazione anche se vi è assoluta incertezza o dubbio sull’esistenza di un diritto soggettivo corrispondente<sup>32</sup>. Ecco perché un accordo può essere qualificato quale transazione indipendentemente dalla dimostrazione che la stessa pretesa o contestazione risulti “validata” dal diritto. Ne consegue che la *lite* potrebbe semmai essere definita come un “conflitto giuridico” non nel senso che la pretesa o la contestazione debbano risultare valide o fondate giuridicamente, ma tutt’al più solo e semplicemente nel senso che proprio la perimetrazione oggettiva del con-flitto in una ridotta contro-versia, formata da pretesa e contestazione, sarebbe di per sé rilevante “giuridicamente” e, quindi, di per sé sufficiente per integrare il presupposto giuridico della transazione. Si conferma, dunque, anche per questa via, che la *lite* cui si riferisce l’art. 1965, comma 1, c.c. non è il con-flitto umano originario in essere fra le parti, ma è sempre qualcosa in meno – cioè una porzione di esso – e che tale porzione, per assumere rilevanza come presupposto della transazione, deve essere delineata come due pretese di “verso-contrario” (contro-versia) indipendentemente dal fatto che le correlative affermazioni di diritto risultino poi fondate e, quindi, “validabili” giuridicamente nel nostro ordinamento.

#### 4.4 L’irrilevanza della distinzione fra *lite* “già incominciata” e la *lite* “che può sorgere”

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti consentono ora di riesaminare criticamente anche la distinzione contenuta nell’art. 1965, comma 1, c.c., secondo cui la transazione può avere ad oggetto una *lite* “già incominciata” ovvero una *lite* “che può sorgere”. Se, infatti, la *lite* non coincide con il con-flitto umano originario tra le parti, ma rappresenta la sua riduzione giuridica in una contro-versia, vale a dire in un contrasto esteriorizzato tra pretese oggettive contrapposte, allora risulta difficile sostenere che tale elemento (la *lite*) possa essere al tempo stesso presente e soltanto eventuale<sup>33</sup>. La *lite*

<sup>32</sup> Cfr. Cass. Civ. 9 maggio 1978, n. 2251 ove si afferma: “La nozione di *lite* si identifica, quindi, con quella di conflitto giuridico contraddistinto dalla pretesa di una parte e dalla contropretesa o contestazione dell’altra” e poi si precisa che: “...la dottrina moderna ravvisa gli elementi costitutivi del conflitto giuridico nella esigenza di subordinazione dell’interesse altrui al proprio, la quale si estrinseca nella pretesa, e nel rifiuto di detta subordinazione, evidenziato dalla contestazione. L’una e l’altro sono mere manifestazioni di volontà delle parti e non postulano la fondatezza delle correlative affermazioni. In altri termini sottostante alla pretesa vi è un diritto, nel senso che con quella si afferma l’esistenza e la titolarità di questo, così come sottostante alla contestazione vi è la negazione del diritto vantato dalla controparte. Tale esistenza e titolarità, essendo solo proclamate o disconosciute dai contendenti e non riconosciute ancora dal giudice, rivestono carattere di incertezza. Pertanto, la pretesa e la contestazione non postulano rispettivamente l’effettiva esistenza o inesistenza del diritto al quale esse si riferiscono, risolvendosi tale conflitto giuridico in un semplice contrasto di volontà delle parti”.

<sup>33</sup> In tal senso, non può seguirsi l’orientamento che ritiene sufficiente quale presupposto della transazione - e, quindi, quale interpretazione del concetto di “*lite* che può sorgere” - la situazione in cui un contrasto non si è ancora delineato (Cfr. Carresi (1958), 482; D’Onofrio (1974), 226; né parimenti la tesi che fa coincidere la “*lite* che può sorgere” con l’incertezza, «la quale, nella sua capacità a generare la *lite* sta con questa

costituisce infatti il presupposto minimo perché il con-flitto possa essere trattato secondo il modello della transazione. Da questo punto di vista, la formula codicistica della “lite che può sorgere” appare logicamente problematica. Se infatti la *lite* è il con-flitto già oggettivizzato nella forma di pretese contrapposte, essa non può, nello stesso tempo, essere concepita come qualcosa che deve ancora sorgere: una *lite* che non esiste ancora non è, propriamente, una *lite*, ma soltanto la possibilità che il più ampio con-flitto assuma quella forma. È proprio tale tensione logica che ha indotto parte della dottrina a interrogarsi sul significato effettivo della formula legislativa, osservando come essa rischi di svuotare di contenuto il requisito della *res litigiosa* se interpretata nel senso di ammettere la transazione anche in assenza di un contrasto attuale tra le parti<sup>34</sup>. In tal caso, infatti, la transazione finirebbe per coincidere con qualsiasi accordo concluso tra soggetti portatori di interessi potenzialmente divergenti, con evidente perdita di capacità selettiva della fattispecie tipica. Se fosse sufficiente la mera possibilità che una *lite* insorga in futuro, non vi sarebbe più alcuna differenza rilevante tra il modello della transazione e il generico accordo concluso in presenza di interessi confliggenti: verrebbe meno proprio quel filtro che richiede l’esistenza di una *res litigiosa*, ossia di una porzione di con-flitto già oggettivata nella forma di pretese e contestazioni. Questa difficoltà può essere superata solo riconoscendo che la distinzione codicistica non riguarda l’esistenza o meno del con-flitto tra le parti (posto che, come detto, un con-flitto “a monte” esiste sempre), ma piuttosto il suo stadio di sviluppo: ciò che rileva, quindi, è il passaggio dalla dimensione extragiudiziale a quella processuale. La transazione può intervenire sia quando il con-flitto sia già stato incanalato in un giudizio (e, quindi, sia stato già necessariamente ridotto in forma di contro-versia), sia quando esso, pur essendo già pienamente esistente, non sia stato ancora riversato in sede giudiziaria, ma venga quanto meno descritto nella sua forma ridotta di due pretese contrapposte (contro-versia). In questa prospettiva, la formula “*lite che può sorgere*” non indica un con-flitto “futuro”, ma un con-flitto esistente e già esternato in forma oggettivizzata, ridotta e polarizzata pur se non ancora sfociato nella dimensione processuale. Pertanto, se è vero che la *lite* non coincide con il con-flitto umano originario tra le parti, ma con una porzione di quest’ultimo espressa in forma di

---

in un tale rapporto genetico, per cui integra un pericoloso stato preagonistico, che le parti hanno interesse a toglier di mezzo» Valsecchi (1986), 170.

<sup>34</sup> V. Petronio (2022), 68, secondo cui “Venendo al secondo aspetto, concernente il livello di avanzamento minimo della lite perché possa parlarsi di *res litigiosa*...la S.C. prende posizione al riguardo, sia pure con qualche incongruenza. Se infatti, usando talune formule, essa pare fissare il presupposto qualificatorio del negozio transattivo nella potenzialità del conflitto («dissenso potenziale»), ovvero nel «pericolo» dello stesso, motivando col dire che la «funzione della transazione è anche quella di prevenire la lite», fa riferimento – e questa, come si dirà, pare essere la posizione nella sostanza accolta dalla Corte – anche al fatto che debbono già esistere «tesi delle parti» in contrasto tra loro, pur se non dotate di «determinatezza». La potenzialità dovrebbe, in tale ipotesi, limitarsi alla mera definizione in «precisi termini» ed alla esteriorizzazione in una «rigorosa formulazione» di un dissenso che è però già attuale. La confusione nelle formule della Corte è diretta derivazione della «assolutamente incomprensibile» formulazione dell’art. 1965, comma 1°, cod. civ. ... che emerge quando la legge, pur dettando una disciplina facente riferimento a pretesa e contestazione, ritiene sufficiente una “*lite che può sorgere*”. Ora, è evidente come uno stesso elemento (la *lite*) non possa essere allo stesso tempo requisito qualificativo e caratteristica solo potenziale, quindi in ipotesi assente (la *lite che può sorgere*)!”.

contrasto fra pretese oggettivate ed esteriorizzato<sup>35</sup>, è vero anche che la differenza cui si riferisce l'art. 1965, comma 1, cod. civ. può rilevare solo nel senso che tale contrasto può essere (*"lite già incominciata"*) o non essere (*"lite che può sorgere"*) già "formalizzato" negli atti di un processo-giudizio. Tale distinzione, in sostanza, ha semplicemente riguardo ad una contro-versia *"secondo che sia o non sia iniziato il processo"*<sup>36</sup>.

#### 4.5 Il "passato" del con-flitto filtrato attraverso il linguaggio oggettivo delle posizioni. La lite come contro-versia retrospettivamente oggettivata

Chiarito, dunque, che la distinzione posta dall'art. 1965, comma 1, c.c. fra "lite già incominciata" e "lite che può sorgere" rileva unicamente con riferimento allo stadio (processuale o meno) della contro-versia, è ora possibile mettere a fuoco un ulteriore profilo della nozione di *lite* così ricostruita. Se, infatti, la *lite* non coincide con il con-flitto umano originario tra le parti, ma con la sua riduzione a contro-versia, deve allora osservarsi che essa presenta anche una struttura tendenzialmente **retrospettiva**. La *lite*, in altri termini, non si costruisce sul con-flitto in essere nella sua interezza, né sui bisogni materiali e psicologici che continuano ad animarlo nel presente o a proiettarlo nel futuro, ma su fatti, comportamenti, effetti o attribuzioni che le parti assumono come già verificatisi. È proprio questa operazione di selezione e di oggettivazione di elementi del passato che consente al diritto di trattare il con-flitto secondo le proprie categorie. In questo senso, lo stadio di sviluppo che rileva ai fini dell'art. 1965 c.c. non è soltanto quello che separa la dimensione extragiudiziale da quella processuale (come si è visto nel paragrafo precedente), ma anche – e soprattutto – il passaggio da un con-flitto ancora in essere e, quindi, "aperto", a una porzione di esso che viene "chiusa" poiché letta in chiave retrospettiva. Da questo punto di vista, la *lite* potrebbe essere dunque definita come il passato del con-flitto filtrato attraverso il linguaggio delle pretese. Essa viene a coincidere con i meri "fatti" e, cioè, con la sola porzione del con-flitto rivolta al passato che il diritto riesce a catturare, a delimitare e rendere "misurabile" in vista di una decisione. Ma se la *lite* è connessa ai soli "fatti" del passato, il (più ampio) con-flitto, invece, non dipende dai fatti, ma dalla

<sup>35</sup> Cfr. Galletto (2013), 9: "...è necessario che la contrapposizione delle parti abbia (quanto meno) raggiunto la soglia della contestazione della posizione assunta dalla controparte, così da determinare un contrasto tra tesi contrapposte"; Balestra 2011, 693: "A prescindere dallo stato di incertezza (oggettivo o soggettivo che sia), ciò che connota la transazione è dunque l'esistenza di una contestazione circa la fondatezza o meno delle ragioni di una delle parti. Si fronteggiano dunque una pretesa concernente un interesse giuridico astrattamente tutelabile e la correlativa contestazione, attraverso la quale si mira a neutralizzare, anche soltanto parzialmente, l'anzidetta pretesa".

<sup>36</sup> Cfr. Cass. Civ. 9 maggio 1978, n. 225: "... il dubbio, come tale, rimane un semplice antecedente di fatto, che, risolvendosi in un atteggiamento neutro, non può essere rilevante giuridicamente. Pertanto, appare fondato quell'indirizzo dottrinale, che, basandosi, oltre che sull'elemento storico, su quello sistematico, desunto dagli art. 1965, 2° comma, 1966, 1° comma, 1969, 1971 cod. civ., ritiene che la transazione presupponga costantemente una lite in atto, cosicché la distinzione, posta dall'art. 1965, 1° comma, cod. civ. fra « lite già incominciata » e « lite che può sorgere », ha riguardo alla res litigiosa secondo che sia o non sia iniziato il processo...". Nel senso che per *"lite già cominciata"* si intenda giudizio già instaurato, mentre per *"lite che può sorgere"* si debba intendere il *contrasto già delineato* anche se non sfociato in sede giudiziaria v. Viterbo (1937), 220ss; Furno (1948), 65ss; Santoro Passarelli (1986), 9 ed ivi richiami alla precedente dottrina in senso conforme; Matteucci (1960), 44s.; Minervini (1986), 581ss.; Laudisa (1990), 420ss.

“percezione” (che ciascuna parte ha di quegli stessi fatti. Ecco perché il con-flitto fra le parti non ha una limitata dimensione “retrospettiva, ma una dimensione ben più ampia che – dal punto di vista psicologico – è viva nel presente e si proietta nel futuro. Per un giurista ciò vuol dire prendere atto che se, sul versante del diritto – e, quindi, della possibilità di decidere una contro-versia – la cosa più importante sono i “fatti”, sul versante della negoziazione – e, quindi, della possibilità di risolvere il più ampio con-flitto con un accordo – la cosa più importante è **la percezione di quegli stessi fatti**. Questo spiega peraltro perché per decidere o transigere un con-flitto si guarda sempre al passato (e ci si focalizza retrospettivamente sulla contro-versia), mentre per risolvere/dissolvere un con-flitto occorre guardare al futuro (focalizzandosi sul disallineamento percettivo e sull’impatto che lo stesso ha avuto su bisogni psicologici delle persone). Da dentro il perimetro della *lite* è difficile guardare al con-flitto nella sua proiezione presente o futura, né ai bisogni materiali e psicologici che ancora alimentano la relazione fra le parti, venendo più in rilievo i soli fatti e le conseguenze (materiali) già originatesi nel passato. In ciò risiede, del resto, la prossimità strutturale della *lite* al *thema decidendum*: tanto la *lite* quanto il *thema decidendum* sono, infatti, il risultato di uno sguardo al con-flitto necessariamente ridotto, polarizzato e retrospettivo.

#### 4.6 La capacità di transigere e i diritti oggetto della “lite”

Muovendo da tali premesse, appare ora più semplice fornire una coerente interpretazione anche all’art. 1966, comma 1, c.c. là dove – nell’introdurre il concetto della capacità di transigere – quest’ultimo si riferisce alla “capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite”. Se, con la transazione, le parti non vogliono l’accertamento, ma intendono proprio evitarlo e intendono farlo attraverso una soluzione pratica che incida unicamente sul piano delle pretese a prescindere dalla valutazione giuridica sulla reciproca contestazione<sup>37</sup>, com’è possibile che oggetto della *lite* siano dei “diritti”? Anche alla luce di quanto detto sopra, si conferma, dunque, che la *lite* (e, cioè, la contro-versia) ha ad oggetto semplicemente le pretese delle parti e ciò indipendentemente dalla validazione giuridica delle stesse, ovvero da ogni possibilità di accertamento – riservata peraltro al giudice – in ordine al fatto che una, l’altra o entrambe le pretese stesse risultino validate da una situazione giuridica soggettiva<sup>38</sup>. Nel consegue che, con riferimento all’art. 1966 c.c., la capacità di transigere dovrà essere sempre misurata non sui (pretesi o, meglio, presunti) diritti che sono oggetto della *lite* – la quale rimane comunque il presupposto della transazione – quanto, piuttosto, sui diritti soggettivi che saranno effettivamente creati attraverso l’accordo transattivo<sup>39</sup>. Muovendo da questa prospettiva, la transazio-

<sup>37</sup> V. Falzea (1992), 2176: «lungi dal volere l’accertamento i soggetti, con la transazione, intendono invece evitare l’accertamento, attraverso una soluzione pratica che, operando unicamente sul piano delle pretese, prescinde dalla effettiva portata della realtà giuridica su cui muove la contestazione».

<sup>38</sup> V. Petronio (2022), 68: “Sul punto la sentenza in commento offre una precisazione non innovativa ma di estrema rilevanza: le reciproche concessioni «devono essere intese in correlazione con le reciproche pretese e contestazioni e non già in relazione ai diritti effettivamente a ciascuna delle parti spettanti» ... Logico corollario, è quello per cui il contratto non possa impugnarsi anche ove si dimostri successivamente che una parte non ha in realtà concesso nulla in quanto i diritti da essa vantati erano assolutamente infondati ...”.

<sup>39</sup> Del Prato (1992), 837: “Lasciando da canto le implicazioni sistematiche, va posta mente al chiaro tenore

ne potrà dirsi, quindi, nulla, ai sensi dell'art. 1966, comma 2, c.c. solo ove si consideri che i diritti richiamati da tale disposizione ("*tali diritti*") siano quelli oggetto dell'accordo transattivo<sup>40</sup> – e non, dunque, quelli oggetto della *lite* – e se i primi, appunto, "per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti"<sup>41</sup>.

#### **4.7 Delimitazione negativa del concetto di "lite". Le esigenze primarie come interessi psicologici (irrilevanti per il diritto) fondamentali per la negoziazione degli accordi**

Rimanendo sul presupposto della transazione di cui all'art. 1965, comma 1, c.c. è importante a questo punto chiarire anche cosa non rientra nel concetto di *lite*. Non vi rientra tutto ciò che, pur caratterizzando il con-flitto umano in essere fra le parti, rimane confinato nella dimensione dei bisogni psicologici delle persone (le c.d. esigenze psi-

---

della norma, che non allude alla capacità di agire ma alla capacità di disporre dei diritti riguardo ai quali si transige" e pag. 842 in cui si evidenzia che "È opinione diffusa desumere dall'art. 1966 comma 2 c.c. che oggetto della transazione sia la situazione giuridica controversa, cioè la situazione che viene conformata dal contratto ... Dire che oggetto della transazione è la situazione controversa significa alludere alle posizioni sostanziali alle quali si appuntano le contrapposte posizioni di lite. Ma il velo steso dalla lite sulla realtà preesistente comporta che la disposizione transattiva e la corrispettività che la impronta debbano in primo luogo essere rapportate alle posizioni di lite, disponendo delle quali la realtà giuridica viene plasmata ex novo, anche se una di esse in seguito risulti infondata, salvi i rimedi di cui agli art. 1971-1975. Nella cosiddetta transazione complessa, che realizza la composizione della lite mediante prestazioni estranee alla situazione controversa (art. 1965 comma 2 c.c.), l'oggetto del contratto esorbita da quest'ultima. Rilevata tale circostanza, se non si vogliono riferire alla transazione due distinte nozioni di oggetto, l'una costante – il rapporto litigioso comunque conformato dal contratto – l'altra eventuale – gli ulteriori diritti di cui si dispone per comporre la lite –, occorre ricercare una nota omogenea idonea a ricomprendere l'aspetto oggettivo tanto della transazione pura quanto di quella cosiddetta complessa o mista: nota che sembra corretto individuare nelle prestazioni in cui consistono le reciproche concessioni, cioè nei diritti di cui si dispone".

<sup>40</sup> Si consideri, ad esempio, una contro-versia tra due soggetti in ordine all'esistenza di un rapporto di filiazione. In una situazione di questo tipo, la lite ha ad oggetto uno *status* personale, la cui affermazione o negazione è rimessa esclusivamente al giudice ed è, per definizione, sottratta alla disponibilità delle parti. Ne discende che un accordo che pretendesse di riconoscere o di negare lo *status* di figlio sarebbe colpito da nullità ai sensi dell'art. 1966, comma 2, c.c. Ciò nondimeno, le parti potrebbero concludere un accordo transattivo che, pur traendo origine dal contrasto di pretese (i.e. la *lite*) sullo *status*, non incidesse in alcun modo su di esso. Così, ad esempio, il soggetto indicato come padre potrebbe validamente obbligarsi, in sede transattiva, a corrispondere una somma di denaro ovvero ad assumere determinati impegni patrimoniali o assistenziali, senza che ciò possa implicare né il riconoscimento dello *status* né la sua rinuncia. In casi del genere, la capacità di transigere non andrebbe misurata sui diritti indisponibili che costituiscono l'oggetto della lite (lo *status*), ma rispetto ai diritti patrimoniali – pienamente disponibili – che formano il contenuto effettivo dell'accordo. La verifica richiesta dall'art. 1966, comma 2, cod. civ. deve dunque concentrarsi sull'individuazione del "bersaglio" dell'assetto negoziale: se le parti hanno inteso comporre un contrasto sull'appartenenza dello *status*, l'accordo sarà nullo ex art. 1966, comma 2, cod. civ. (Cfr. Cass. 24 dicembre 1955, n. 3938; Cass. civ., Sez. II, 9 aprile 2019, n. 9905); se, invece, hanno voluto soltanto definire i rapporti economici connessi, lasciando impregiudicata ogni questione sullo *status*, l'accordo potrà ritenersi valido, a condizione che incida esclusivamente su diritti disponibili. Al riguardo, cfr. Giorgianni (1988), 99ss.

<sup>41</sup> Così Del Prato (1992), 84ss., ove si offre anche una disamina relativa alla casistica delle situazioni soggettive sottratte alla disponibilità delle parti, quali, ad esempio, gli *status* personali, i diritti della personalità, l'obbligazione di prestare gli alimenti, l'obbligazione naturale ecc.

cologiche primarie)<sup>42</sup>. Un primo esempio è offerto dai rapporti fra soci. Si pensi a due soci che sperimentano un deterioramento del rapporto personale dovuto a mancanza di fiducia, divergenze valoriali o risentimenti accumulati negli anni. Il con-flitto riguarda, anzitutto, la relazione: il mancato apprezzamento, la lesione dell'autonomia (derivante, ad esempio, dalla modalità di esercizio del potere gerarchico/decisionale) o un *deficit* di affiliazione (che può determinare l'ansia per il futuro della società). Si tratta di dimensioni psicologiche che, pur potendo costituire il nucleo più profondo del con-flitto umano, non possono di per sé integrare una *lite* poichè non si traducono immediatamente in una pretesa ed in una corrispondente contestazione e, quindi, in tal senso, non possono essere rilevanti giuridicamente. Solo quando uno o più profili del con-flitto vengono selezionati e fatti emergere nel linguaggio delle pretese contrapposte — ad es. la violazione di una regola statutaria o regolamentare, la validità di una delibera, il valore di una quota, l'inadempimento di un patto parasociale — si viene a delimitare il perimetro di una contro-versia (pretesa di annullamento; richiesta di risarcimento; contestazione del prezzo; ecc.). Soltanto nell'ambito di questo perimetro delimitato si possono immaginare reciproche concessioni<sup>43</sup> e, dunque, conseguentemente, un accordo qualificabile

<sup>42</sup> V. Fisher, Shapiro (2016).

<sup>43</sup> Si consideri il caso di una S.r.l., nella quale due soci — Tizio, titolare del 60% delle quote e amministratore unico, e Caio, titolare del restante 40% e responsabile dell'area commerciale — da anni collaborano alla gestione dell'impresa. L'atto di nomina di Caio quale direttore commerciale e la relativa procura subordinano alla preventiva autorizzazione dell'amministratore unico tutti i contratti eccedenti la soglia di euro 50.000. Tizio ritiene che nel tempo Caio abbia progressivamente disatteso gli impegni di sviluppo commerciale; Caio, dal canto suo, percepisce Tizio come accentratore, poco trasparente nelle decisioni gestionali e incline a marginalizzarlo. Il con-flitto che si sviluppa tra i due non è ancora una "lite" in senso tecnico-giuridico. Non vi sono una pretesa e una contestazione e, quindi, non vi sono due "posizioni". Il con-flitto riguarda, piuttosto, la lesione dei **bisogni psicologici** di ciascuna parte: Tizio avverte una lesione del proprio bisogno di **status** e di **apprezzamento**; Caio vive come prevaricazione una gestione che limita il suo bisogno di **autonomia** e che, escludendolo, non riconosce adeguatamente il suo bisogno di **affiliazione**; entrambi percepiscono una violazione del proprio bisogno di rispetto del **ruolo** ricoperto nella compagine sociale. **Tutto questo è già un con-flitto umano: un dissidio complesso e multidimensionale, che deriva dal mancato rispetto delle esigenze primarie psicologiche proprie di ciascun individuo** (v. Fisher, Shapiro 2016, 15). Ma nulla di tutto ciò, per quanto intensamente vissuto, è di per sé idoneo a costituire una *res litigiosa*. Per assumere rilevanza giuridica, il con-flitto deve essere ridotto e inquadrato come una contro-versia. È solo quando Tizio contesta formalmente la legittimità di una decisione assunta da Caio in qualità di direttore commerciale — ad esempio la sottoscrizione di un contratto di rilevante entità economica, superiore a euro 50.000, senza la previa approvazione — oppure quando Caio lamenta la mancata corresponsione degli utili secondo i criteri previsti dallo statuto o da un patto parasociale, che il con-flitto ampio e complesso si riduce ad una disputa delimitata. Solo in questo momento **si identificano, con sguardo retrospettivo, una pretesa da un lato** — quale, ad esempio, quella derivante dalla responsabilità del direttore commerciale per la conclusione non autorizzata di un contratto in violazione dei limiti della procura oppure per ulteriori condotte che integrerebbero un inadempimento degli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà derivanti dal suo rapporto di lavoro; la richiesta da parte di un socio di adempimento degli obblighi societari (es. corretta liquidazione degli utili) — **e una contestazione dall'altro**: nasce la contro-versia. Il modello transattivo può intervenire soltanto su questa frazione ridotta del con-flitto. Tutto ciò che aveva dato origine al dissidio — la frustrazione conseguente alla violazione delle esigenze primarie di status, autonomia, apprezzamento, ruolo e affiliazione — viene necessariamente espunto dall'analisi giuridica e, quindi, dal perimetro dell'accordo transattivo. La dimensione relazionale e psicologica — che costituisce la vera fonte del con-flitto — rimane fuori dal *thema decidendum*, benché sia proprio questa parte ("scartata" dal diritto) quella che, se non affrontata, continuerà

come transazione. Una dinamica analoga si riscontra nei conflitti familiari o ereditari. Anche qui le tensioni profonde possono nascere da percezioni di esclusione o di scarsa considerazione (lesione del bisogno di affiliazione), dalla mancanza di ascolto (lesione del bisogno di apprezzamento) o dal mancato rispetto del ruolo che ciascun soggetto percepisce di ricoprire all'interno della famiglia. Tutto ciò costituisce indubbiamente un con-flitto umano percepito e vissuto, ma non integra, di per sé, l'oggetto di una lite transigibile. Solo quando le parti selezionano un profilo specifico — la richiesta di divisione di un bene, la contestazione di una disposizione testamentaria, il valore di un conguaglio — emerge una pretesa che — in una con la sua contestazione — è suscettibile di alimentare lo schema delle concessioni reciproche. Un ulteriore esempio proviene dai conflitti lavorativi. Il con-flitto umano è spesso legato al sentimento di mancato riconoscimento professionale (apprezzamento) o la percezione di ingiustizia derivante dall'esercizio del potere gerarchico (rapporto status/ruolo). Ebbene, anche da questo esempio, appare evidente che non è concepibile l'idea di transigere un bisogno psicologico (quale ad esempio, il mancato apprezzamento o il bisogno di veder rispettato il proprio ruolo) e ciò semplicemente perché non è possibile identificare una corrispondente concessione. Pertanto, anche in questo caso, solo la identificazione di una specifica pretesa — differenze retributive, qualificazione delle mansioni — consente di perimetrare il con-flitto entro un recinto compatibile con lo schema transattivo. Se ne ricava, ancora una volta, che, soltanto quando la complessità materiale e psicologica dell'interazione umana che genera il con-flitto viene inquadrata in un dissenso polarizzato, oggettivo e retrospettivo fra due pretese, il quadro può assumere la rilevanza giuridica della lite (art. 1965 cod. civ.). Al contrario, come detto, non possono avere rilevanza sul piano giuridico e, quindi, non possono integrare il concetto di lite secondo la previsione dell'art. 1965 c.c., circostanze soggettive e non esteriorizzabili consistenti nella lesione dei bisogni psicologici fondamentali della persona (le c.d. esigenze psicologiche primarie)<sup>44</sup> vale a dire i bisogni psicologici di apprezzamento, autonomia, affiliazione, status o ruolo. Qui però occorre fare una precisazione importante. Se è vero, infatti, che la lesione dei bisogni psicologici alla base del con-flitto umano non è idonea, di per sé, a integrare il presupposto giuridico di una transazione — la lite — e, quindi, risulta irrilevante per il diritto, tale lesione diviene invece centrale nel dominio della negoziazione, ove il con-flitto umano deve essere affrontato nella sua pienezza e con sguardo rivolto al futuro. Del resto, l'obiettivo di una negoziazione — a differenza di quello del diritto — è quello di costruire soluzioni idonee a sciogliere il nodo del più ampio con-flitto anche sul piano psicologico e, quindi, soluzioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle immaginabili entro il perimetro materiale della lite stessa. La chiave del passaggio dall'approccio giuridico all'approccio negoziale sta proprio qui. Le esigenze psicologiche primarie non sono solo bisogni psicologici che consentono di affrontare correttamente una relazione fra le parti (in quanto tali irrilevanti per il giurista), ma sono veri e propri "interessi" che, unitamente a quelli materiali,

---

a compromettere la relazione fra i soci. Ed è per questo che, in caso di decisione della contro-versia con una sentenza o di definizione della contro-versia (con un accordo sul modello della transazione), il più ampio con-flitto umano non verrà né dissolto né risolto e rimarrà lì ad intaccare la relazione fra le parti o a segnarne l'inesorabile separazione.

<sup>44</sup> V. Fisher, Shapiro (2016).

sono suscettibili di essere identificati, portati alla luce e soddisfatti reciprocamente nel quadro dello scambio negoziale. Da questo punto di vista, dunque, le esigenze primarie possono entrare nella costruzione dell'accordo non solo come obiettivi relazionali in sé, ma anche come punto di riferimento per "scoprire" ulteriori utilità negoziali con valore economico che le parti possono riconoscersi vicendevolmente in combinazione delle – più facilmente visibili – prestazioni connesse con gli interessi materiali. È proprio in questa possibilità di combinare interessi materiali e interessi psicologici che si coglie la differenza più profonda tra il modello giuridico della *lite* e il modello negoziale di risoluzione del più ampio con-flitto.

#### **4.8 La lite transigibile e il ruolo selettivo delle reciproche concessioni**

Chiariti, nei termini sopra esposti, i confini del concetto di *lite*, occorre ora affrontare un ulteriore profilo, decisivo ai fini della ricostruzione del modello della transazione. Il punto, più precisamente, è stabilire se la *lite*, una volta emersa come contro-versia, implichi già di per sé la possibilità di reciproche concessioni oppure se sia, al contrario, proprio la possibilità di reciproche concessioni a selezionare, all'interno delle liti possibili, quelle suscettibili di essere composte mediante transazione. Se, infatti, la causa della transazione è di natura "compromissoria", consistendo nella composizione della *lite* mediante reciproche concessioni<sup>45</sup>, ed essa si attua, appunto, mediante sacrifici incrociati, è evidente che tale causa presuppone "a monte" ci siano pretese contrapposte da compensare<sup>46</sup>. Le concessioni reciproche presuppongono, sul piano logico prima ancora che giuridico, l'esistenza di propria pretesa e di una corrispondente resistenza<sup>47</sup>. Non vi può essere concessione senza una posizione di partenza da cui "retrocedere", né con-

<sup>45</sup> Al riguardo, v. Balestra (2011), 684ss., il quale evidenzia che, a differenza di ciò che normalmente accade quando un tipo contrattuale viene identificato "per il tramite del contenuto delle prestazioni che le parti si obbligano ad eseguire...", la transazione è identificata in rapporto a una funzione, realizzabile mediante una varietà di contenuti deducibili nelle concessioni che le parti reciprocamente si fanno e conclude rilevando che: "Dalla nozione di transazione che il codice fornisce emerge un contratto dalle caratteristiche peculiari, e ciò essenzialmente per un duplice ordine di ragioni: 1) i sacrifici di ordine patrimoniale affrontati dalle parti possono essere a contenuto estremamente variabile in virtù di un esteso riconoscimento - per ragioni ben intuibili - dell'autonomia contrattuale allorché essa si proponga di transigere; 2) i predetti sacrifici sono funzionalmente rivolti a por fine ovvero a prevenire una lite. L'anzidetta funzionalizzazione ha così attirato l'attenzione della dottrina tradizionale, incline a ravvisarvi un'esplicitazione della causa della transazione - la composizione della lite attraverso le reciproche concessioni che darebbero vita a una nuova situazione giuridica volta a sostituire, mediante eliminazione, quella antica per la parte in cui essa sia stata dedotta in lite - di cui entrerebbero a far parte in qualità di elementi le reciproche concessioni".

<sup>46</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 04/09/1990, n. 9114: "In tema di transazione, le reciproche concessioni, cui si riferisce il 1° comma, art. 1965 c. c., devono essere intese in correlazione con le reciproche pretese e contestazioni e non già in relazione ai diritti effettivamente a ciascuna delle parti spettanti".

<sup>47</sup> V. Del Prato (1992), 818: "per aversi reciproche concessioni serve un parametro iniziale col quale confrontarle; altrimenti, non solo non si saprebbe rispetto a cosa si fanno le concessioni, ma neppure si delimiterebbe l'ambito della preclusione di ulteriori pretese derivanti dalla situazione su cui si è transatto..." e p. 823: "Il contrasto tra l'affermazione di due posizioni giuridiche è la base della transazione in quanto serve per individuare le reciproche concessioni. Queste ultime, infatti, non hanno a parametro la situazione sostanziale, che viene, in misura più o meno intensa, occultata dalla lite, ma vanno valutate in relazione al modo nel quale il contrasto si prospetta".

tro-concessione senza una pretesa da modulare o ridurre. Il modello della transazione, dunque, si risolve nel sacrificio delle opposte posizioni, mediante reciproche concessioni<sup>48</sup>. Ne discende che è lo stesso requisito delle reciproche concessioni a determinare il significato giuridico-operativo della parola *lite* nell'art. 1965 c.c. Ciò vuol dire, in altri termini, che, ai fini dell'art. 1965 cod. civ., non basta che la *lite* che si presenti come un confronto fra pretese contrapposte, ma occorre che le stesse siano suscettibili di "concessione", cioè arretrabili mediante sacrifici incrociati<sup>49</sup>. Se le parti non potessero arretrare, almeno di qualche punto, dalle loro pretese e contestazioni verrebbe meno lo spazio operativo per un accordo qualificabile come transazione. Ma proprio qui il punto decisivo: la mera esistenza di una pretesa e di una contestazione vale a integrare la *lite*; non vale, invece, ancora automaticamente a qualificare come transattivo qualunque accordo destinato a comporla. Occorre, infatti, che quella *lite* sia concretamente suscettibile di essere modulata attraverso reciproci arretramenti. Il presupposto della transazione rimane, dunque, la *lite*. Tuttavia, ai fini della configurabilità del modello transattivo, non è sufficiente una qualunque *lite*: occorre che essa si presenti in una forma tale che all'interno del suo ambito perimetrato vi sia spazio per le reciproche concessioni<sup>50</sup>. In questo senso, non è la *lite*, considerata in astratto, a richiedere sempre reciproche concessioni; è, piuttosto, la possibilità di reciproche concessioni a delimitare, all'interno del più ampio *genus* della *lite*, l'area più ristretta della *lite* transigibile. Si pensi, da un lato, a una contro-versia locatizia nella quale il locatore domandi il pagamento dei canoni arretrati e il rilascio dell'immobile, mentre il conduttore contesti in parte l'ammontare richiesto e invochi un termine più ampio per il rilascio. In una simile ipotesi, la non solo esiste, ma è anche strutturata in modo tale da consentire reciproche concessioni: il locatore può

<sup>48</sup> Pacificamente il negozio transattivo richiede lo scambio di reciproche concessioni: così Pugliatti (1949), 449ss.; Carresi (1956); Carresi (1973), 481ss.; D'Onofrio (1959), 219-285; Santoro Passarelli (1975); Visalli (1980), 355ss.; Palazzo (1985), 296ss.; Palazzo (1999), 386ss.; Valsecchi (1986), 429; Del Prato (1992); Moscarini, Corbo (1994), 1ss.; Gitti (1999), 169; Panuccio Dattola (1996), 50.

<sup>49</sup> V. Del Prato (1992), 823: "La funzione di comporre la controversia dà luogo a rinunzie reciproche che vanno commisurate alle posizioni assunte dalle parti nella controversia stessa. Il difetto di un avanzamento rispetto alle posizioni di *lite* non consente di ravvisare una transazione, ma piuttosto un atto rinnovativo"; Balestra (2011), 691: "La contestazione in ordine a una determinata pretesa fornisce il parametro alla cui stregua valutare la sussistenza delle reciproche concessioni e, per conseguenza, per effettuare una qualificazione in termini di transazione dell'accordo raggiunto al fine di dirimere la controversia".

<sup>50</sup> La mancanza di reciproche concessioni, se esclude la ricorrenza di un contratto di transazione, non impedisce la costituzione tra le parti di un vincolo di altra natura, come, ad esempio, il negozio unilaterale di accertamento, qualora ne sussistano i presupposti (Cass. civ., 06/11/1981, n. 5857). Al riguardo, di recente, v. Tribunale Padova, Sez. II, Sentenza, 22/05/2024, n. 1003: "A differenza della transazione, che postula una reciprocità di concessioni tra le parti in modo che ciascuna di esse subisca un sacrificio, e della rinuncia, che postula l'esistenza di un diritto acquisito e la volontà abdicativa volta a dismettere il diritto medesimo, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo". Le reciproche concessioni possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un *quid medium* tra le prospettazioni iniziali (v. Cass. Civ., I.I.2010, n. 7999, in *Contratti*, 2010, p. 693). Deve peraltro escludersi la necessità di un'equivalenza tra i reciproci sacrifici delle parti, cosicché è idonea a integrare il requisito delle reciproche concessioni qualsiasi soluzione mediana tra le rispettive pretese, prescindendo da ogni esigenza di proporzionalità (Cass. civ., Sez. II, 17.8.1990, n. 8330).

arretrare rispetto alla pretesa creditoria o alle modalità del rilascio; il conduttore, a sua volta, può accettare un pagamento parziale immediato, un piano di rientro o una data certa di rilascio. Qui, dunque, la contro-versia è già conformata in modo tale da poter essere composta mediante sacrifici incrociati e, quindi, attraverso una transazione. Si pensi, per contro, a un rapporto di lavoro nel quale il dipendente viva da tempo un profondo sentimento di mancato rispetto, di scarsa considerazione e di lesione del proprio ruolo all'interno dell'organizzazione, mentre il datore di lavoro percepisca il lavoratore come oppositivo, poco collaborativo e non più affidabile. Il con-flitto è evidente, ma il suo nucleo resta collocato anzitutto sul piano relazionale e psicologico: ciò che emerge è la frustrazione di bisogni di apprezzamento, status, autonomia e ruolo<sup>51</sup>. In una situazione del genere, anche ove il dissidio sia chiaramente percepito da entrambe le parti, può mancare del tutto quello spazio di arretramento reciproco che consente di configurare una lite suscettibile di composizione transattiva, proprio perché il contrasto non si traduce ancora in pretese materiali contrapposte suscettibili di concessione. Le parti possono dunque avvertire intensamente il con-flitto, ma non riuscire ancora a “vedere” quali reciproche concessioni dovrebbero scambiarsi, poiché ciò che realmente le divide non è una coppia di pretese già perimetrare, bensì una lesione di bisogni psicologici non soddisfatti. Guardando le cose da questa prospettiva, appare evidente che, al fine di risolvere il con-flitto con un accordo che assuma la rilevanza giuridica di una transazione, non è sufficiente delimitare una porzione di con-flitto in forma di contro-versia, ma occorre altresì che il perimetro così delineato consenta alle parti di individuare e praticare reciproche concessioni. Solo in presenza di questo ulteriore requisito la *lite*, oltre che esistere, diventa anche transigibile.

#### 4.9 La lite può essere inventata?

Sono in sostanza necessarie le reciproche concessioni affinché vi possa essere una *lite* ai sensi dell'art. 1965 c.c. senza che ciò abbia riflesso sul totale e più ampio con-flitto alla base che potrebbe ben rimanere irrisolto. In questi termini potremmo anche concludere che la *lite* è sostanzialmente una porzione di con-flitto che può essere delimitata deliberatamente e, in questo senso, persino “inventata” dalle parti: non perché sia fittizia o possa sorgere dal nulla, ma perché, una volta esistente il più ampio con-flitto umano fra le parti, essa non è uno spazio separato e autonomo all'interno della interazione umana in essere fra le parti, bensì il risultato di una operazione di selezione, riduzione e perimetrazione compiuta dalle parti stesse. Tale attività ritaglia dal con-flitto complessivo solo quel segmento che le parti intendono sottoporre alla logica compromissoria delle reciproche concessioni, lasciando sullo sfondo tutto ciò che, pur continuando ad alimentare il con-flitto, non è suscettibile di essere tradotto in pretese contrapposte concedibili. In questo senso, come acutamente evidenziato in dottrina: “La lite ...assorbe ed offusca la realtà della situazione preesistente, la cui consistenza può rilevare diversamente a seconda del modo in cui la transazione dispiega il proprio effetto innovativo”<sup>52</sup>. Che la *lite* rilevante ai fini della transazione goda di una significativa autonomia convenzionale

---

<sup>51</sup> V. Fisher, Shapiro (2016).

<sup>52</sup> V. Del Prato (1992), 851.

rispetto al più ampio con-flitto “a monte” si ricava dalla stessa disciplina posta dal legislatore all’art. 1969 c.c. in tema di “errore” posto che, come noto, sia l’errore di diritto, sia – come confermato dalla giurisprudenza – l’errore di fatto<sup>53</sup>, risultano irrilevanti quando riguardano le questioni poste quale oggetto della contro-versia<sup>54</sup>. Ciò che emerge chiaramente, dunque, è che le reciproche concessioni danno vita ad una nuova situazione giuridica volta a sostituire, mediante eliminazione “...quella antica per la parte in cui essa sia stata dedotta in lite...”<sup>55</sup> e, quindi, volte a sostituire, mediante eliminazione, la lite dichiarata dalle parti quale presupposto dell’accordo, ma non certamente il più ampio con-flitto umano in essere fra le parti<sup>56</sup>. Quindi, il motivo per cui, al fine di realizzare un accordo transattivo, è necessario definire prima il perimetro specifico di una lite è proprio quello di “occultare la situazione sostanziale...”<sup>57</sup> il che vale a dire quello di rendere irrilevante il più ampio con-flitto umano. Del resto, come ormai appare evidente, è molto difficile transigere un ampio con-flitto umano in quanto tale, mentre è possibile transigere – mediante reciproche concessioni – una porzione di esso appositamente polarizzata, perimetrata e ridotta a contro-versia. Anche da questa prospettiva, dunque, si evince perché – esattamente come per la decisione (sentenza) – il modello transattivo deve essere intrinsecamente “perimetrato”. E questo spiega anche perché, una volta transatta la lite con un accordo transattivo, il più ampio con-flitto umano resti ancora vivo. Esattamente come a seguito di una decisione.

#### 4.10 Sulla definizione di lite. Si transige un conflitto o una controversia?

Alla luce di quanto sin qui osservato, la “lite” rilevante ai sensi dell’art. 1965 c.c. può essere definita come una porzione di con-flitto retrospettivamente oggettivata con il linguaggio delle pretese e appositamente perimetrata entro uno spazio che consenta re-

<sup>53</sup> V. Cass. 9 maggio 1958, n. 1537, in *Foro it.*, 1959, I, 821 ss., specialmente 830 s., con nota di Ulderico Bisegna, *L’annullabilità della transazione temeraria per colpa grave*; Cass. 10 maggio 1967, n. 941, in *Giur. it.*, 1968, I, I, 344 ss.; Cass. 28 dicembre 1967, n. 3024, *ivi*, 1366 ss.; Cass. 9 agosto 1969, n. 2973; Pret. Parma 8 novembre 1975, *ivi*, 1976, I, 2, 236 ss., specialmente 242; Pret. Terni 24 marzo 1983, in *Prev. Soc.*, 1984, 305 ss.; Trib. Firenze 19 ottobre 1984, in *Giust. It.*, 1985, I, 1803 ss.

<sup>54</sup> Così Del Prato (1992), 849: “All’errore che sta alla base dell’intento transattivo è rivolta la disposizione dell’art. 1969 c.c., a tenore della quale la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti» (cosiddetto *caput controversum*) ... Dal primo profilo deve precisarsi che la giurisprudenza e la dottrina dominante estendono, seguendo una antica tradizione, la disciplina menzionata anche all’errore di fatto. La spiegazione di quest’orientamento, senz’altro da condividere, oltre a fondarsi su persuasive ragioni di ordine sociale (ammettere l’impugnativa per errore sulle questioni controverse significherebbe rendere inutile gran parte delle transazioni), ha un puntuale fondamento giuridico. Se potesse farsi valere l’errore di fatto sulla situazione litigiosa verrebbe infatti meno la funzione della transazione, che attua il superamento della lite prescindendo dalla consistenza dell’antecedente situazione controversa. Poiché quest’ultima è occultata dalla lite, l’errore che cada su di essa incide sulla convenienza del componimento pattizio, non già sull’attitudine del contratto a realizzare l’auto regolamento di interessi che la parte si è rappresentato”.

<sup>55</sup> Così Balestra (2011), 684.

<sup>56</sup> D’Onofrio (1974), 231ss: “... le reciproche concessioni sono destinate ad incidere non sulla situazione realmente preesistente inter partes, bensì sulle opposte situazioni che ciascuna di esse affermava, in modo da dar luogo ad una terza situazione, certa, che a quelle incerte pretese si sostituisce”.

<sup>57</sup> V. Del Prato (1992), 860.

ciproche concessioni. Essa non coincide, dunque, con il più ampio con-flitto umano in essere fra le parti, ma con un segmento selezionato, ridotto e polarizzato di esso, costruito in modo tale da poter essere trattato secondo la logica compromissoria della transazione. La *lite* non preesiste all'accordo come dato già integralmente definito, ma prende forma convenzionale in funzione della transazione; in questa prospettiva, se paragonata al più ampio con-flitto, può anche dirsi, "inventata" nel senso che viene appositamente definita e ritagliata dalle parti a partire da un con-flitto umano. Ciò significa che la transazione non mira a restituire la realtà psicologica del con-flitto nella sua interezza, ma a sostituire, con una nuova disciplina convenzionale, il solo segmento di realtà che le parti hanno selezionato come *lite*. Ed è proprio tale riduzione a rendere possibile l'operazione transattiva. Il modello della transazione riflette, dunque, una logica di compromesso interna a un perimetro previamente definito da due opposte posizioni: muovendosi esclusivamente entro tale perimetro, entrambe le parti arretrano dalle rispettive pretese per raggiungere l'accordo. Per la configurabilità di una transazione, infatti, non è sufficiente che le parti giungano in qualsiasi modo ad un punto di incontro, essendo imprescindibile che tale composizione abbia luogo proprio mediante reciproche concessioni. Ne discende che, se è vero che la transazione è percepita come strumento di composizione del con-flitto, la sua struttura causale – fondata su reciproche concessioni relative a pretese contrapposte – mostra che essa opera soltanto quando il con-flitto sia stato previamente ristretto al perimetro delle opposte pretese. È solo rispetto a una contro-versia così costruita che le parti possono muoversi nella logica della spartizione del valore mediante sacrifici incrociati. Questo sopra, del resto, si riflette nella prassi linguistica: non diciamo mai, propriamente, che si transige un con-flitto; ciò che si transige è sempre una contro-versia.

#### 4.II La transazione come sostituto contrattuale della decisione

Da quanto sin qui rilevato, appare chiaro che la transazione descritta dall'art. 1965, comma 1, c.c. è un modello astratto attraverso il quale il legislatore ha inteso qualificare in chiave giuridica un accordo che viene assunto dalle parti muovendo dalla stessa logica "perimetrale" del processo-giudizio. Il modello della transazione rappresenta, dunque, il sostituto della decisione sul piano contrattuale con la differenza che, in questo caso, la soluzione non è quella di attribuire il valore ad una o all'altra parte, ma quella di suddividerlo fra le parti<sup>58</sup>. Partendo da questa premessa possiamo quindi ricavare la logica di base di tutto il sistema giuridico di risoluzione dei con-flitti. Per risolvere un con-flitto occorre sempre prima ricondurlo ad un perimetro limitato e oggettivizzato perché solo

<sup>58</sup> V. Carnelutti (1953), 185, ove l'Autore richiamando i suoi scritti precedenti, osserva che la causa della transazione è la composizione della lite, cioè un equivalente funzionale della sentenza; in essa i due elementi della lite, cioè la pretesa e la resistenza, si risolvono in una rinuncia parziale ed in un riconoscimento ugualmente parziale; al riguardo, v. anche Del Prato (1992), 813: "Fra gli strumenti accordati ai privati per la soluzione di controversie giuridiche la transazione occupa un posto particolare perché è un contratto ed, in quanto tale, prescinde dall'accertamento della ragione e del torto" e, più in particolare, p. 816: "la sentenza è giudizio, dove pertanto il valore del dispositivo si fonda sull'accertamento del fatto e del diritto risultante dalla motivazione; la transazione è invece mera disposizione ... Essa, superando la controversia senza accertare il fatto e risolvere questioni giuridiche, prescinde dalla fissazione della ragione e del torto".

ciò che è dentro un “perimetro ben delineato” (*thema decidendum* o *lite*) può essere gestito dal diritto. E la gestione può avvenire in due modi. Ciò che si trova al di dentro può essere attribuito con una decisione o suddiviso con un accordo. Ciò che si trova al di fuori, invece, resta escluso sia dalla decisione, sia dall'accordo transattivo. In questo perimetro limitato (*thema decidendum* o *lite*) rappresentato in sostanza dalla contro-versia, il sistema offre dunque due principali possibilità: richiedere la decisione di un terzo (il giudice) oppure dividere l'oggetto della disputa mediante reciproche concessioni tra le parti. La transazione, quale modello suddivisorio, è quindi perfettamente coerente con le premesse della procedura giudiziale perché il perimetro richiesto da un modello di accordo come la transazione (e, cioè, la *lite*) è limitato esattamente come il perimetro della decisione (il *thema decidendum*).



L'identità fra il presupposto di una decisione e il presupposto del modello di accordo denominato “transazione” (cioè la delimitazione del con-flitto entro un “perimetro”), ha elevato la struttura della stessa transazione a modello principale (quasi esclusivo) dell'accordo utilizzabile, dall'autonomia privata, per l'autocomposizione di una contro-versia, anche se non ancora giunta in sede giudiziaria<sup>59</sup>. Il modello dell'accordo transattivo è quindi divenuto un vero e proprio “modo di pensare la risoluzione di un con-flitto”, non solo nel contesto dei procedimenti giudiziali, ma anche al di fuori del giudizio, essendo perfettamente compatibile con la formazione tradizionale del giurista. Del resto, a quest'ultimo non richiede lo sforzo di generare soluzioni nuove per risolvere o, addirittura, dissolvere il con-flitto, ma semplicemente di “ri-perimetrare” e “ridurre” il con-flitto per usare una unica soluzione: le reciproche concessioni. La cen-

<sup>59</sup> Ampie riflessioni sul fatto che la transazione costituisca la massima espressione dell'autonomia negoziale nella prospettiva di una composizione concordata della lite in Ruperto (2002), 128ss.

tralità di questo “modello di accordo” alimenta, però, meccanismi psicologici rilevanti: la sua forza risiede nella semplificazione, nella certezza del risultato e nella comparabilità con l'incertezza relativa, per ciascuna delle parti, dell'esito di una decisione/sentenza; il suo limite sta nel sacrificio di qualsiasi possibilità di valorizzare gli interessi (soprattutto quelli psicologici) delle parti o di elaborare soluzioni evolutive. Proprio per questa ragione, la transazione si innesta con naturalezza nella mentalità del giurista. Se è vero, infatti, che il suo schema di partenza corrisponde a quello della decisione giudiziale e si concretizza quando le parti, anziché attendere il verdetto, scelgono di spartirsi l'oggetto della disputa applicando la logica del “compromesso”, è altrettanto vero che, seguendo tale schema, il giurista interiorizza un vero e proprio *bias* cognitivo: tende a concepire l'accordo soltanto come suddivisione del valore della *lite*, non come costruzione di un assetto più ampio. In effetti, se, sul piano giuridico, il modello della transazione è sempre visto positivamente - poiché costituisce la via per evitare una decisione - dal punto di vista economico, la transazione, in cui le parti si fanno reciproche concessioni all'interno di una *lite*, deve essere considerato come un modello “distruttivo di valore” poiché - a ben vedere - si tratta di un “gioco a somma negativa”; anzi, per la precisione, di un “gioco a somma negativa (perdi/perdi) inserito in un gioco “a somma zero” (vinci/perdi)”<sup>60</sup>.

#### 4.12 La transazione mista o complessa

Il secondo comma dell'art. 1965 c.c. effettivamente amplia il perimetro degli accordi che giuridicamente possono essere qualificati come transazione introducendo la c.d. transazione mista o complessa<sup>61</sup> e consentendo così di “*creare, modificare o estinguere anche rapporti giuridici diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa o della contestazione delle parti*”<sup>62</sup>. Secondo la previsione di legge, tuttavia, ciò deve avvenire sempre “con le reciproche concessioni”. Anche in questo caso, dunque, le reciproche concessioni, rimangono al centro dello schema dell'accordo<sup>63</sup>. In effetti, quando la stessa previsione

<sup>60</sup> Così (2017), 128.

<sup>61</sup> Il dibattito intorno alla distinzione fra transazione pura e transazione mista è ampiamente ricostruito da Ruperto 2002, 461ss.

<sup>62</sup> Cfr. da ultimo Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 03/07/2025, n. 18038: “Un accordo stipulato con la finalità di comporre bonariamente una vertenza relativa alla misura dell'indennità di espropriazione, intervenuto successivamente alla conclusione della procedura espropriativa, può includere pattuizioni ulteriori aventi contenuto atipico e portata transattiva e non limitate alla determinazione dell'indennità, configurandosi come una transazione ai sensi dell'art. 1965 cod. civ.”.

<sup>63</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, 17/08/1990, n. 8330: “In tema di transazione le reciproche concessioni - tra cui non è richiesto a pena di validità un equilibrio economico - non debbono necessariamente esaurirsi nell'ambito del rapporto controverso, potendo esse non riguardare le pretese litigiose alle quali s'intenda porre fine, bensì incidere su diritti e beni estranei alla causa, giacché per il 2° comma art. 1965 c. c. è consentito alle parti risolvere la lite costituendo, modificando od estinguendo rapporti diversi da quelli oggetto della pretesa e della contestazione”. In dottrina, sul punto v. in particolare Galletto (2013), 1393, secondo cui “[...] la transazione «mista» in realtà null'altro sarebbe che una transazione tipica connotata dal fatto che l'oggetto di essa è più ampio di quello della lite transigenda [...]. La giurisprudenza, per parte sua, ha sin da epoca risalente osservato che, a differenza del negozio d'accertamento, la transazione evita ed elimina la lite, non attraverso un regolamento che si voglia quanto più possibile congruente alla situazione controversa, ma mediante una soluzione di compromesso, che prende le mosse dalle reciproche pretese (non

legislativa prevede che, “*con le reciproche concessioni*”, le parti possono generare o incidere su rapporti “*diversi*” da quello che ha formato “*oggetto della pretesa e della contestazione*”, ciò non vuol dire che l'intero con-flitto umano potrà divenire oggetto dell'accordo, ma vuol semplicemente dire che questi rapporti “*diversi*” potranno costituire dei pagamenti – diversi dalla rinuncia parziale reciproca alle originarie posizioni – che le parti potranno scambiarsi tra loro per definire la *lite* già ridotta e perimetrata. Questi rapporti “*diversi*” potranno quindi divenire “*concessioni*” ed integrare reciprocamente il corrispettivo della *lite*. In passato si è a lungo dibattuto sulla natura dichiarativa o costitutiva della transazione<sup>64</sup> e così, proprio lo schema della transazione “mista”, che era già ammesso sotto il vigore del precedente codice civile, pur mancando all'epoca una norma corrispondente all'attuale art. 1965 comma 2, ha favorito il ripensamento della concezione che attribuiva alla transazione natura dichiarativa<sup>65</sup>. È evidente, infatti, che proprio la creazione, modificazione od estinzione di situazioni o rapporti estranei alla *lite* non può che consistere in un effetto costitutivo<sup>66</sup> confermando, anche per questa via, che il modello di accordo denominato “transazione” prescinde da qualsivoglia ricerca di verità e/o giustizia sulle pretese delle parti e sulla relativa contro-versia avendo quale obiettivo unicamente quello di “innovare” il rapporto fra le parti<sup>67</sup> in modo da produrre effetti

---

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

<sup>64</sup> In effetti, in epoca precedente al varo del codice del 1942 - stante la vigenza di una norma che, sulla scorta del modello napoleonico, attribuiva alla transazione, nei rapporti *inter partes*, l'autorità di una sentenza irrevocabile (art. 1772, I co., c.c. 1865) - si è lungamente discusso sulla natura della transazione e, in particolare, se ad essa dovesse attribuirsi efficacia meramente dichiarativa oppure costitutiva. Analitica ricostruzione di tale dibattito in Gitti (2005), 69ss.; Gitti (1999), 8ss.; cfr. anche Segni (1982), 252ss. La presa di posizione del legislatore del '42 ha tolto definitivamente vigore alle teorie dichiarative, avendo consacrato la natura contrattuale in senso stretto dell'atto di composizione transattiva della lite anche se, con tesi recisamente contestata, Carnelutti (1953), 185ss, ha sostenuto che la transazione risulterebbe dal collegamento di un negozio di rinuncia e di un negozio di riconoscimento reciprocamente condizionati, di modo che la natura dichiarativa o costitutiva andrebbe ricercata analizzando ciascuno dei due negozi a seconda che essi costituiscano, modifichino o estinguano un rapporto diverso da quello contestato oppure no. Sul conseguente dibattito vedi *supra* nota 27.

<sup>65</sup> V. Stolfi (1931); Stolfi (1961), 57ss.; Butera (1933), 346ss.

<sup>66</sup> Nicolò 1934-1935a, 1980, 437ss.; Nicolò 1934-1935b, 1980, 1328ss.; Pugliatti (1949), 459ss.; Santoro Passarelli (1986), 67ss., 137ss., al quale si deve la definitiva confutazione dell'orientamento che propendeva per la dichiaratività; Valsecchi (1954), 222ss., 254ss.; Visalli (1980), 472; Vassalli (1980), 40ss.; Segni (1982), 255ss.; Gazzoni (1991), 311ss.

<sup>67</sup> Del Prato (1992), 828: “La transazione è naturalmente destinata ad innovare, non solo in quanto atto di autonomia privata, ma anche, e specialmente, perché rivolta al superamento di una lite a prescindere da ogni ricerca sulla realtà controversa: e l'innovatività risiede nell'attitudine ad innovare, non nell'effettività dell'innovazione, giacché il supporto causale della transazione è la lite, alla quale l'innovazione stessa va riferita. Essendo la situazione su cui incide la transazione una situazione controversa, l'effettività della modificazione della realtà sostanziale è un dato a priori indeterminabile, né successivamente accertabile, dacché la transazione pone un diaframma sulla realtà preesistente” e pag. 829: “...l'attitudine ad innovare, che è nota costante dell'effetto preclusivo, implica l'esercizio di un potere dispositivo (cfr. l'art. 1966

giuridici guardando al futuro e prescindendo, al contrario, da qualsivoglia accertamento giuridico sul passato e sulla realtà preesistente. Un ulteriore problema di fondo su cui giurisprudenza e dottrina si sono interrogati con riferimento allo schema della transazione complessa o mista, riguarda l'interferenza che possono dispiegare sulla causa transattiva i diversi rapporti negoziali dedotti dalle parti nell'ambito delle reciproche concessioni e che si riferiscono ad ambiti (od oggetti) esorbitanti rispetto alla *lite* transigente. E ci si è soffermati, in particolare, sullo schema causale a cui debba farsi riferimento per la disciplina dei rapporti originati dalle reciproche concessioni. In effetti, se il fenomeno della transazione «mista» fosse riconducibile alla fattispecie del contratto misto (*rectius* con causa mista), costituito da elementi di tipi contrattuali diversi, si avrebbe una causa unica ed inscindibile, nella quale si combinano gli elementi dei diversi tipi che lo compongono<sup>68</sup>. Tuttavia, l'applicazione della teoria dell'assorbimento o della prevalenza presenta un rischio: quello di non cogliere appieno il senso della volontà delle parti, attribuendo prevalenza causale allo schema che connota la prestazione dedotta in transazione anziché alla funzione che le parti hanno voluto attribuire di per sé al contratto di transazione cd. "mista"<sup>69</sup>. In effetti, la formula "transazione mista" non deve trarre in inganno, per lo meno se con essa si intende alludere alla riconducibilità di tale tipologia contrattuale nell'alveo dei contratti con causa "mista". E ciò in quanto, si tratta di un modello di contratto la cui causa non si discosta da quella della transazione semplice posto che tale modello, come detto, ha sempre alla base lo schema delle "reciproche concessioni"<sup>70</sup>. In sintesi, la transazione "mista" in realtà null'altro sarebbe che una

---

comma 1 c.c.). La qualità degli effetti, derivando dalla natura del contratto, non può che essere costante: e poiché è la lite e non già il rapporto da cui essa è originata il supporto della transazione ed il parametro dell'innovazione, rispetto alla lite vanno considerati gli effetti del contratto; i quali, pertanto, consistono in una disposizione, attuata tramite le reciproche concessioni, della situazione sostanziale, che ne esce immediatamente conformata".

<sup>68</sup> In questo caso, almeno secondo la giurisprudenza, il contratto misto sarebbe assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente e la prevalenza si determinerebbe in base ad indici economici o anche di tipo diverso (come la «forza» del tipo o l'interesse che ha mosso le parti), salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non risultino incompatibili con quelli del contratto prevalente: in detta ipotesi si dovrebbe procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322), alla integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto. Al riguardo cfr. Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 20/09/2023, n. 26874 (rv. 668782-01): "Il contratto avente ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso di un bene e la contemporanea definizione, in via transattiva, di alcune pendenze fra le parti, riconducibile all'ambito del contratto misto, trova la sua disciplina giuridica in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti, senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi voluti dalle parti e che concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili, con quelle del contratto prevalente. (Nella specie la S.C., in presenza di una transazione con la quale veniva, fra l'altro, trasferita la proprietà di alcuni beni, ha individuato la disciplina applicabile in quella della compravendita, in quanto la funzione economica prevalentemente conseguita era quella di consentire, mediante la vendita di beni, un proficuo esercizio dell'attività imprenditoriale)"; v. altresì Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 349 e n. 481; Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Riv. not.*, 2009, 6, p. 1475).

<sup>69</sup> Cfr. Galletto (2013), 14.

<sup>70</sup> In questo senso, v. Balestra, voce Transazione (contratto di) in *Il Diritto*, Enc. giur., XVI, p. 100: "... la c.d. transazione mista risulta pur sempre caratterizzata dalla medesima funzione della transazione semplice – **composizione della lite mediante reciproche concessioni** –, differenziandosi dalla figu-

transazione semplice connotata dal fatto che, come sopra anticipato, la contro-versia (la *lite*) identificata dalle parti (e, cioè, quella che, secondo il testo dell'art. 1965 c.c., "ha formato oggetto della pretesa o della contestazione delle parti") viene risolta convenzionalmente con pagamenti "diversi" dalla rinuncia parziale reciproca alle originarie posizioni. In sostanza, anche lo schema della transazione mista o complessa non induce le parti a trovare soluzioni per "coprire" l'intero perimetro del con-flitto umano (per risolverlo o dissolverlo), ma induce le parti, molto più semplicemente, a cercare il corrispettivo per dirimere la (delimitata) contro-versia al di fuori della rinuncia parziale alla propria posizione originaria. Anche questo schema contrattuale, dunque, deve sempre muovere da due posizioni di partenza che perimetrano e semplificano il con-flitto e poi deve trovare una soluzione a quel "contesto perimetrato" attraverso lo schema delle reciproche concessioni; con l'unica differenza che queste "concessioni" possono andare oltre la rinuncia parziale delle pretese e, quindi, anche venire dall'"esterno" del perimetro. Il modello della transazione "complessa" o "mista" (di cui all'art. 1965, secondo comma, c.c.) si avvicina molto di più al concetto di gioco a somma positiva; un gioco, cioè, in cui le parti non si limitano a dividere il valore dato dalle posizioni di partenza, ma cercano di "allargare la torta" cercando di creare e concedersi reciprocamente valore aggiuntivo. Tuttavia, per i giuristi si tratta di uno schema più complicato da pensare e realizzare vista la richiesta della legge (art. 1965 c.c.) di "perimetrare" una *lite* e la conseguente difficoltà di superare, sul piano psicologico, il limite del "perimetro" e il *bias* rappresentato dalla logica binaria delle posizioni contrapposte e delle consequenziali reciproche rinunce/attribuzioni. La riprova sta nel fatto che non è raro, per gli avvocati che dovessero provare ad affrontare temi che vanno oltre il perimetro della *lite*, sentirsi rispondere dai colleghi che la richiesta non ha niente a che fare con l'oggetto della contro-versia e che, quindi, non c'entra nell'accordo. Se la regola operativa per costruire un accordo è sempre il sacrificio reciproco, questa logica non può che spingere verso una delimitazione del "perimetro" del con-flitto da "trattare" e, quindi, ridurre la capacità del giurista (se non appositamente formato alla negoziazione) di esplorare con metodo tutti gli interessi e i bisogni materiali e psicologici delle parti; il limite starà sempre nel fatto che la soluzione tenderà ad es-

---

ra classica per il sol fatto che le parti pongono a oggetto delle reciproche concessioni rapporti estranei a quello su cui viene incentrata la *lite*. Quella che, pertanto, viene etichettata come transazione mista, null'altro configura se non una transazione tipica, regolata dalla disciplina codicistica a essa dedicata, a sua volta integrata da quella generale dei contratti"; Del Prato (1992), 825: secondo cui "...quello transattivo è uno schema tipico ad ambito ampio, cioè non individuato tramite il contenuto di una od entrambe le prestazioni dedotte in contratto: sicché qualsiasi prestazione appartenente ad altra figura tipica può inerire alla composizione della *lite* senza determinare l'esorbitanza dallo schema transattivo. La mistione che si presenta in questo caso non dà luogo, in verità, al problema specifico dei cosiddetti contratti misti ... in quanto l'attitudine dello schema ad assumere preminenza funzionale è sanzionata positivamente nell'art. 1965 comma 2, dove è lo scopo in vista del quale le prestazioni sono disposte o le obbligazioni assunte ad imprimere alla fattispecie concreta una funzione precipua, diversa da quella del tipo astratto al quale appartiene la prestazione dedotta in contratto. Ciò significa che la fattispecie concreta è, di regola, integralmente sussumibile nello schema della transazione, la cui disciplina troverà applicazione diretta, mentre la disciplina del tipo cui appartiene la prestazione dedotta a materia di "concessione" troverà applicazione solo inquanto compatibile con la funzione transattiva: **da qui l'esatta induzione che la transazione mista è una transazione tipica, connotata solo da ciò, che l'oggetto del contratto è più ampio di quello della *lite***".

sere comunque vincolata all'idea di compromesso fra prestazioni materiali al fine di "sanare" ciò che è accaduto nel passato, piuttosto che all'idea del rinvenimento di valori non solo materiali, ma anche – e soprattutto – psicologici utili per costruire il futuro della relazione fra le parti. In altre parole, la funzione del "modello" transattivo è – e sarà sempre – quella di guardare a ciò che è accaduto in passato (al fine non di "giudicarlo" – volendosi evitare proprio questo – ma di "sanarlo" con reciproche concessioni), piuttosto che quella di guardare a ciò che si vorrà far accadere nel rapporto fra le parti per (ri)costruire il futuro insieme. È solo nel futuro, del resto, che gli interessi materiali e psicologici delle parti possono trovare piena soddisfazione. In definitiva, la norma che delinea la transazione come modello di accordo basato sul compromesso e sulle concessioni reciproche costituisce, per la cultura giuridica tradizionale, una cornice tanto rassicurante quanto condizionante, rendendo rara la propensione ad accordi realmente tendenti alla sistemazione del perimetro più ampio del con-flitto umano – comprendente gli aspetti psicologici che hanno intaccato la relazione fra le parti – e alla combinazione di tutti gli interessi in gioco. Se ne ricava che la formazione giuridica tradizionale – che pone la "transazione" come modello di riferimento – influenza e riduce la capacità di negoziare e, quindi, di costruire accordi in grado di fare molto più che decidere convenzionalmente una contro-versia e, cioè, accordi in grado di risolvere o, addirittura, dissolvere, il più ampio-conflitto "a monte" per generare fra le parti un **nuovo futuro**.

## **5. L'accordo oltre il perimetro della transazione: al di là delle reciproche concessioni e al di là dei soggetti della *lite*. Risolvere i conflitti con modelli di accordo diversi dalla transazione**

Un accordo efficace non si limita a dividere il valore contenuto nelle posizioni contrapposte, ma può integrare componenti che nessuna decisione potrebbe mai riconoscere e che non trovano spazio nella logica delle reciproche concessioni. Si pensi, ad esempio, a una controversia tra due soci in cui la componente economica venga sì regolata mediante reciproci aggiustamenti patrimoniali, ma in cui la vera svolta negoziale avvenga attraverso l'inserimento di previsioni – un impegno personale, un riconoscimento del contributo professionale dell'altro, l'assunzione di impegni relazionali futuri, la previsione di incontri periodici o di nuove modalità di interazione – capaci di incidere su bisogni psicologici essenziali per la ricostruzione del rapporto. Da questa prospettiva, occorre ricordare che l'autonomia privata dispone di una pluralità di modelli, diversi dalla transazione, pienamente idonei a ospitare gli assetti di interessi negoziati fra le parti per risolvere un con-flitto. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, agli accordi di accertamento<sup>71</sup>, agli accordi di deferimento ad un terzo della determinazione della pre-

<sup>71</sup> Si tratta di accordi a **causa accertativa** che eliminano l'incertezza (su esistenza/estensione/effetti del rapporto) senza scambio di sacrifici. Al riguardo, v. Santoro Passarelli (1975), 40, il quale sostiene la categorica incompatibilità tra atto negoziale ed accertamento, nonché l'inesistenza di un potere di accertamento in capo ai privati ("*l'accertamento è una funzione eminentemente pubblica*") e la mera esistenza, invece, in capo ad essi, di un potere di disposizione tutt'al più retroattivo. Si chiarisce, in sostanza, la incompatibilità

stazione (art. 1349 c.c.)<sup>72</sup>, agli atti di rinuncia alla pretesa o riconoscimento del diritto<sup>73</sup>, agli atti di rinuncia al diritto (come in caso di remissione del debito – art. 1236 c.c.)<sup>74</sup>, al riconoscimento di debito, al *pactum de non petendo*, al *pactum ut minus solvatur*<sup>75</sup>, alla *datio in solutum* (1197 c.c.)<sup>76</sup>, alla novazione, al mutuo dissenso/risoluzione consensuale (art. 1372

tra “retroattività” connessa al potere dispositivo ed “accertamento” connesso al potere dichiarativo posto che, per definizione “se si ha accertamento non può esservi retroattività, giacché la situazione accertata... preesiste all’atto di accertamento” tant’è che, come nel caso della sentenza, “la situazione com’è da essa accertata vale ab initio non solo tra le parti, ma anche di fronte a terzi” (p. 32).

<sup>72</sup> Si affida a un terzo la misura o il criterio (prezzo, standard, quantità), vincolandosi al risultato. La causa è determinativa (non transattiva) e trasla la controversia sulla misurazione condivisa. Al riguardo, v. Santoro Passarelli, *La transazione*, cit., 49, il quale esclude la natura dell’attività dell’arbitratore quale determinazione dichiarativa, riaffermando il carattere costitutivo di entrambe le forme di arbitraggio (*arbitrium boni viri* e *arbitrium merum*). Secondo l’A. infatti l’arbitratore “pone in essere non una dichiarazione di scienza, per la quale sarebbe superfluo ricorrere al bonus vir, sibbene una dichiarazione di volontà. L’arbitratore è autorizzato dalle parti a volere per loro; né è incompatibile con l’atto di volontà la possibilità di controllo, spiegabile quando si tratta di volere per altri... La volontà dell’arbitratore è una volontà accessoria, che completa il contenuto e determina l’efficacia della dichiarazione principale... In conclusione, l’arbitratore compone il conflitto di interessi nello stesso modo in cui lo comporrebbero le parti interessate, le quali, appunto, gli conferiscono un potere di disporre, invece di disporre direttamente”.

<sup>73</sup> In questa categoria possono essere inclusi tutti gli atti unilaterali, di rinuncia alla propria pretesa o di riconoscimento di una pretesa o di un diritto altrui, con cui, indipendentemente da ogni giudizio di terzi, una delle parti può, porre termine al contrasto abbandonando la posizione litigiosa. Sul riconoscimento in generale, v. altresì, recentemente, Graziani (1989), 509ss., LA Rosa (1989), 584ss.

<sup>74</sup> A differenza della categoria precedente presuppongono l’esistenza di un diritto, come il diritto di credito. Si tratta dunque di atti abdicativi unilaterali non riconducibili allo schema della transazione (mancano reciprocità e scambio).

<sup>75</sup> Balestra (2011), 696: “Così identificata la fattispecie deve escludersi - per assenza di reciproche concessioni - che possa farsi rientrare nello schema transattivo la rinuncia ad un diritto oppure **il *pactum ut minus solvatur***, mediante il quale ci si accorda affinché il creditore riceva una prestazione di ammontare inferiore o secondo modalità differenti in presenza di circostanze che, pur non ponendo in discussione la sussistenza del diritto di credito, sono tali da ingenerare dubbi sulla possibilità che l’interesse creditorio trovi effettiva realizzazione. Ben inteso, una rinuncia, una remissione o un patto del genere appena descritto, qualora si innestino in un negozio dal contenuto più ampio e idoneo a realizzare la reciprocità delle concessioni, potranno concorrere a integrare il contenuto di una transazione”.

<sup>76</sup> La soddisfazione avviene con prestazione diversa (beni/servizi/azioni). La causa è solutoria: si realizza l’interesse creditorio in modo alternativo, non si “divide” l’oggetto della disputa. In dottrina sono stati peraltro sollevati dubbi sulla possibilità di espunzione della prestazione in luogo dell’adempimento (art. 1197 c.c.) dall’ambito della transazione anche quando il valore economico della nuova prestazione sia equivalente a quello della prestazione dovuta in origine. Al riguardo, v. Del Prato (1992), 817, secondo cui: “La distinzione della *datio in solutum* dalla transazione in base al solo difetto di reciproche concessioni, cioè riferendosi alla nota che nella prima il creditore non riceve meno di quanto pretende ma riceve altro, muove dall’assunto che la reciprocità delle concessioni si individui solo considerando il valore economico della prestazione reclamata. Ciò non impedisce però di ritenere che il consenso del creditore all’ottenimento di un diverso bene della vita e quello del debitore ad adempiere la nuova prestazione possano, sussistendo la controversia, anche in questo caso valere come “concessioni” transattive, quando dall’interpretazione del contratto e dalle circostanze concrete si desuma che le parti hanno inteso configurare come tali le loro prestazioni. Non è pertanto il difetto di reciproche concessioni in senso meramente economico quanto la mancata preesistenza della lite ad escludere con nettezza che una *datio in solutum* venga assorbita dallo schema transattivo”.

c.c.)<sup>77</sup>, al contratto di divisione<sup>78</sup>, agli accordi organizzativi e relazionali<sup>79</sup>, ai patti di governance, alle intese determinative e ad altre molteplici forme che non presuppongono – né richiedono – lo schema delle reciproche concessioni. Occorre però precisare – per evitare equivoci – che non possono farsi rientrare nella categoria degli accordi di composizione della lite, né il compromesso, né la clausola compromissoria<sup>80</sup>. Non rientra nella categoria in questione neanche la c.d. “conciliazione” posto che quest’ultima non è una figura negoziale a sé, ma indica soltanto una “modalità” attraverso la quale la composizione può avvenire tra le parti. La conciliazione si caratterizza, infatti, solo per la circostanza che avviene alla presenza di un terzo, come il giudice (quindi, per una circostanza estrinseca) mentre “intrinsecamente, la conciliazione non si distingue dai vari tipi di negozio, avendo ciascuno una propria figura (transazione, rinuncia, riconoscimento) di cui le parti possono servirsi per raggiungere la composizione della lite”<sup>81</sup>. Ma v’è di più. Per comprendere meglio l’ampiezza delle opzioni disponibili per la soluzione dei con-flitti in senso pieno, occorre considerare un ulteriore profilo spesso trascurato, ma decisivo: un accordo efficace non necessariamente deve riguardare le parti fra cui è stata inquadrata la *lite*, ma può – e talvolta deve – prevedere l’estensione soggettiva dell’intesa ad ulteriori soggetti materialmente o psicologicamente coinvolti nel con-flitto. Coinvolgere terzi non è una mera possibilità aggiuntiva: è spesso la prima mossa per la creazione di valore. Laddove il conflitto si è generato in un sistema di relazioni – familiari, societarie, contrattuali o organizzative – la sua risoluzione/dissoluzione non può coinvolgere le sole parti che rientrano nel perimetro della (limitata) contro-versia, ma richiede la partecipazione degli ulteriori soggetti che sono portatori di interessi materiali o psicologici o, comunque, in grado di influenzare o subire gli effetti dell’ accordo (soci, familiari, garanti, collaboratori, enti terzi, altri stakeholders). Si pensi al caso di due fratelli che, dopo la morte del padre, si trovino in contrasto sulla gestione e sulla futura destinazione dell’impresa di famiglia: l’uno intende liquidare la propria partecipazione alla società, l’altro vuole proseguire l’attività, ma non dispone nell’immediato delle risorse necessarie per rilevarne la quota. La contro-versia, in senso stretto, riguarda soltanto i due coeredi-soci e ha ad oggetto il valore della partecipazione e le condizioni dell’uscita. Orbene, in casi come questi la soluzione del con-flitto può divenire realmente praticabile solo attraverso il coinvolgimento di un terzo del tutto estraneo alla *lite*, come ad esempio un investitore o un istituto di credito disposto a sostenere finanziariamente l’operazione. In tal modo, l’accordo non si limita più a dividere il valore

<sup>77</sup> Le parti sciolgono il contratto e ne regolano gli effetti. La causa è **liberatoria/di riassetto**, non lo scambio di concessioni su pretese pregresse.

<sup>78</sup> V. Santoro Passarelli (1975), 33, il quale, contestando la tesi dell’efficacia dichiarativa del contratto di divisione (e, quindi, l’equiparazione al contratto di accertamento), evidenzia l’efficacia costitutiva e retroattiva del medesimo.

<sup>79</sup> Si tratta di accordi organizzativi o relazionali atipici (art. 1322, co. 2, c.c.) Protocolli di cooperazione, scuse formali, regole di governance e monitoraggio: la causa è organizzativa/prospettica.

<sup>80</sup> Al riguardo, Santoro Passarelli, *La transazione*, cit., 51, precisa che “Intanto il compromesso non è di per sé, un negozio di composizione della lite. In secondo luogo, è diversa dall’attività delle parti l’attività dell’arbitro conclusa dal lodo, che compone la lite e cui la legge conferisce efficacia di sentenza... Il lodo non ha natura negoziale: l’arbitro, come il giudice, deve solo dichiarare, accertando la situazione quale è, e non volere...”.

<sup>81</sup> V. Santoro Passarelli (1975), 47.

racchiuso nella contro-versia originaria, ma consente di crearne di nuovo: il socio che vuole uscire ottiene liquidità certa e tempi definiti; l'altro evita la dissoluzione dell'impresa; il terzo ricava un'utilità economica dall'operazione; e l'impresa stessa conserva continuità organizzativa e valore relazionale. Qui il coinvolgimento del terzo non serve a compensare le opposte pretese con ulteriori concessioni, ma a introdurre risorse, opportunità e garanzie che rendono possibile una soluzione altrimenti irraggiungibile. In questa prospettiva, proprio l'estensione della negoziazione a terzi può trasformare la contro-versia in un'architettura a somma positiva: l'ingresso di un nuovo soggetto può introdurre risorse, garanzie, riconoscimenti, nuovi impegni o nuove modalità relazionali che contribuiscono alla ricostruzione della fiducia e al soddisfacimento di bisogni psicologici che le sole parti originarie non sarebbero state in grado di affrontare. È proprio in questo senso che l'estensione soggettiva della negoziazione mostra la propria capacità di trasformare una contro-versia in un assetto negoziale più ampio e più ricco, capace di incidere sul con-flitto umano ben oltre il semplice schema concessorio. Non è un caso, però, che un simile modo di procedere risulti più difficile rispetto agli automatismi psicologici del giurista formatosi secondo il paradigma tradizionale del diritto. Il diritto, infatti, induce a guardare il con-flitto in termini essenzialmente bilaterali: una posizione di fronte a un'altra posizione, una pretesa contrapposta a una contestazione, una parte contro l'altra entro un perimetro definito. La negoziazione, invece, richiede necessariamente di pensare in termini trilaterali, quadrilaterali o, più in generale, sistemici: non soltanto rispetto ai soggetti originari della contro-versia, ma anche rispetto a tutti coloro che, pur rimanendo esterni al perimetro della contro-versia, possono contribuire alla creazione di valore o risultare coinvolti, materialmente o psicologicamente, nella costruzione della soluzione. Quanto sin qui detto apre quindi uno spazio nuovo per i giuristi, quello degli accordi diversi dalla transazione capaci di risolvere (o persino dissolvere) il conflitto oltre la *lite*, oltre il *thema decidendum*. La consapevolezza di questa possibilità non sostituisce il paradigma transattivo, ma lo relativizza e lo integra, restituendo all'autonomia privata la possibilità di utilizzare l'intero spettro degli strumenti negoziali idonei a risolvere un con-flitto.

## **6. L'accordo non richiede un *thema decidendum*. La procedura civile non produce accordi**

A questo punto, possiamo muovere da un punto fermo: nel contesto di una negoziazione, a differenza di ciò che accade nel processo giudiziale, non è necessario un *thema decidendum*. La stessa etimologia del termine "*decidendum*" sottolinea che il *thema* è qualcosa che deve essere "deciso", un tema che necessita di una risoluzione definitiva da parte di un'autorità terza (il giudice). Una negoziazione, invece, richiede un approccio diametralmente opposto: non si tratta di decidere su una questione delimitata, ma di affrontare il con-flitto nella sua più ampia espressione e, cioè, quale divergenza di interessi materiali e psicologici; questo al fine di poter "combinare" tali interessi e, quindi, di generare soluzioni in grado di soddisfare entrambe le parti coinvolte. Le soluzioni che fondano le singole previsioni di un accordo nascono non solo dalla combinazione degli interessi convergenti, ma anche – e soprattutto – dalla combinazione degli interessi

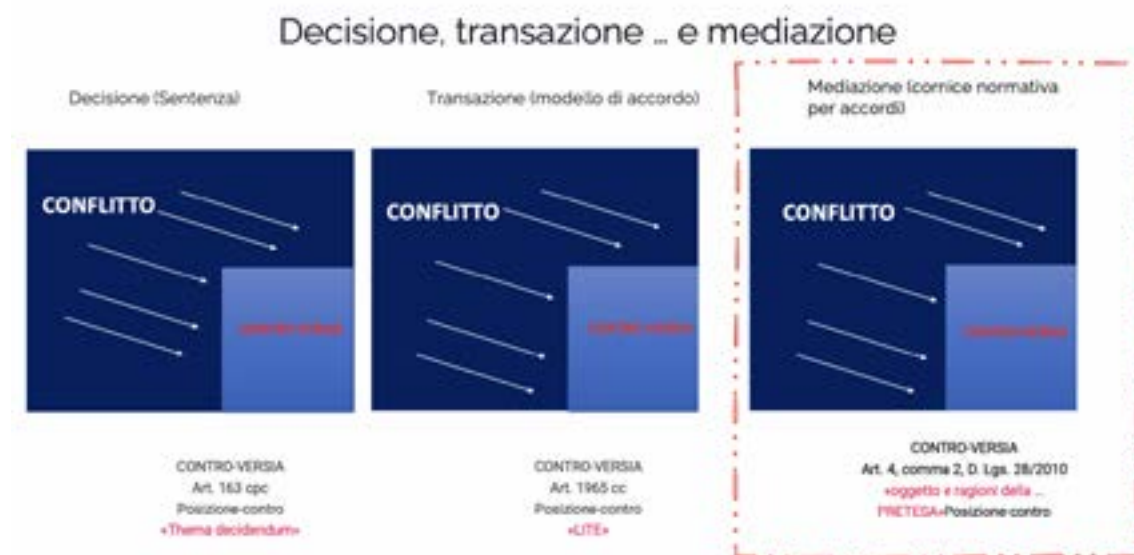
divergenti. È proprio la possibilità degli interessi (anche divergenti) di combinarsi fra loro che fonda la capacità di trovare soluzioni fuori dal perimetro dato dalle posizioni iniziali. Del resto, se si tratta di trovare un accordo e non di ottenere una decisione, non ci si può limitare – ed essere condizionati – al perimetro in cui interverrebbe la decisione (*thema decidendum*). In una negoziazione, il punto di partenza non è la delimitazione del con-flitto entro i confini rigidi del *thema decidendum*, ma la comprensione, più in profondità, degli interessi materiali e psicologici sottostanti delle parti. Un giurista che aspiri ad essere un bravo negoziatore dovrà quindi operare in senso inverso: dovrà partire dalla contro-versia così come viene presentata dalle parti (cioè come un confronto fra “posizioni”) e risalire alle cause più profonde del con-flitto. Questo processo richiede di andare oltre le posizioni/pretese delle parti (*cosa voglio?*) per identificare gli interessi spesso latenti che le guidano (*perché lo voglio?*). È bene ricordare, infatti, che quando si negozia da “posizioni”, si tende a negoziare il “problema” (i.e. il *thema decidendum*); occorrerà invece imparare a negoziare “come” risolvere problema più grande. Quello che va oltre il *thema decidendum*. Questo approccio, noto nel linguaggio della scienza della negoziazione come “allargamento della torta”, è proprio quello che consente la “creazione del valore”<sup>82</sup>. A differenza del processo-giudizio, dunque, dove il giudice è chiamato a distribuire un “bene” all’interno di un “quadro limitato” (attraverso l’accertamento di un diritto), la negoziazione mira ad “ampliare” il quadro di riferimento dell’accordo aumentando le risorse disponibili per poi redistribuirle in modo tale che tutte le parti possano trarre un beneficio. In ambito negoziale, pertanto, l’inquadramento del con-flitto attraverso una “domanda” e la sua “riduzione” ad un *thema decidendum* non è solo inutile, ma potenzialmente dannosa, poiché riduce la flessibilità necessaria per esplorare soluzioni innovative e reciprocamente vantaggiose. Per essere efficace, qualsiasi negoziazione – che si svolga o meno con la facilitazione di un mediatore – deve rimanere fluida ed aperta alla creazione di valore; caratteristiche che risultano limitate quando, nella mente di chi assiste le parti (i.e. il giurista), emerge un *bias* legato all’imposizione di un *thema decidendum*. Questo è il motivo per cui molti giuristi trovano difficoltà nel passare dalla logica di un confronto giuridico fra posizioni “guidato” dalla procedura civile (quello, appunto, che si realizza nel “quadro” ridotto del *thema decidendum*), ad una logica di negoziazione aperta in cui non solo la sostanza (l’oggetto dell’accordo), ma – prima ancora - il processo negoziale (il percorso per arrivare all’accordo) devono essere negoziate dalle parti. Il percorso che porta all’accordo non può essere integralmente dettato dalla procedura civile (si pensi, ad esempio, al D. Lgs. n. 28/2010 e, cioè, al diritto processuale della mediazione), poiché un’imposizione esterna può condurre le parti al massimo fino al “tavolo”. Una volta sedute al tavolo, le parti dovranno però sempre dispiegare un’attività ulteriore, che resta nella loro autonomia, e che è rappresentata proprio dalla negoziazione. **La procedura civile non produce accordi; essa può solo produrre decisioni oppure invitare o obbligare le parti a negoziare. Lo strumento per produrre accordi è sempre e comunque una negoziazione. E il tutto appare ben rappresentato in questa equazione che dovrà essere d’ora in poi la stella polare di un apposito percorso di formazione per i giuristi:**

**diritto processuale civile : decisione = negoziazione : accordo.**

<sup>82</sup> Fisher, Ury (1981); Raiffa (1982).

## 7. La delimitazione del perimetro ai fini della decisione e della transazione. Il riflesso sul perimetro della mediazione. Dall'invito a negoziare alla domanda di mediazione

Se, dunque, la decisione richiede sempre la preventiva delimitazione di un *thema decidendum* e se, sul piano dell'autonomia privata, anche la transazione può operare soltanto su una contro-versia previamente selezionata e ridotta (la *lite*), sorprende alquanto che la medesima logica abbia finito per riflettersi anche sulla mediazione. È proprio qui che emerge uno dei profili più delicati dell'intero sistema: la mediazione è chiamata a favorire la conclusione di un accordo, non a produrre una decisione; tuttavia, nel disciplinarne l'accesso, il legislatore processuale la innesta sin dall'origine nel linguaggio proprio della contro-versia. Come vedremo meglio nel paragrafo successivo, il dato normativo è, sotto questo profilo, particolarmente eloquente. L'art. 4 del D. Lgs. n. 28/2010 non invita le parti a negoziare e non chiede quindi loro né di rappresentare il conflitto nella sua effettiva ampiezza, né di descrivere gli interessi materiali e psicologici che lo alimentano; chiede, invece, alle parti di proporre una "domanda" di mediazione e di indicare l'"oggetto" e le "ragioni della pretesa". Vale a dire: non un generico invito a negoziare, ma la formulazione di una pretesa; non la narrazione aperta del conflitto, ma la sua traduzione in una questione determinata; non il "perché" profondo dell'interazione conflittuale, ma le ragioni giustificative di una posizione. In altri termini, anche per accedere alla mediazione il conflitto umano deve essere, preliminarmente, selezionato, oggettivizzato e polarizzato in modo da assumere la forma giuridicamente intelligibile della contro-versia.



Tale scelta legislativa (non proprio efficace per incentivare il raggiungimento di accordi) appare peraltro obbligata per il legislatore: l'unica dallo stesso immaginabile e perseguibile. Anche quando il diritto non è chiamato a decidere, ma soltanto a predisporre

una cornice normativa entro cui le parti possano essere invitate o obbligate a “negoziare” un accordo, esso non può rinunciare al proprio linguaggio e al proprio meccanismo di funzionamento. Per stabilire se una determinata vicenda rientri tra quelle per le quali è prevista la mediazione, per collegare all’atto introduttivo gli effetti che l’ordinamento gli ricollega e, più in generale, per poter verificare se la procedura sia stata correttamente attivata, il legislatore ha bisogno di un oggetto delimitato. Il diritto non può operare sul con-flitto nella sua pienezza, perché quest’ultimo eccede strutturalmente la sua grammatica. Il diritto, infatti, non può operare sul mancato apprezzamento, sul bisogno di affiliazione, sul deficit di autonomia o sugli altri interessi psicologici; può operare soltanto su ciò che di quel con-flitto viene ridotto a pretesa e contestazione. Sotto questo profilo, dunque, la mediazione – così come disciplinata oggi – si presenta come una figura paradossale. Essa dovrebbe aprire uno spazio ampio (quanto il con-flitto) in cui le parti possono negoziare; ma a tale spazio vi si accede mediante un atto (la domanda) che richiede, sul piano psicologico e tecnico, lo stesso percorso necessario al giurista per chiedere una decisione e, in misura non dissimile, anche la transazione: delimitare, selezionare, perimetrare. **La mediazione nasce così, almeno sul piano della sua configurazione normativa, già dentro una contro-versia giuridicamente qualificata. In sostanza, la stessa delimitazione del perimetro del campo di gioco che si richiede ai fini della decisione e della transazione, viene richiesta anche nella mediazione e ciò che è singolare è che a richiederlo è proprio il legislatore.**

## **8. La maledizione del prisma del *thema decidendum* alimentata dal legislatore: le norme che “vincolano” al rispetto del *thema decidendum* anche quando occorre negoziare un accordo. Giustizia consensuale o futuro negoziato?**

Nella sua formulazione originaria, l’art. 4 del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – rubricato “Accesso alla mediazione” – già si riferiva alla “domanda” di mediazione (il contenuto) e stabiliva che questa avrebbe dovuto essere presentata mediante deposito di una “istanza” (il contenitore) che, a sua volta, ai sensi di quanto disposto dal comma 2, avrebbe dovuto indicare “l’organismo, le parti, l’oggetto e le ragioni della pretesa”. Oggi – all’indomani delle modifiche intervenute a decorrere dal 18 ottobre 2022<sup>83</sup> ad opera dell’art. 7, comma 1, lett. c), n. 2), D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 – eliminato il riferimento all’“istanza” è stato rafforzato il riferimento alla “domanda” (che identifica ora sia il contenitore, sia il contenuto) prevedendo espressamente che ciò che va depositato è “**La domanda di mediazione...**” (comma 1) ed altresì che “**La domanda di mediazione** deve indicare l’organismo, le parti, **l’oggetto e le ragioni della pretesa**” (comma 2). Ebbene, al di là dell’eliminazione del termine “istanza”, la pervicacia nell’utilizzo del concetto di “domanda”, nonché la richiesta di indicare l’oggetto e le ragioni della pretesa, sono innanzitutto la prova di una deriva “giusprocessualistica” del legislatore che, invece di “inquadrare” la mediazione come una mera e informale negoziazione fra le parti (sia pur

<sup>83</sup> Ai sensi di quanto disposto dall’art. 52, comma 1, del medesimo D. Lgs. n. 149/2022.

“facilitata” dal mediatore), si è indirizzato verso la configurazione della stessa come un “procedimento” strutturato sul modello del “processo-giudizio”. Questo passaggio terminologico, infatti, è chiaramente rafforzativo della volontà del legislatore di far identificare alle parti sin da subito un *thema decidendum* e, quindi, di delimitare sin da subito il “campo da gioco”. Tuttavia, se è vero che tale scelta legislativa è stata concepita nell’ottica di creare un “incentivo” — ossia rendere possibile l’applicazione delle sanzioni previste dagli artt. 12-bis e 13 del D.Lgs. n. 28/2010 nei confronti di chi non partecipa alla mediazione o rifiuta la proposta — è altrettanto vero che, nel perseguire questa logica meramente sanzionatoria, come sopra evidenziato, il legislatore ha determinato un effetto strutturale e, cioè, ha trasformato un «invito a negoziare» in una «domanda giudiziale». La domanda di mediazione, quindi, da atto con cui si accede ad uno spazio di negoziazione, si è trasformato psicologicamente in un “confine” che chiude il campo di gioco. In tal modo, il legislatore ha “vincolato” le parti, e soprattutto i loro avvocati, a ragionare sin dall’inizio entro i confini rigidi di un *thema decidendum*. Tutto questo condiziona il giurista a pensare un accordo solo entro gli stessi confini richiesti dal processo-giudizio, rendendogli difficile concepire una efficace attività di negoziazione, come spazio di esplorazione di interessi materiali e psicologici, che porti a trovare dei punti di incontro “fuori dal perimetro”. **Anche in mediazione, dunque, opera la maledizione del prisma del *thema decidendum***. La difficoltà in cui il legislatore si è mosso nel disciplinare un percorso — quale è quello della mediazione — che deve portare, non ad una decisione, ma ad un accordo (solo quest’ultimo può essere, infatti, il risultato di una mediazione) è poi confermata da altre disposizioni di legge che, nell’intento, dovrebbero supportare il ricorso alla mediazione. Si pensi, ad esempio, all’art. 8, comma 6, del medesimo decreto che impone alle parti e agli avvocati di cooperare in buona fede e lealmente “al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse”. Anche qui il legislatore mostra il limite fisiologico del proprio sguardo: vuole imporre un dovere di confronto, ma lo riesce a fare richiamando proprio il limitato perimetro delle “questioni controverse”; perimetro che, come noto, è ben diverso da quello del più ampio con-flitto. Richiedendo “cooperazione”, dunque, il legislatore ha prescritto niente più che un confronto formale e garbato sulla “contro-versia”: un confronto, cioè, non sul con-flitto, ma su due posizioni-contro. Le disposizioni richiamate alimentano, quindi, un effetto che non è solo tecnico, ma anche culturale e psicologico. Poiché la mediazione si apre con una domanda, il giurista è naturalmente indotto a percepire che il perimetro dell’intera attività successiva debba coincidere con il perimetro della pretesa enunciata. E poiché quella pretesa deve essere accompagnata dalle sue ragioni, egli è ulteriormente portato a muoversi secondo la logica del *thema decidendum*: domanda, contraddizione, contro-versia/lite. In questa prospettiva, la mediazione viene percepita non come uno spazio di esplorazione del più ampio con-flitto, ma come una sede attenuata di gestione della contro-versia; non come un luogo in cui ampliare il campo di gioco, ma come un contesto in cui trattare, con l’assistenza del mediatore, il medesimo segmento di con-flitto già ritagliato per chiedere una decisione di diritto. La sensazione è dunque che si sia determinato un *bias* percettivo che risulta ancora oggi estremamente persistente: quello, come dicevamo, per cui l’accordo deve essere ricercato all’interno del perimetro della contro-versia così come formalizzata nella domanda di mediazione e non nello spazio più ampio del con-flitto umano. **Un *bias* che risulta ancora più insidioso se si considera che la leg-**

ge – che pur si è spinta a richiedere alle parti e, soprattutto, agli avvocati di “*cooperare*” sulle “*questioni controverse*” – non ha però avuto il coraggio di andare ancora oltre e, quindi, precisare espressamente che le parti possono negoziare e trovare un accordo *anche* al di fuori del perimetro della contro-versia delineata nella “domanda”. Il risultato è un vero e proprio paradosso: ciò che per il legislatore avrebbe dovuto costituire un incentivo (delimitare per poter eventualmente sanzionare) si è trasformato, in concreto, in un disincentivo alla costruzione di accordi. L’obbligo di identificare un *thema decidendum* in un contesto negoziale contribuisce infatti a irrigidire le parti, a limitare la creatività negoziale e a ostacolare la possibilità di esplorare interessi e soluzioni che si collocano al di fuori dello schema posizionale della pretesa formalizzata. Nel tentativo di disincentivare il ricorso al processo-giudizio, il legislatore ha quindi finito con il trasformare una “interazione negoziale” in un “anticipo di processo”. Pertanto, spinto dall’unico obiettivo di tentare di ottenere forzatamente una “deflazione” del contenzioso nei tribunali, il legislatore ha sostanzialmente “giuridisdizionalizzato” l’istituto della mediazione (assimilandolo sempre più ad un processo-giudizio) dimenticando, tuttavia, che, come detto sopra, la procedura civile non produce accordi. E questa impostazione non è stata priva di effetti “frenanti” sull’efficacia dei percorsi di mediazione come contesti per raggiungere un ordine negoziato. **Basti considerare, al riguardo, che proprio il meccanismo della “domanda” richiamato dal legislatore – a cui, tuttavia, in mediazione non corrisponderà mai alcuna “risposta” da parte di un giudice, né tantomeno una sentenza – e, insieme ad esso, la crescente spinta alla *proceduralizzazione* del percorso di mediazione – senza che a ciò sia stato affiancato alcun obbligo di formazione negoziale per le parti o per i loro avvocati – hanno contribuito anche ad una deriva terminologica che ha portato in dottrina e nella prassi a definire ciò che accade in mediazione – con sguardo retrospettivo – come “giustizia consensuale” (un ossimoro?). Su questo tema – su cui si avrà modo di tornare in altra sede – ci si limita qui ad osservare che un accordo non potrà mai produrre “giustizia in senso giuridico”. L’accordo è sempre il frutto di una decisione privata delle parti. Quindi, a differenza della decisione autoritativa di un “giudice”, l’accordo non è in grado di raggiungere il fine della “giustizia” intesa in senso giuridico<sup>84</sup> che è appunto quello di verificare, indicare e ripristinare la conformità ad uno frai tanti ordini normativi, quello “giuridico”. L’accordo può quindi contenere tutt’al più la “misura” di ciò che è**

---

<sup>84</sup> Sul punto v. Opocher (1970), 576, il quale evidenzia che non esiste solo un ordinamento normativo, ma tanti ordini normativi quante sono le società (es. la famiglia, le società nazionali, le società commerciali, le società religiose, i partiti politici e persino le “società a delinquere”, ecc.) e che, dunque, si viene quindi a verificare un “...*equilibrio gerarchico*...” tra i vari ordini normativi “...il cui vertice spetta a quell’ordine normativo che più corrisponde alla vera vocazione di quella particolare società. Così, per esempio, nell’ambito della nostra società (che è ancora, malgrado tutto, dominata da una prospettiva individualistica) al vertice sta certamente l’ordine normativo etico o religioso; quello giuridico sta più sotto. Quello politico o quello economico (almeno dal punto di vista formale) più sotto ancora. Si è venuta a costituire, insomma, una specie di gerarchia per la quale, di fronte ad un conflitto tra diverse legalità, sorge, nella nostra coscienza, il dovere di optare per quella che appare più alta e che sembra cioè avere una maggiore espressività sociale e quindi una maggiore oggettività. Ne consegue che “...parlare di giustizia o di ingiustizia nel senso della legalità, non ha significato se non in relazione a questo o a quell’ordine normativo...”.

**“giusto” per le parti secondo i propri valori e i propri interessi, ma non può contenere la “misura” di ciò che è “giusto” o “non giusto” secondo l’ordinamento normativo giuridico. Questo può contenerlo solo una decisione. Una volta raggiunto, dunque, un accordo può essere “giusto” (o meno) per le parti, ma in tale accordo, di per sé, non vi è alcuna giustizia in senso giuridico. Vi è però sicuramente la costituzione di un nuovo rapporto fra la parti derivante dalla combinazione – con sguardo al futuro – dei rispettivi interessi di modo che, più che “giustizia consensuale”, sarebbe più corretto definire il percorso e l’esito di una mediazione come “futuro negoziato”. Ora, è proprio questa scelta di “proceduralizzare” la mediazione (piuttosto che incentivarla sul piano della formazione quale interazione negoziale “informale”) che ha creato – e continua a creare tutt’ora – un “freno” alla sua diffusione e alla sua efficace esplicazione<sup>85</sup>. Del resto, il legislatore ha cercato di produrre un effetto “disincentivante” verso il processo-giudizio attraverso una semplice “anticipazione” delle regole procedurali dello stesso (foro competente, richiesta di una “domanda”, delimitazione del *thema decidendum*, effetti giuridici della domanda quali interruzione della prescrizione e della decadenza, ecc.) e un’applicazione di tali regole procedurali ad un semplice incontro negoziale fra le parti (qual è la mediazione). Insomma, avendo familiarità con un unico meccanismo per risolvere i conflitti (quello del processo-giudizio e della decisione), il legislatore ha basicamente cercato di applicare le regole proprie del processo-giudizio e, quindi, quelle della decisione, ad un contesto totalmente diverso: quello di una negoziazione facilitata da un terzo-mediatore e, quindi, ad un contesto che può portare non ad una decisione, ma ad un potenziale accordo. **Com’è evidente, però, un’interazione umana e personale avente natura negoziale non può essere equiparata ad un processo-giudizio; allo stesso modo un accordo non può essere equiparato ad una decisione. Questa è, dunque, la ragione per la quale i continui interventi legislativi volti alla “giurisdizionalizzazione” della mediazione e la conseguenziale attrazione di quest’ultima alla disciplina della procedura civile, impedisce a questo strumento – uno strumento, ripetesi, di natura sostanziale e non processuale – di decollare e svolgere la sua reale funzione di crescita sociale dei cittadini.** Questa scelta – laddove non venisse corretta – rappresenterebbe, quindi, sempre più un freno allo sviluppo della mediazione come strumento dell’ordine negoziato posto che sarebbe proprio l’approccio processualcivilistico richiesto ai giuristi a costituire un “ostacolo” alla sua diffusione. Se la formazione processualcivilistica rima-**

<sup>85</sup> La conferma dell’impostazione processualcivilistica del legislatore applicata a meri “fenomeni negoziali” viene anche da un’altra disposizione di legge relativa proprio alla c.d. “negoziata assistita”. Si tratta dell’art. 2 del D.L. 12.9.2014, n. 132 il quale prevede espressamente che: “La convenzione di negoziazione deve precisare:

a) il termine concordato dalle parti per l’espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti;

b) **l’oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili**”.

Anche tale disposizione richiede alle parti di delimitare il *thema decidendum* non più con riferimento ad un percorso che porta ad una “decisione”, ma con riferimento ad una **futura interazione negoziale** finalizzata a raggiungere un accordo. E anche in questo caso, dunque, la scelta non appare opportuna (o, comunque, andrebbe “temperata” attraverso appositi interventi formativi aventi ad oggetto lo studio della scienza della negoziazione) posto che, come detto, l’oggetto di una negoziazione non dovrebbe mai essere la semplice contro-versia (delimitata dal *thema decidendum*), ma il più ampio con-flitto.

ne fondamentale per dispiegare il funzionamento di un procedimento funzionale ad una “decisione”, essa è chiaramente insufficiente per sospingere un percorso negoziale (quale è la mediazione) finalizzato al raggiungimento di un accordo. **Del resto, in una mediazione – così come in una negoziazione assistita – non si tutelano diritti, ma si combinano interessi. Proprio per questa ragione, visti i limiti necessariamente imposti dal legislatore, la vera rivoluzione non potrà che avvenire proprio sul piano formativo. Occorrerà portare la preparazione e la cultura dei giuristi verso un passaggio ulteriore e decisivo e, cioè, quello di riconoscere scientificamente e sviluppare con metodo il principio secondo cui il perimetro richiesto dalla legge (la domanda) per accedere alla mediazione non coincide affatto con il perimetro dell’accordo possibile. Ed è da tale principio che occorre ripensare la formazione dei giuristi ai fini del corretto funzionamento di tutti gli strumenti dell’ordine negoziato.**

## 9. Il conflitto nel dominio della negoziazione. La formazione del giurista del futuro per vincere la “maledizione”: la scienza della negoziazione



Chiarito, dunque, che il perimetro richiesto dalla legge per accedere alla mediazione non coincide con il perimetro dell’accordo possibile, occorre ora spostare lo sguardo sul dominio della negoziazione. Solo da questa diversa prospettiva diventa infatti possibile comprendere che il con-flitto, quando non deve essere deciso, ma risolto o dissolto, non può essere trattato entro un *thema decidendum*, ma deve essere esplorato nella sua interezza. Nel dominio della negoziazione, il con-flitto deve essere “trattato” in modo radicalmente diverso. Qui occorre muovere dal presupposto che il con-flitto è un fe-

nomeno complesso. Esso scaturisce da un'interazione umana che fa sorgere non solo bisogni materiali, ma anche bisogni psicologici; bisogni, questi ultimi, che, a loro volta, nascono dalla lesione delle necessità psicologiche che caratterizzano tutti gli esseri umani<sup>86</sup>. Mentre il diritto non è chiamato risolvere/dissolvere il con-flitto – e, quindi, non deve (e non può) occuparsi di questi bisogni psicologici – la negoziazione ha invece come scopo proprio la risoluzione e, se possibile, la dissoluzione, del con-flitto psicologico, prima ancora che materiale. Per raggiungere un accordo attraverso la negoziazione occorre, quindi, “vagliare” il con-flitto così come esso si presenta, senza “semplificarlo”, ma facendolo “visualizzare” e “trattare” alle stesse parti, reciprocamente, nella sua complessità materiale e psicologica. Visto che un accordo efficace deve necessariamente soddisfare i bisogni materiali e (esplicitamente o implicitamente) anche quelli psicologici delle parti, è fondamentale far sì che le parti si “mettano nei panni dell'altro”. In altre parole, la negoziazione – laddove essa venga svolta con approccio scientifico – si basa sull'assunto che, essendo stato generato dall'interazione umana, il con-flitto può essere risolto (o dissolto) attraverso la stessa interazione umana che lo ha generato<sup>87</sup>. Quindi, là dove il diritto riduce il con-flitto a contro-versia per “giudicare”, la negoziazione tratta il con-flitto nella sua “pienezza” per risolvere /dissolvere. Nel dominio della negoziazione, il con-flitto, lungi dall'essere “ridotto”, “oggettivizzato” e “polarizzato”, viene trattato come “così com'è”; un “gioco più grande”, “un gioco a somma positiva”<sup>88</sup> in cui il *focus* non è sulla “validazione giuridica di posizioni” che compongono un quadro limitato e sulla conseguente attribuzione della vittoria ad una o all'altra parte, ma è sulla combinazione di interessi e, quindi, sulla creazione di valore per entrambe le parti. Ma cosa significa trattare il con-flitto nella sua “pienezza”? Significa riattivare l'ascolto e la comunicazione fra le parti al fine di rilevare e soddisfare sia i bisogni materiali, sia quelli psicologici delle parti stesse. Per raggiungere un accordo. Ora, se il risultato di una negoziazione è sempre un accordo, e non una decisione, è evidente che non può essere posto alcun “limite” al perimetro in cui quella stessa negoziazione si può svolgere. Come sopra anticipato, dunque, nel dominio di una negoziazione efficace non esiste, dunque, e non potrebbe mai esistere, un *thema decidendum*. Ogni negoziazione si può svolgere sempre in uno “spazio” (un “*thema*”) tendenzialmente infinito dato proprio dalla combinazione degli interessi/bisogni materiali e psicologici delle parti. **Ecco perché se, da un lato, l'individuazione del “framework” su cui operare (il *thema decidendum*) è un “meccanismo mentale” fondamentale per i giuristi quando si trovano ad operare pro-**

---

<sup>86</sup> Vedi nota 10.

<sup>87</sup> Monoriti, Gabellini (2023), 59.

<sup>88</sup> In termini di teoria dei giochi, si definisce “gioco a somma positiva” una situazione in cui la somma algebrica dei risultati delle parti è maggiore di zero, cioè il valore complessivo generato dall'interazione risulta superiore rispetto allo stato iniziale, sicché tutti i partecipanti possono migliorare (almeno potenzialmente) la propria posizione rispetto al *baseline* di partenza. Ciò avviene quando la “dimensione della torta” viene aumentata, ad esempio mediante creazione di nuove risorse, combinazione più efficiente di risorse esistenti o soluzioni che soddisfano bisogni diversi delle parti, in contrapposizione ai giochi a somma zero, nei quali il guadagno di un soggetto corrisponde necessariamente alla perdita dell'altro. In ambito negoziale, questa logica corrisponde ai modelli di negoziazione integrativa-*win* fondati sulla combinazione degli interessi e non sulla mera spartizione delle posizioni: v. Raiffa (1982); Fisher, Ury n, 1991; Lax, Sebenius, (2006); Bazerman, Neale (1992); Subramanian (2010).

**fessionalmente nel dominio del diritto, dall'altro, tale meccanismo – divenendo “automatismo” – può rappresentare un limite psicologico, una “maledizione”, quando gli stessi soggetti decidono di operare nel dominio della negoziazione.** È quindi cruciale – e non più rinviabile vista l'incidenza dirompente che l'intelligenza artificiale avrà sugli aspetti tecnici della professione legale – che la preparazione del giurista venga integrata, sin dall'inizio del percorso universitario<sup>89</sup>, con una formazione obbligatoria e sistematica alla scienza della negoziazione, che comprenda sia gli aspetti teorici che quelli pratici. Non sarà dunque più prorogabile, come evidenziato dalla Suprema Corte di Cassazione, l'inserimento nelle nostre Università di una formazione specifica dei giuristi sulle competenze negoziali e, segnatamente, “l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate”<sup>90</sup>. Solo questo permetterà ai giuristi del futuro di diventare quella “figura professionale nuova” invocata proprio dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 8473 del 2019. **In assenza di idonea formazione negoziale, continueranno a presentarsi grandi (a volte, insormontabili) difficoltà ad operare in un dominio diverso da quello in cui giuristi sono stati formati, poiché quello della “negoziazione” è un dominio “senza confini” dove è richiesta un'esplorazione completa del conflitto nella sua interezza e dove non opera, appunto, la maledizione del prisma del *thema decidendum* (v. Fig. 1).**

## Bibliografia

- Arangio, F., (2004), *La transazione*. Torino: UTET.
- Asprella, C., (2024), *La riforma del processo civile. La negoziazione assistita*. Milano: Giuffrè.
- Balestra, L., (2011), Commento all'art. 1965 cod. civ. in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, Dei singoli contratti, vol. IV. Torino: UTET.
- Balestra, L., (2008), voce Transazione (contratto di), in *Enc. giur.*, XVI. Milano: IlSole24Ore.
- Bazerman, M.H., Neale, M.A., (1992), *Negotiating Rationally*. New York: Free Press.
- Bertolini, B., (1998), Transazione, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Torino: UTET.
- Butera, A. (1933), *La definizione dei rapporti incerti*, I. Delle transazioni. Torino: UTET.
- Carnelutti, F., (2006), *Teoria generale del diritto*: Napoli: ESI.
- Carnelutti, F., (1955), Logica e metafisica nello Studio del diritto, in *Il Foro Italiano*.
- Carnelutti, F., (1953), La transazione è un contratto?, in *Riv. dir. proc.*, I.
- Carresi, F., (1958), Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità, in *Riv. dir. civ.*, II.
- Carresi, F., (1956), La transazione, in *Tratt. Dir. Civ. it.*, IX, 3, fasc. 2°. Torino: UTET.
- Carse, J.P., (2023), *Finite and Infinite Games: A Vision of Life As Play and Possibility*. New York: Free Press.
- Consolo, C., (2018), *Codice procedura civile: commentario*. Milano: Ipsoa.
- Conte, L., D'Alessandro, P., Rosario, G., (2024), *Mediazione civile: il nuovo regolamento attuativo*. Mi-

<sup>89</sup> Monoriti (2023).

<sup>90</sup> V. Cass. Civ. 27/03/2019, n. 8473.

lano: Giuffrè.

- Cosi, G., (2017), *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*. Torino: UTET.
- D'Onofrio, P., (1959), Della transazione, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Sub artt. 1960-1991. Roma-Bologna: Zanichelli.
- D'Onofrio, F., (1955), A proposito di transazione e logica del diritto, in *Foro it.*, IV.
- D'Onofrio, F., (1954), *La transazione e il contratto. Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene, 1854-1954*. Napoli: Jovene.
- Dalmotto, E.M., (2023), La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile, in *Giurisprudenza italiana*, 3.
- Del Prato, E., (1992), Transazione (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, XLIV. Milano: Giuffrè.
- Diozzi, F., (2023), *La riforma della mediazione e della negoziazione assistita: nuovi trabocchetti e soluzioni*. Milano: Giuffrè.
- Falzea, V., (1992), Accertamento (teoria generale) in *Enciclopedia del diritto*, vol. I. Milano: Giuffrè.
- Fisher, R., Shapiro, D., (2016), *Beyond Reason – Using Emotions as You Negotiate*. London: Penguin Putnam Inc.
- Fisher, R., Ury, W., (1991), *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*. New York: Penguin.
- Fisher, R., Ury, W., Patton, B., (2011), *Getting to Yes: Negotiating Agreement without giving in*. New York: Penguin Books.
- Franzoni, M., (2001), *La transazione*. Padova: Cedam.
- Furno, C., (1993), *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*. Milano: Giuffrè.
- Furno, E., (1950), Intorno alla natura della transazione, in *Riv Dir. Comm.*, LXVII.
- Galletto, T., (2013), La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4.
- Gazzoni, F., (1991), La trascrizione immobiliare, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Artt. 2643-2645. Milano: Giuffrè.
- Gitti, G., (2005), La transazione, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, IV, *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli, F.P. Luiso. Torino: UTET.
- Gitti, G., (1999), *L'oggetto della transazione*. Milano: Giuffrè.
- Graziani, C.A., (1989), Ricognizione (atti di), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV. Milano: Giuffrè.
- La Rosa, G., (1989), Riconoscimento dei diritti, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV. Milano: Giuffrè.
- Lamberti, M., (2023), La negoziazione assistita dopo il D.lgs. 149/2022: controversie di lavoro e ADR, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 7.
- Laudisa, L., (1990), La contestazione della transazione, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*
- Lax, D.A., Sebenius, J.K., (2006), *3-D Negotiation. Powerful Tools to Change the Game in Your Most Important Deals*. Brighton: Harvard Business School Press.
- Luiso, F.P., (2024), *Diritto processuale civile*, vol. I, Principi Generali. Milano: Giuffrè.
- Mandrioli, V., (2019), *Diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli.
- Marinaro, M., (2024), *Diritto della mediazione civile e commerciale*. Milano: IlSole24Ore.
- Martello, M., (2023), *Il valore della mediazione nella riforma della giustizia*. Milano: Wolters Kluwer Italia.
- Matteucci, A., (1969), *Contributo allo studio della transazione (L'incertezza e l'effetto giuridico)*. Padova: Cedam.
- Melillo, G., (1992), voce Transazione (dir. rom.), in *Enc. dir.*, XLIV. Milano: Giuffrè.

- Metafora, R., (2024), *La riforma del processo civile. La mediazione*. Milano: Giuffrè.
- Miccolis, G., (2023), Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita, in *Rivista di diritto processuale*, 3.
- Minervini, E., (1986), Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento", in *Rass. dir. civ.*
- Monoriti, A., (2025), Se ci sta a cuore, la chiameremo ancora mediazione?, in *Ratio Iuris*, anno XIX, n. 223, serie 6/25.
- Monoriti, A., (2023), *Dall'ordine imposto, all'ordine negoziato*. Torino: Giappichelli.
- Monoriti, A., Gabellini, R., (2023), *NegoziAzione - Il manuale dell'interazione umana*. Milano: Giuffrè.
- Mori, M., Cagossi, M., Conflitto, in *Enciclopedia Treccani*, consultabile sul sito Treccani.
- Moscarini, L.V., Corbo, N., (1994), Transazione, I, Diritto civile, in *Encic. Giur.*, XXXI. Roma: Treccani.
- Nicolò, R., 1934-1935a, Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione, in *Ann. Mess.*, VII, ora in Id., 1980, *Raccolta di Scritti*, I. Milano: Giuffrè, 1980.
- Nicolò, R., 1934-1935b, *Transazione e novazione*, in *Ann. Mess.*, II, ora in Id., 1980, *Raccolta di Scritti*, I. Milano: Giuffrè, 1980.
- Opocher, E., (1970), "Giustizia" in *Enciclopedia del Diritto* a cura di G. D'Amico et al., vol. XIX. Milano: Giuffrè.
- Palazzo, A., (1999), voce «Transazione», in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ.* Torino: UTET.
- Palazzo, A., (1985), La transazione, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, XIII, t. 5. Torino: Giappichelli.
- Panuccio Dattola, F., (1996), *La transazione novativa*. Milano: Giuffrè.
- Petronio, F., (2023), Transazione - Sugli elementi qualificativi del contratto di transazione, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1, 1 gennaio 2023, nota a Cass. civ. Sez. III Ord., 31 agosto 2022, n. 25600.
- Pugliatti, S., (1949), Della transazione, in *Commentario del codice civile* diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, *Libro delle obbligazioni*, II. Firenze: Barbera.
- Raiffa, H., (1982), *The Art and Science of Negotiation*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Redenti, E., (2020), *Manuale di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM.
- Rosania, T. (a cura di), (2024), *Mediazione 3.0 e Negoziazione assistita 2.0 alla luce del d.lgs. n.149/2022 e dei dd.mm. 1° agosto 2023 e n.150/2023*. Torino: Giappichelli.
- Ruperto, S., (2002), *Gli atti con funzione transattiva*. Milano: Giuffrè.
- Santoro Passarelli, F., (1975), *La transazione*. Napoli: Jovene.
- Sassani, B., (2023), *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano: Giuffrè.
- Scaparro, F., Rodella, D., Vendramini, C. (a cura di), (2023), *Il coraggio di mediare - Contesti, teorie e pratiche di dialogo per la prevenzione e gestione del conflitto*. Milano: Guerini e Associati.
- Schiavone, A., (1977), voce Transazione (dir. rom.), in *Noviss. dig. it.*, XIX. Torino: UTET.
- Segni, M., (1982), Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione, in *Riv. Dir. Civ.*, I.
- Shapiro, D.L., (2017), *Negotiating the Nonnegotiable: How to Resolve Your Most Emotionally Charged Conflicts*. New York, Viking Press.
- Stolfi, G., (1961), *Teoria del negozio giuridico*, rist. Padova: Cedam.

- Stolfi, G., (1931), *La transazione*. Napoli: Siem.
- Subramanian, G., (2010), *Dealmaking – The New Strategy of Negotiauctions*. New York: W. W. Norton & Company.
- Torrente, A., Schlesinger, P., (2021), *Manuale di diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Treggiari, F., (1992), voce Transazione, (dir. intern.), in *Enc. dir.*, XLIV. Milano: Giuffrè.
- Troisi, C., (2024), *Mediazione e giustizia complementare*. Torino: Giappichelli.
- Valsecchi, E., (1954), Il giuoco e la scommessa. La transazione, in *Tratt. Dir. civ.*, XXXVII, 2. Milano: Giuffrè.
- Vassalli, F., (1980), *Composizione della lite e tutela dei creditori*, I, La transazione. Milano: Giuffrè.
- Ventura, M., (1999), *Diritto, Psiche e credenze nel conflitto in mediazione, conciliazione, riparazione*. Torino: Giappichelli.
- Visalli, N., La transazione, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi. Torino: UTET.
- Viterbo, C., (1937), La “res dubia” e la lite incerta nella transazione, in *Riv. dir. proc. civ.*, I.
- Windscheid, B., (1930), *Diritto delle Pandette*, par. 411, nt. 6, II. Torino: UTET.
- Zaccarelli, V., (2024), La negoziazione assistita da avvocati nelle controversie di lavoro, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 1/2024.

