

TRA TUTTO E NIENTE
Studi sulla transazione civile

Dal XVII secolo al Codice del 1865

A Tommaso, Ludovico e Carlotta per l'infinita pazienza

«Sans doute le procès est un mal, mais c'est un mal aussi sacrifier
le droit pour le maintien de la paix»

(*Principes de droit civil*, To. XXVIII, Tit. XVI,
Des transactions,
par François Laurent)

INDICE GENERALE

Abbreviazioni

Premessa

CAPITOLO I

DAI DIBATTITI MEDIEVALI AL *IUS HODIERNUM*

Introduzione. La transazione nella dottrina giuridica europea fra XVII e XVIII sec. Una sintesi tra passato e avvenire.

Sezione Prima

1. *Autori prohibiti primae classis*
 - a. «*Al geloeftes scout*»
 - b. Tra *subtilitas* e *simplicitas*: «*hodie actionis nomen libello non exprimitur*»
 - c. «*Quomodo et germanico Vertrag jurisconsulti utuntur*»

Sezione Seconda

2. *Et caeteribus Catholicis nationibus confecti*
 - a. Il *Tractatus de transactionibus* di Emanuel Roman Valeron
 - b. L'esperienza lusitana dalle *Ordenações Alfonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas* alle *Instituições de Direito civil portuguez*

CAPITOLO II
L'ETÀ DELLA CODIFICAZIONE FRANCESE.
SPUNTI PROBLEMATICI E CENNI APPLICATIVI

1. «*Laisser faire, laisser passer*» una vischiosa utilizzazione degli schemi del passato fra suggestioni rivoluzionarie e reminiscenze di diritto comune
2. *Communication Officielle e Communication Officieuse: la balance de bonne foi et avec le désir de la conciliation*
3. La transazione invalida nella prospettiva del *code civil* e nella giurisprudenza delle corti. Un istituto alla prova dei fatti

CAPITOLO III
TRANSAZIONE E RAPPORTI ETERODETERMINATI
NELL'ESPERIENZA DELL'ITALIA UNITA

1. *Res e lis*: la tautologia di una definizione
2. Un'incursione nella tradizione di area tedesca
3. Costitutività e dichiaratività nel Codice unitario: la fine di un disagio terminologico?

Conclusioni.
Qualche considerazione a margine

Indice dei nomi

Bibliografia

Indice delle fonti

ABBREVIAZIONI

<i>A-J:</i>	Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento- Jahrbuch des. Ital.-Deut. Historischen Inst. in Trient
<i>A.Jur.</i>	Acta Juridica
<i>AA:</i>	Ars aequi
<i>ADB:</i>	Allgemeine Deutsche Biographie, Berlin 1967-1971, 56 voll. (ripr. dell'ed. Leipzig, 1875-1912)
<i>AfK:</i>	Archiv für Kulturgeschichte
<i>AGFS:</i>	Archivio giuridico Filippo Serafini
<i>AHDE:</i>	Anuario de historia del derecho español
<i>AHFDSJ:</i>	Annales (poi: Revue) d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique
<i>ASD:</i>	Annali di Storia del Diritto
<i>ASL:</i>	Archivio storico Lombardo
<i>AUCA:</i>	Annali dell'Università di Camerino
<i>AUPA:</i>	Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo
<i>BFDCoimbra:</i>	Boletim de Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra
<i>BIDR:</i>	Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"
<i>Bol. do Min. da:</i>	Boletim do Ministério da Justiça
<i>BSpvSP:</i>	Bollettino della Società pavese di Storia Patria
<i>BSSPin:</i>	Bollettino della Società storica pinerolese
<i>D@S:</i>	Diritto@Storia (http://www.dirittoestoria.it/)
<i>DBI:</i>	Dizionario Biografico degli italiani
<i>DBP:</i>	Diccionario bibliographico portuguez: estudos de Innocencio Francisco da Silva applicaveis a Portugal e ao Brazil continuados e ampliados por Brito Aranha, Lisboa 1894
<i>DCJ:</i>	Diccionario critico de juristas
<i>DDP:</i>	Digesto delle discipline privatistiche
<i>DHCJ:</i>	Diccionario histórico de la Compañía de Jesús biográfico-temático
<i>DI:</i>	Digesto Italiano
<i>Dic. Hist. Port:</i>	Dicionário de História de Portugal
<i>Dict. H.J.Fr:</i>	Dictionnaire historique des juristes français: 12.-20. siècle., P. ARABEYRE-J.L.HALPÉRIN-J.KRYNEN (publie sous la direction de), Paris 2015 ²
<i>ED:</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Foro it:</i>	Il Foro Italiano. La rivista cartacea
<i>FUNDAMINA:</i>	Fundamina. A Journal of Legal History (Pretoria, South Africa)
<i>H@I:</i>	Historia et Ius, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna (http://www.historiaetius.eu)

- HRG:* Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, hg. v. A. ERLER u. E. KAUFMANN, 5 Bde., 1971-98, 2. Aufl., hg. v. A. CORDES, H. LÜCK u. D. WERKMÜLLER unter philologischer Mitarbeit v. R. SCHMIDT-WIEGAND, 2004, (HRG²).
- IBI:* Indice Biografico italiano, 3a ed. riveduta ed ampliata, T. NAPPO – P. NOTO (a cura di), Munchen 2002
- IC:* Ius commune
- ILJ:* Industrial Law Journal
- JB:* Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, M. STOLLEIS (hrsg. von), Munchen 2001²
- JCS:* Journal for Christian Scholarship= Tydskrif vir Christelike Wetenskap (<https://journals.co.za/content/journal/tcwet>)
- JEHL:* Journal on European History of Law
- JHET:* Journal of the History of Economic Thought
- JHI:* Journal of the History of Ideas
- JU:* Juristas universales, R. DOMINGO (a cura di), Madrid 2004
- JZ:* Juristen Zeitung
- L.Q. Rev.:* Law Quarterly Review
- Mass. Giur. It.:* Massimario della Giurisprudenza Italiana
- MFH:* Miscellanea Forensia Historica
- MSCG:* Materiali per una storia della cultura giuridica
- NDB:* Neue Deutsche Biographie, Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (hrsg von), <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116517735.html>
- NNDigI:* Novissimo Digesto Italiano
- NRHDFE:* Nouvelle Revue historique de droit français et étranger
- PRO MEMORIE:* Pro Memorie Bijdragen tot de rechts-geschiedenis der Nederlanden (Pro Memorie. Contribuire alla storia giuridica dei Paesi Bassi)
- QF:* Quaderni fiorentini
- QS:* Quaderni Storici
- R.T.D. Civ. :* Revue trimestrielle de droit civil
- Rass. Dir. Civ.:* Rassegna di diritto civile
- RDC:* Rivista di diritto civile
- RDCo:* Rivista di diritto commerciale
- RDCoO:* Rivista di diritto commerciale e delle obbligazioni
- RDPC:* Rivista di diritto processuale civile
- RDR:* Rivista di diritto Romano
- REHJ:* Revista de Estudios Históricos-Jurídicos
- Rep. Giur. It.:* Repertorio di giurisprudenza italiana
- RF:* Rivista di Filosofia

<i>RFD:</i>	Revista de Faculdade de Direito
<i>RFDSão Paulo:</i>	Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
<i>RHFD:</i>	Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la Culture Juridique
<i>RHFDr. Sc. Jur.:</i>	Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la Science Juridique
<i>RIDA:</i>	Reveu internationale des droits de l'antiquité
<i>RIDC:</i>	Rivista Internazionale di Diritto Comune
<i>RIDROM:</i>	Revista Internacional De Derecho Romano
<i>RIDU:</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RISG:</i>	Rivista italiana per le scienze giuridiche
<i>RIUEAL:</i>	Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina
<i>Riv. dir. Proc:</i>	Rivista di Diritto Processuale (così nominata dal 1946)
<i>RJ:</i>	Rechtshistorisches Journal
<i>RRJ:</i>	Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif
<i>RHDFE:</i>	Revue Historique de droit français et étranger
<i>RSDI:</i>	Rivista di Storia del Diritto italiano
<i>RSDR:</i>	Rivista di Storia del Diritto romano
<i>RTrDPC:</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>SALJ:</i>	South African Law Journal
<i>SCDR:</i>	Seminarios complutenses de derecho romano
<i>SDHI:</i>	Studia et documenta historiae et iuris
<i>SeS:</i>	Società e Storia
<i>SS:</i>	Studi Senesi
<i>THRHR:</i>	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg / Journal of Contemporary Roman-Dutch Law
<i>TR:</i>	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit. The Legal History Review) Dordrecht-Antwerpen (1918 ss.)
<i>TRG :</i>	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
<i>TSDP:</i>	Teoria e Storia del diritto privato (rivista internazionale online)
<i>VERGENTIS:</i>	Revista de Investigación de la Cátedra de Investigación Conjunta Inocencio III
<i>YLJ :</i>	Yale Law Journal
<i>ZNR :</i>	Zeitschrift fur neuere Rechtsges
<i>ZSS, GA:</i>	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung (1880 ss.)
<i>ZSS, KA:</i>	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung (1911 ss.)
<i>ZSS, RA:</i>	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (1880 ss.)

PREMESSA

Ritornare su di un tema già visitato può essere azzardato. Vi è infatti il rischio di far sembrare la disciplina esaminata il prodotto di un cantiere sempre aperto di ingegneria giuridica. Nel caso di specie, tuttavia, i tanti interrogativi che circondano il tema e la ricchezza stessa della storia della transazione, che hanno già condotto alla pubblicazione di un volume volto ad una trattazione diacronica della materia ⁽¹⁾, orientato a dipanarne i nodi problematici in una veste teorico-dottrinale, suggeriscono di riprendere le fila del discorso concentrandoci specificamente su tre giunti tematici: la definizione, la qualificazione contrattuale, l'irretrattabilità.

Nel pensiero della scienza giuridica non solo questi restano i poli di un campo di tensione per addivenire ad una sempre maggiore definizione del fenomeno compositivo, ma giustificano altresì la persistenza, ancora attuale, di alcune criticità nella comprensione della fattispecie in esame.

Persino oggi, a dispetto dell'ubicazione nel vigente codice civile e della chiara rappresentazione in termini contrattualistici offerta dall'art. 1965 ⁽²⁾, la transazione è, e resta, un fenomeno 'complesso'. Si tratta dunque di questioni che giocano da sempre un ruolo di primo piano e ancor più in un momento cruciale quale è quello che vive la 'provincia giuridica europea', appena riemersa dalle lotte di religione, in pieno risveglio dell'età dell'Oro del XVII secolo ⁽³⁾.

⁽¹⁾ S. PARINI VINCENTI, *Transactionis causa. Studi sulla transazione civile dal diritto comune ai codici*, I, *La dottrina dei secoli XV e XVI*, Milano 2011, pp. 244 e ss. e pp. 254-268.

⁽²⁾ Il riferimento corre al noto articolo di F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?* (*Riv. Dir. Proc.*, 1953, I, pp. 185 e ss.), ed alla successiva polemica. Vd. P. D'ONOFRIO (*La transazione e il contratto. Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene, 1854-1954*, Napoli 1954, pp. 193 ss.); ancora F. CARNELUTTI, in *Logica e metafisica nello Studio del diritto* (*Foro it.*, 78, IV, 1955, c. 73 ss.) e controreplica di P. D'ONOFRIO, *A proposito di transazione e logica del diritto*, ivi, c. 127 ss.

⁽³⁾ G. STRAUSS, *Law, Resistance and the State: The Opposition to Roman Law in Reformation Germany*, Princeton 1986; W. DECOCK, *Theologians and Contract Law:*

Quando, cioè, la tradizione di *civil law* perde la sua omogeneità a favore di un mosaico di diritti nazionali ⁽⁴⁾ e di una dottrina che, per quanto portatrice di scelte metodologiche profondamente differenti fra il nord ed il sud del continente europeo ⁽⁵⁾, si rivela straordinariamente vitale ed influente ⁽⁶⁾ divenendo, soprattutto nei territori riformati, l'anello di congiunzione fra la logica astratta delle speculazioni umanistiche e la futura progettualità illuministica ⁽⁷⁾.

The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650), Leiden-Boston 2013, pp. 21-40; *Calvinism and Religious Toleration in the Dutch Golden Age*, R. PO-CHIA HSIA, H.F.K. VAN NIEROP (eds.), Cambridge 2002. Più specificamente per l'influenza esercitata sul *Roman Dutch*, J.P. VAN NIEKERK, *An Introduction to and some Perspectives on the Sources and Development of Roman-Dutch Insurance Law with Appendices containing the more important Roman-Dutch Insurance Legislation*, Pretoria 1988; A.W.G. RAAT, *Divine Law, Natural Law and Reason in Dutch Jurisprudence: the Rise of Moral Relativism in the Jurisprudence of the Dutch 'Golden Age'*, in *JCS*, vol. 41, issue 3-4 (2005), pp. 1-31; H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna 2011, pubblicato in inglese come *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York 2010 (p. 238) e, in versione riveduta e accresciuta, nel 2014⁵, (p. 237); J. DE JONG, *The Dutch Golden Age and Globalization: History and Heritage, Legacies and Contestations*, in *Macalester International*, vol. 27, Art. 7 (2011), pp. 46-67, disponibile all'indirizzo <http://digitalcommons.macalester.edu/macintl/vol27/iss1/7/>; M. NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio. Un profilo storico-giuridico, spec. La "causa remota": Riforma protestante*, pp. 14-20, Città del Vaticano 2015; G. HAMZA, *Römisch-Holländisches Recht (Roman-Dutch law, Romeins-Hollands recht, Romeins-Hollands reg) und sein Geltungsbereich in Europa und außerhalb Europas*, in *JEHL*, 8, n. 1 (2017), pp. 23-33.

⁽⁴⁾ Per i paesi nordici che si allinearono al diritto continentale, cfr. J. HUSA- K. NUOTIO- H. PIHLAJAMÄKI (eds.), *Nordic Law between Tradition and Dynamism*, Antwerp- Oxford 2007.

⁽⁵⁾ J.C. SCOTT, *Domination and the Arts of Resistance. Hidden Transcripts*, New Haven 1990, trad. it. *Il dominio e l'Arte della resistenza: i 'verbal segreti' dietro la storia ufficiale*, Milano 2006.

⁽⁶⁾ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967², p. 169, (trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano 1967, U. SANTARELLI, S. FUSCO (a cura di), Milano 1980, pp. 245-246, p. 321). Cfr. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München 1947, consultato nella versione *L'Europa e il diritto romano*, A. BISCARDI (trad. it. a cura di), F. CALASSO (introduzione di), Firenze 1962, pp. 208 e ss.

⁽⁷⁾ RAAT (*Divine Law, Natural Law and Reason*) si esprime in termini transizione dal diritto biblico al diritto dello Stato, ma sul punto si vd. anche E. DEZZA, *Sistematica processuale e recupero del principio accusatorio nel Tractatus Criminalis di Tiberio*

Al rigore del metodo ed all'interesse per la ricerca antiquaria, la giurisprudenza elegante è, infatti, in grado di affiancare impianti teorici utilizzabili nella prassi nei quali la normazione principesca, territoriale o cittadina – lo *ius patrium* appunto – viene reinterpretato, in una cornice che lascia intravedere le prime concezioni relativistiche del diritto, in correlazione con le istituzioni socio-politiche che lo determinano e che ne reclamano un più snello utilizzo ⁽⁸⁾, soprattutto per quanto riguarda la materia dei contratti.

In ragione di ciò si è scelto di tornare sul problema della definizione dell'istituto e sulla enucleazione dei suoi elementi qualificanti, tenuto conto che si parte da un contesto normativo – D. 2.15 –, che non ha mai dato solidi appigli ai giuristi che con tale fonte si sono misurati come punto di partenza. È, infatti, nel cosiddetto *Gouden Eeuw* che si avverte la necessità quanto mai pratica di qualificare apertamente la transazione come contratto, affinché se ne possa imporre l'adempimento in giudizio, perché se ne riconosca l'obbligatorietà e, in definitiva, perché essa 'tenga per sempre'.

Un diritto dei contratti unificato e 'sistematizzato' emerge piuttosto tardi, e più precisamente, nelle opere dei giuristi europei del

Deciani, in M. CAVINA (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno. Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici*: Udine 12-13 aprile 2002, Udine 2004, pp. 157-175, spec. p. 162; J. W. WESSELS, (*History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown 1908¹, ora Cape Town 2005, da cui la consultazione, – p. 126 –) che sostiene come il crollo delle potenze universali durante la Riforma e la Controriforma abbia condotto ad una contrapposizione, per il vero molto proficua sotto il profilo intellettuale, fra gli Stände e l'Imperatore, fra i Principi, i Länder e le città determinando non solo la nascita di un nuovo concetto di sovranità, ma anche di un nuovo diritto pubblico e privato (Per l'importanza della dimensione spazio-temporale del diritto, vd. da ultimo, M. MECCARELLI, *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: An Introduction*, in *Global Perspectives on Legal History. Research Experiences and Itineraries*, M. MECCARELLI, M.J. SOLLA SASTRE (eds.), Frankfurt am Main 2016, pp. 3-24, spec. pp. 7-11, 1.1-1.3).

⁽⁸⁾ Sulla vocazione pratica della Scuola elegante, si rinvia al primo capitolo, qui per un accenno: E. SCHRAGE, *La scuola elegante olandese*, in *SS*, 104 (1992), pp. 524-547, spec. pp. 536-537, ora in ID., *Non quia romanum sed quia ius. Das Entstehen eines europäischen rechtsbewußtseins im Mittelalter*, Goldbach 1996, pp. 315-328; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 58 e ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 320-321, p. 333.

Cinquecento ⁽⁹⁾, quando cioè il principio canonistico della fedeltà alla parola data, tradottosi nel più laico obbligo di mantenere fede agli impegni contrattuali assunti – in tedesco *Vertragstreue* – è introdotto per suggellare il carattere vincolante della promessa, sulla base di un rapporto vicendevole che incorpori vantaggi corrispettivi per le parti contraenti.

È questa che viene appunto denominata l'età del mercantilismo a motivo del numero trasformazioni finanziarie che la interessarono e degli strumenti giuridici che allo scopo furono messi a punto con buona pace dell'espansione delle attività commerciali. Se, dunque, fino ad allora la dottrina non aveva trovato validi concorrenti, ora il *ius municipale* (*einheimisches Recht*) ⁽¹⁰⁾ rivendica attraverso la forza della giurisprudenza, la propria preminenza sul diritto comune, traghettando in una singolare commistione di erudizione e pragmatismo le dispute puramente teoriche del passato sul terreno delle più moderne difficoltà

⁽⁹⁾ Sul punto sia consentito il rinvio al mio, *Pacta servabo. Riflessioni sulla categoria generale del contratto*, in *SDHI* (2018), cds., ma si vedano anche J. GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford 1991; H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, D. QUAGLIONI (ed. it. a cura di), Bologna 2010², p. 288; P. CARONI, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers: Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel 2005, (trad. it. *La solitudine dello storico del diritto: appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009); I. BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano 2006, pp. 95-136, spec. p. 97. Sulla diffusione della cultura culta negli ambienti riformati e sul rapporto storico tra Calvinismo e giurisprudenza, oltre a quanto già indicato *supra* nt. 3, vd. C. STROHM, *Ethik im frühen Calvinismus: humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentationen sowie mentalitätsgeschichtliche Aspekte am Beispiel des Calvin-Schülers Lambertus Danaeus*, Berlin-New York 1996, questione poi ripresa in un più recente scritto, ID., *Recht und Jurisprudenz im reformierten Protestantismus 1550-1650*, in *ZSS. KA*, 92 (2006), pp. 453-493.

⁽¹⁰⁾ BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 57. In sostanza gli istituti romanistici perdevano la loro 'vaghezza' e 'depurati della loro astrattezza' erano 'rimodellati in senso universale' (così G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino 1959, p. 54).

applicative, a cui è la storia del diritto, prima che quella dell'economia, a dover rispondere ⁽¹¹⁾.

Il quadro sin qui delineato aiuta a comprendere il passaggio che si realizza nella dinamica negoziale. Si tratta, infatti, di un *continuum* storico che sintetizza, senza soluzione, il contenuto dell'*obligatio* nel *jus creditoris* e nell'*onus debitoris*, semplificando i criteri di adizione del giudizio al «*jus persequendi in iudicium quod sibi debetur*». Allo stesso tempo modella il concetto di *jus civile* sulle esigenze dei diritti provinciali e statutari, sciogliendo l'annoso problema dell'azionabilità degli accordi nudi a semplice sezione di un processo di elaborazione molto più ampio, che investe in pieno anche il nostro *pactum transactionis causa factum* ⁽¹²⁾ facendone, una volta per tutte, un contratto.

Muovendo dalla convinzione contraria, ovvero, dalla sua inagibilità, i primi legisti avevano sempre letto nella *litis transitio ex parte actoris (qui transigit)* un abbandono non definitivo, né irrevocabile immeritevole di una qualifica contrattuale, perché non suscettibile di perfetto adempimento e quindi di tutela in caso di violazione ⁽¹³⁾. Ciò costituiva altresì il sostrato fondativo della lettura della *transactio* quale patto remissivo della lite, tutelabile solo in via di eccezione in assenza di elementi esterni a rafforzarlo.

A questa concezione forniva base la lettura della l. *sive apud acta*, e le variazioni della cultura medievale si sono sempre articolate intorno a questo principio ritenuto intangibile ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Proprio S. VON BATH, (*Agriculture in the Vital Revolution*, in *The Cambridge Economic History of Europe*, vol. V: *The Economic Organization of Early Modern Europe*, E.E. RICH - C.H. WILSON (eds.), Cambridge 1977, p. 42) sostiene che gli storici del diritto non hanno mostrato molto interesse per la storia economica del Cinque-Seicento.

⁽¹²⁾ S. PARINI VINCENTI, *La transazione nello ius hollandicum*, in *H@I*, 2 (2012), paper 5, pp. 1-16.

⁽¹³⁾ *Supra*, nt. 1.

⁽¹⁴⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis libros commentaria. Summo studio et labore collatis exemplaribus innumeris prope mendis purgata. Hac postrema editione omnia sunt suis locis appositissime reposita: additio*

Senza voler troppo anticipare le conclusioni cui si perverrà nelle successive sezioni, in questo quadro evolutivo, è il XVII secolo a segnare per la transazione il periodo in cui la materia è riconsiderata e nuovi principi si affermano nella prassi.

Carica delle complesse eredità di un passato umanistico ancora recente, la composizione amichevole delle liti diventa nel *siglo de oro* centro di riflessione ed attrazione per le nuove correnti di pensiero che su di essa sperimentano il loro spirito critico e le loro proposte di rinnovamento ⁽¹⁵⁾.

Va, infatti, ascritto a Johan Voet, nell'ambito di un'ampia e circostanziata meditazione sulla causa nei *pacta*, una rinnovata ricostruzione dei requisiti per la tutelabilità delle *amicabiles compositiones*, che fa leva sulla considerazione per cui «quod jure civili pacta semper servanda esse et grave esse fidem falli» ⁽¹⁶⁾.

Non si tratta, ovviamente ancora di soluzioni univoche, né di esiti definitivi, ma si avverte di certo l'influenza di un clima culturale rinnovato.

Se, infatti, la precisazione della struttura della *transactio* nella riflessione cinquecentesca era stata per lo più condotta sulle fonti dottrinali ⁽¹⁷⁾ – un fiume in piena, ma nel quale era pur sempre possibile riconoscere una *main stream*, perché in quei secoli dominate era il ruolo della dottrina –, più tardi essa viene affiancata da una giurisprudenza e da un *usus* locale che eroderà il ruolo dei giusperiti.

tractatu de pactis et de constituto, Lugduni, ex typographia Michaelis Goy, 1585, Comm. ad C. 2.4.28, *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, 136r-137v.

⁽¹⁵⁾ U. PETRONIO, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino 2012, p. VI; S. CAPRIOLI, *Codice civile, Struttura e vicende*, Milano 2008.

⁽¹⁶⁾ Egli fissa in un ordine intellegibile la *substantia transactionis*, preferendo alla catalogazione del contratto la disamina della causa e degli effetti: porre fine alla controversia e impedire il reiterarsi della disputa (J. VOET, *Commentarius ad Pandectas in quo praeter Romani iuris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum...excipiuntur*, Venetiis, ex Typographia Petri Valvasensis, 1775, To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, 109).

⁽¹⁷⁾ Con l'idea di separare i profili formali, rappresentati dalla *stipulatio*, da quelli consensuali, incarnati dal *pactum*, entrambi proposti come possibili strumenti per la sua costituzione al fine di trasferire il piano del dibattito da quello processuale a quello sostanziale.

Le soluzioni proposte dal giusnaturalismo si caricano delle suggestioni derivanti dalla dottrina del patto sociale, mentre *l'Usus modernus Pandectarum*, grazie al suo spirito pratico, si giova dei nuovi assetti sociali, grazie al quale tutto viene rimesso in discussione, e dell'apertura dei mercati che disciplinano una più intensa vita economica ⁽¹⁸⁾.

A perpetuare l'efficacia dei risultati raggiunti, ma, soprattutto ad assicurarne la proiezione nel primo e più importante modello codificatorio dell'Ottocento, risultano decisive le opere di Domat e Pothier ⁽¹⁹⁾.

La nuova ventata legislativa, in realtà, lascerà a dottrina e giurisprudenza un ruolo di secondo piano, non solo mostrando quanto possa essere articolato il processo evolutivo insito nel tema in esame, ma imponendo altresì all'analista un confronto fra le discipline dei rispettivi ordinamenti nazionali per vagliare il doppio binario che i codici europei adotteranno nella lettura della fattispecie transattiva per la quale rivendicheranno tutti una giustificazione e un fondamento nella tradizione testuale del *Corpus Iuris* ⁽²⁰⁾.

La definizione sarà qui l'elemento cardine per rileggere dunque il tema proposto da una diversa prospettiva.

⁽¹⁸⁾ Regole differenti sono previste per contratti nominati e non vd. I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988, pp. 12-13.

⁽¹⁹⁾ Al primo si deve, infatti, sia la netta formulazione della transazione come "contratto dei litiganti", e cioè come convenzione onerosa diretta a prevenire o a troncare una lite, sia anche la responsabilità del mancato inserimento nell'art. 2044 del codice Napoleone del requisito delle reciproche concessioni, ritenuto non necessario da Domat, ma che sarà successivamente rigettata. Il secondo è autore di un'esegesi dei titoli *de transactionibus* del *Corpus iuris*, anch'essa chiaramente orientata a focalizzare l'essenza del negozio sul fenomeno della contestazione del diritto e nella quale, pertanto, era oramai scomparso ogni riferimento alla *res dubia* che non fosse coniugata con l'evento determinante della lite» (F. TREGGIARI, *sub voce Transazione (dir. interm.)*, in *ED*, XLIV, Milano 1992, spec. pp. 800 e ss.). Per un quadro biografico del giurista di Clermont-Ferrand si veda *infra* cap. II, par. I, nt. 7.

⁽²⁰⁾ G. STOLFI, *La transazione*, Napoli 1931, pp. 131-132; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, E. GABRIELLI (a cura di), Torino 1999, vol. I, p. 484; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano 1999, pp. 27 e ss. e più di recente E. EHMANN, *Schuldnerkenntnis und Vergleich*, München 2005, pp. 131 e ss.

L'inserimento della *res dubia* fra i presupposti della *transactio*, l'autonomia di quest'ultima rispetto alla *lis*, è uno dei passaggi determinanti ai fini della sussunzione dell'*amicabilis compositio* nella più vasta categoria dei negozi regolamentari.

Benché, infatti, possa a prima vista sembrare di tutta evidenza che l'intento di *transigere* non sia assolutamente quello di condurre ad una fedele e puntuale conoscenza della realtà contestata dalla quale, anzi, si arriva a prescindere, vi era – e vi è ancora – chi ritiene possibile sovrapporre il *transigere* con il *decidere* ⁽²¹⁾, sostenendo la natura accertativa della transazione, vera mediazione «inter totum et nihil» ⁽²²⁾. Per costoro – ed in prima fila troviamo Hotman e Cujas – la funzione del negozio compositivo diviene proprio quella di eliminare una situazione dubbia.

E così mentre il *Code Napoleon* (art. 2044), sulla base del processo di revisione critica del requisito dell'incertezza e del ribaltamento dell'impianto concettuale romano (²³) esaurisce l'argomento, influenzando anche il panorama continentale – si allude, in particolare, ad uno schema poi ripreso dal nostro legislatore nel 1865 ⁽²⁴⁾ e nel 1942, da quello spagnolo nel 1889, da quello portoghese del

⁽²¹⁾ Si allude, in particolare, a Hotman e Cujas, per i quali si rimanda al mio *Transactionis causa*, I, Cap. I, pp. 63 e ss e pp. 103-104.

⁽²²⁾ Per i passi ed i richiami si veda: F. HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas Libri XXII*, Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, n. 3g, 82 e n. 4, 83-84; ID., *Disputationum iuris civilis, Disputatio De transactionibus*, Caput I, n. 4, 644-645, entrambi in *Operum (To. I, pars I)*, Lugduni, sumptibus Haeredum Eustathij Vignon et Jacobi Stoer, 1599.

⁽²³⁾ Già peraltro proposto nelle *Les Loix civiles dans leur ordre naturel; Droit public et Legum delectus. Par M. Domat, Avocat du Roi au Siège Présidial de Clermont en Auvergne, Nouvelle édition*, Paris, Chez Nyon aîné, Libraire, 1777 (J. DOMAT, Liv. I, Tit. XIII, *Des Transactions*, Sec. I, n. 1, *Définition*, 146). Ma anche Pothier non si discosta dall'assunto proposto: «Transactio est conventio, quam, litis motae aut movendae decidendae causam, aliquid datur aut promittitur, aut retinetur», R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae cum legibus codicis, et novellis, quae jus pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, Lugduni, Bernusset et sociorum, 1782, To. I, Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, Sec. I, Art. I, 87. Sul punto, *infra* cap. II, par. I, nnt. 11 e 22.

⁽²⁴⁾ Sgombrare il campo dal requisito dell'incertezza è parso subito opportuno al legislatore nazionale, per quanto l'affermazione della *res dubia* fra i requisiti qualificanti

1966 e, da ultimo, da quello brasiliano del 2002 ⁽²⁵⁾ – costruita intorno alla nozione di incertezza è, invece, la funzione del negozio transattivo ribadita dal Codice Civile Generale Austriaco, dall’ALR prima di questo (P. 1, tit. 16, § 405) ⁽²⁶⁾ e dal BGB (§779), poco dopo.

In particolare, nel §1380 dell’ABGB la transazione interviene per far cessare una situazione giuridica incerta fra le parti, di cui quella creatasi a seguito di una contestazione, o un litigio, rappresenta solo uno dei casi possibili, ancorché il più frequente, mentre nel BGB vengono sovrapposte le figure negoziale create per rimuovere e prevenire liti con quelle per risolvere incertezze di ordine economico, o in merito alla realizzabilità di una pretesa, pur con gli stessi effetti di irretrattabilità di cui gode notoriamente la *transactio* sin dall’epoca romana.

Tradizionalmente, infatti, se la risoluzione della conflittualità economica fra privati è lasciata al libero esplicarsi del gioco della concorrenza, il contenuto del principale contratto che presiede alla composizione dell’antagonismo commerciale, tende ad essere il più possibile sottratto al vaglio istituzionale della magistratura.

fosse figlia di una dottrina plurisecolare. Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Re sul Codice Civile*, *Gazzetta Ufficiale*, 4 aprile 1942, per cui *infra*, Cap. III, nt. 2 ; Cass. 29 luglio 1958, m. 2735, *Mass. Giur. it.* 1958, c. 621; Cass. 28 marzo 1969, n. 1019, in *Rep. Giur. it.*, voce *Transazione*, n. 1.

⁽²⁵⁾ Código Civil español del 1889, ma si veda anche il portoghese del 1966 e il brasiliano del 2002. Código civil español: Lib. IV, *De las obligaciones y contratos*, Tit. XIII, *De las transacciones y compromisos*, Cap. I, *De las transacciones*, Art. 1809 «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»; Código Civil Português, Lib. II, *Direito das obrigações*, Tit. II, *Dos contratos em special*, Cap. XVI, *Transacção*, Art. 1248, *Noção* «1. Transacção é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões. 2. As concessões podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido»; Código Civil Brasileiro: Liv. I, *Do Direito das Obrigações*, Tít. VI, *Das Várias Espécies de Contrato*, Cap. XIX, *De transação*, Art. 840: «É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas».

⁽²⁶⁾ Per il testo del 1794 si veda *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Textausgabe mit einer Einführung von H. HATTENHAUER und einer Bibliographie von G. BERNERT, Frankfurt Am Main-Berlin 1970.

Il totale disinteresse per una possibile discrepanza fra la situazione giuridica controversa, o già contestata, e quella stabilita *ex novo* dai contraenti al fine di superare il conflitto, non solo consacra agli occhi del legislatore la validità dell'accordo, ma assegna al palinsesto delle sue priorità la stabilità dell'autoregolamento voluto dalle parti per scongiurare il processo.

A tal fine è sempre stata concessa l'*exceptio peremptoria litis finitae*. E proprio sui limiti di quest'ultimo baluardo di irrevocabilità si intende indagare. Questo dogma corre come un filo rosso dal *Corpus iuris* (*non minor auctoritas transactionum quam rerum iudicatarum habet*), al diritto intermedio ⁽²⁷⁾, per essere codificato (nell'art. 2052, pr. co., del *Code Civil*) e poi ripreso nel vigente ordinamento giuridico italiano in alcune disposizioni di parte speciale preordinate a mantenere in vita l'intervenuto accordo, nonostante norme di parte generale indurrebbero a propendere per l'invalidità o la risoluzione del negozio ⁽²⁸⁾.

Diffusa è infatti la convinzione che la reiterazione della disputa sancirebbe l'inutilità del contratto transattivo, la frustrazione della sua funzione, e l'annullamento del suo stesso motivo d'essere che si colloca, da sempre, nella in quella situazione intermedia tra l'avere tutto e il non ottenere nulla.

Eccezionalmente, specifiche disposizioni concedono alle parti, o, meglio, al contraente ignaro di qualche circostanza, particolarmente rilevante, l'azione di annullamento. Ma si tratta di effetti che non

⁽²⁷⁾ Un'ordinanza del 1560 disponeva che la transazione non potesse essere impugnata per illiceità dell'oggetto, dolo personale, errore di calcolo. Cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Des contrats aleatoires du mandat, du cautionnement de la transaction*, Paris 1900², anche in traduzione italiana *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, Milano 1911, n. 1242, p. 678 (da cui la consultazione).

⁽²⁸⁾ E di solito si tratta di ipotesi di ignoranza relativamente a talune circostanze tassativamente prescritte dalla legge.

conseguono, *icto oculi*, alla mera discrasia tra il contesto giuridico preesistente e l'assetto giuridico definito transattivamente ⁽²⁹⁾.

Ecco perché dal regime di vincolatività rafforzata previsto per la transazione, da cui peraltro consegue l'inapplicabilità dei rimedi normalmente utilizzati per far fronte ai difetti genetici e funzionali dei contratti, possono discendere interessanti riflessioni in ordine all'opportunità di mantenere in vita accordi compositivi 'sbilanciati'. Occorre infatti verificare fino a che punto si possano spingere i limiti della irretrattabilità della questione controversa, perché una transazione 'ingiusta', nel nome del superiore interesse a scongiurare le liti, possa continuare a dirsi valida. Infatti, «sans doute le proces sont un mal, mais c'est un mal aussi sacrifier le droit pour le matien de la paix» ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ L. RUGGERI, Causa transigendi, e transazione su cosa giudicata, in *Rass. Dir. Civ.* (1997), p. 439.

⁽³⁰⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant Christophe & co - Paris^{ème}, A. Durant et Pedone Laurient - Paris^{ème}, 1877, To. XXVIII, Titre XVI (Titre XV du Code Civil), *Des transactions*, Ch. I^{er}, Sec. I, n. 322, 328 (trad. it. *Principi di diritto civile per F. Laurent: Prima traduzione italiana proseguita a cura di Alberto Marghieri, con raffronti ed appendici contenenti la legislazione e la giurisprudenza italiana. Volume XXVIII, disp. 348-353*, Milano, Dottor Leonardo Vallardi Editore, 1886), ora disponibile in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5808794w/f329.image>

CAPITOLO I

DAI DIBATTITI MEDIEVALI AL *IUS HODIERNUM*.

SOMMARIO: Introduzione. La transazione nella dottrina giuridica europea fra XVII e XVIII sec. Una sintesi tra passato e avvenire. – Sezione Prima. *Autori prohibiti primae classis* – 1. «*Al geloeftes scout*». – 2. Tra *subtilitas* e *simplicitas*: «*hodie actionis nomen libello non exprimitur*». – 3. «*Quomodo et germanico verdrag jurisconsulti, utuntur*». – Sezione seconda. *Et caeteribus Catholicis nationibus confecti*. – 4. Il *Tractatus de transactionibus* di Emanuel Roman Valeron. – 5. L’esperienza lusitana dalle *Ordenações Alfonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas* alle *Instituições de Direito civil portuguez*.

Introduzione. La transazione nella dottrina giuridica europea fra XVII e XVIII sec. Una sintesi tra passato e avvenire. *

Il Seicento è il periodo in cui non solo la transazione è rivista e ristrutturata nei presupposti e nelle fondamenta, ma l’intera attività negoziale diviene centro di attrazione per il pensiero giuridico che, constatata la ricchezza, il graduale incremento e la complessità degli accordi commerciali, ne sollecita l’ordinata raffigurazione anche sotto il profilo teorico ⁽¹⁾.

* Si riportano nei primi due paragrafi alcune considerazioni in parte già assunte in un articolo apparso nel 2012 su *H@I* dal titolo ‘*La transazione nello ius hollandicum*’ in versione accresciuta, modificata e ampliata, grazie allo studio di alcune nuove fonti reperite presso le Università di Cape Town e Stellenbosch, South Africa.

⁽¹⁾ Il lavoro sull’istituto, nelle sue declinazioni dottrinali e normative, si snoderà, in questa parte del saggio, lungo un preciso e chiaramente delimitato arco temporale: dal XVII al XIX secolo. Con il Seicento, infatti, l’Europa si parcellizza e la scienza giuridica vede sviluppi assai differenti nei singoli paesi; l’avvento dei codici, invece, nel tentativo di smascherare l’insipienza di un farraginoso passato giurisprudenziale sempre

L'impulso creativo della Scuola Elegante ⁽²⁾, sorretto da un unico

più declinante verso la pragmatizzazione, cercherà di porre, senza peraltro riuscirvi del tutto, un punto fermo all'intera 'questione transattiva'.

⁽²⁾ Secondo un ben noto *cliché*, da molti ripreso, è proprio grazie al lavoro svolto dal corpo accademico raccolto intorno all'Università della Provincia olandese che «the torch of the European jurisprudence [...] was taken over in the 17th century by the Dutch». Ciononostante risulta difficile etichettare i singoli esponenti. Per un primo accostamento al tema si vedano, senza pretesa di completezza: J.C. VAN OVEN, *Le droit romain aux Pays Bas* in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*: Bologna, Aprile 1933, Pavia 1935, II, pp. 25-55; A.A. ROBERTS, *A South African legal bibliography, being a bio-bibliographical survey and law finder of the Roman and Roman-Dutch legal literature in southern Africa with an historical chart, notes on all the judges since 1828, and other appendices*, Pretoria 1942; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 169; la catalogazione di G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die Holländische Elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main 2002, p. 100, corredata di una ricca ed aggiornata bibliografia; ID., *Palingenesia in the Dutch Elegant School*, in *TR*, 65 (1997), pp. 71-84; R. FEENSTRA- C.J.D WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford 1975 da cui è tratta la citazione in inglese (p. 16); sempre di R. FEENSTRA, *Les juristes de l'ancienne université de Franeker et leurs recueils de disputationes (période de 1635 à 1735)*, in *SS*, 100 (1988), pp. 604-629 e *New reflections on some law professors at Leiden between c. 1580 and c. 1715*, in *TR*, 81 (2013), pp. 5-15; SCHRAGE, *La scuola Elegante olandese*, pp. 534-547; D. OSLER, *Jurisprudentia elegantior and the Dutch elegant school*, in *IC*, 23 (1996), pp. 339-354; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2016², pp. 297-298 e 299-301 (ora anche in versione inglese *A history of Law in Europe: from the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge 2017, pp. 288-290); I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patrii nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico. Prassi ed insegnamento in Il Diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale: Alghero 4-6 novembre 2004*, I. BIROCCHI-A. MATTONE (a cura di), Roma 2006, pp. 17-71, spec. pp. 42-48; ID., *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 383-391, che dedica proprio un paragrafo agli indirizzi compositi presenti nella Scuola Elegante e alla sua fortuna in Italia e, da ultimo, C. BERSANI, *Nonnulla distinctio. Status e ceti nel secolo d'oro delle Provincie Unite*, Roma 2009, spec. pp. 8-11. Fra le fila di coloro che si sono rivelati più propensi a sottolineare il valore antiquario dei prodotti della Scuola e il disinteresse di quest'ultima per le fonti normative ad essa contemporanee, invece, si leggano: O.F. ROBINSON- T.D. FERGUS- W.M. GORDON, *An introduction to European legal history*, Edinburgh 1985, spec. pp. 369-370 e, con riferimento specifico a Noodt, A.M.M. CANOY-OLTHOFF-P.L. NEVE, *Holländische Eleganz gegenüber deutschem Usus Modernus Pandectarum? Ein Vergleich des privatrechtlichen Unterrichts in Leiden und an einigen deutschen Universitäten anhand einiger holländischer und deutscher juristischer Dissertationen über locatio-conductio: (1650-1750)*, Nijmegen 1990, spec. pp. 1-12.

intento edificatorio, tramite cui saldare l'*ordo iuris* alla prassi, perfeziona, infatti, quel passaggio fra due schemi interpretativi nella lettura della lite che sarà successivamente consegnato ai Codici.

È vero che in passato già alcuni autori avevano messo in discussione la massiccia unità della negozialità bilaterale romana rimasta intangibile per secoli, suggerendo, una più matura riflessione sulla categoria civilistica del *contractus* ⁽³⁾. Ma saranno gli ordinamenti

⁽³⁾ Si allude, in particolar modo, alle fortunate intuizioni sviluppate da Du Moulin, e da Wesembeck. Il primo, punto di riferimento in tema di obbligazioni anche per la codificazione napoleonica (C. DU MOULIN, *Extricatio labyrinthi dividui et individui, cum nova et analytica tam in theoria, quam in praxi declaratione legum omnium eius materiae*, Lugduni, apud Claudium Sennetonium, 1562, *passim*, su cui J.L. THIREAU, *Aux origines des articles 1217 à 1225 du Code civil: l'extricatio labirinti dividui et individui de Charles du Moulin (1500-66)*, in *TRG*, 15 (1983), pp. 51-109 e ID., *Le comparatisme et la naissance du droit français*, *RHFD*, 10-11 (1990), pp. 153-191) che, sul punto, scrive: «hodie in praxi omnes leges et theoriae de formulis stipulationum supervacuae sunt quia etiam extra scripturam publicam vel privatam, sive confessione partis sive testibus aut alias legitime appareat de conventionem serio pacta et conclusa in re licita, nec prohibita nec inter prohibitos aut inhabiles, pro stipulatione habetur et oritur efficax actio [...], quod ita debet intellegi et restringi, et ita in utroque foro seculari et ecclesiastico observatur: nec de verborum forma aut solemnitate curator ita ut multorum prolixae et operosae commentationes supervacuae sint» (C. DU MOULIN, *Nova et analytica explicatio Rubricae et legum. 1 & 2, De verborum obligationis uberrimis lectionibus tam Tubingensibus quam Dolanis et mox sequitur extricatio labyrinthi dividui et individui ejusdem authoris*, Lugduni, apud Claudium Sennetonium, 1562, rubr. *De verborum obligationis*, n. 42, 19). Per un approfondimento, vd.: J. BART, *Pacte e contract dans la pratique française (XVIe-XVIIIe siècles)*, pp. 125-137 e BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, pp. 139-195, spec. pp. 146-147, nt. 34, con una ricca bibliografia sul passo, entrambi in *Towards a general law of contract*, J. BARTON, (a cura di), Berlin 1990, e R. SAVELLI, *Diritto romano e teologia riformata: Du Moulin di fronte al problema dell'interesse del denaro*, in *MSCG*, 23 (1993), pp. 291-324. Da ultimo, vd. la voce omonima, di J.L. THIREAU, per il *Dict. H.J. Fr*, pp. 363-366 con un aggiornato corredo bibliografico. Il riferimento corre alle fortunate intuizioni sviluppate dal professore fiammingo in sede di commento al *De pactis*, su cui cfr.: R. FEENSTRA, *Pact and contract in the Low Countries from 16th to 18th century*, ancora in *Towards a general law of contract*, pp. 197-213 ora in *Legal scholarship and Doctrines of private law, 13th-18th Centuries*, Aldershot 1996; ID., *Die Klagbarkeit der pacta nuda*, in R. FEENSTRA- R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Das römisch-holländische Recht Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992, pp. 123-144; oltre che, il più datato, C. VISSER, *The principle pacta servanda sunt in Roman and Roman-Dutch law, with specific reference to contracts in restraint of trade*,

romano-frisone e romano-olandese, testimoni di una cultura in cui convivono tradizione romanistica, attenzione al *ius hodiernum* e aspetti dell'*usus modernus* a spingere verso la comparazione assicurando un posto non marginale nel percorso di ricerca alla composizione amichevole delle liti.

Le linee portanti della cultura giuridica riformata ⁽⁴⁾ riducono vistosamente la portata dell'annoso problema dell'azionabilità degli accordi nudi a semplice sezione di un processo di elaborazione molto più complesso, che finirà per investire appieno anche il *pactum transactionis causa factum*, con esiti di importanza cruciale nella rilettura della parabola definitoria della transazione e nella sua declinazione come categoria autonoma.

in *SALJ*, 101 (1984), pp. 641-655. Da ultimo, sia consentito il rinvio al mio *Transactionis causa*, I, ntt. 194 e 197, p. 76.

⁽⁴⁾ Il rinnovamento, in realtà, non va ricercato solo sul terreno arido della critica testuale, bensì sul più pragmatico campo dell'applicazione delle norme, ove la teorica dei patti ben poteva essere utile allo scopo. Per uno sguardo a quella fortunata dottrina, che ha letto il carattere distintivo del contratto moderno nell'affermazione del principio consensualistico, sulla scorta «dell'assetto individualistico della sistemazione ottocentesca», si vedano L. SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Dogmengeschichtliche Untersuchungen*, Nordlingen 1881 e, per il XX secolo, F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959 mentre, più di recente, P. LANDAU, *Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie*, in *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert: Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, M. ASCHERI (a cura di), Köln-Weimar-Wien 2003, pp. 457-474. Un punto di vista radicalmente opposto, talvolta addirittura un fiero contrasto verso questa lettura, è stato invece ribadito da G. ASTUTI, in *I principii fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *ASD*, I (1957), pp. 13-41 e *Id.*, voce *Contratto (dir. Interm.)*, in *ED*, IX, Milano 1961, pp. 759-781, entrambi reperibili ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, raccolta di scritti di Guido Astuti*, G. DIURNI (a cura di), Roma 1984, vol. II, pp. 1031-1069 e vol. III, pp. 1905-1953; da G. GORLA, *Il potere della volontà come promessa nel negozio giuridico*, in *RDCo*, 1 (1956), pp. 33 ss.; mentre fra i civilisti, da R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTrDPC*, 20 (1966), pp. 788 ss. Infine, una ricostruzione del problema in tempi a noi più vicini si coglie in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, grazie ai saggi di BIROCCHI, *Autonomia privata, ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, pp. 95-136 (da cui la citazione); di E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa ed i problemi dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive del diritto europeo dei contratti*, pp. 205-232 e di G.P. MASSETTO, *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, pp. 291-343.

Riconsiderare le strategie argomentative dei maggiori giuristi umanisti – ampie le citazioni da Duaren, Doneau e Cujas, ma anche da Kirstner e Borcholten – così come ammetterne la persistente influenza, da parte dei colleghi fiamminghi o tedeschi ⁽⁵⁾ non significa, infatti, ricalcare una *protrita sententia*, né vuole essere ostentazione di una nozionistica conoscenza. Ciò che si desidera è sottoporre ad una revisione critica la stessa attendibilità della ricostruzione operata al di là del prestigio dell'impianto concettuale romano, e a prescindere dal condizionamento delle linee guida segnalate dai più autorevoli maestri del cultismo, in connessione con un profondo e più generale ripensamento critico dell'intera teorica generale delle obbligazioni ⁽⁶⁾.

Nel *Grand Siècle*, o, più precisamente, nel *Gouden Eeuw*, quello che abbiamo di fronte è, perciò, un terreno storico rinnovato, con vistose componenti religiose, attive sia nel mondo cattolico che protestante, operanti a livelli insospettabili e in grado di fecondare interpretazioni inedite ⁽⁷⁾, per la cui comprensione diviene imprescindibile anche il

⁽⁵⁾ Varie le testimonianze che consentono di fare luce sul punto: P. CHRISTIANAEUS, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones*, Antverpiae, apud Hieronymum et Ioannem Baptistam Verdussen, 1661, To. II, Tit. IV, *De transactionibus*, dec. XCVI, 97-98 e dec. XCVII, 98-99; A. VINNEN, *Tractatus varii, nempe de pactis, jurisdictione, collationibus, et transactionibus*, Venetiis, ex Typographia Balleoniana, 1780, Cap. I, *De usu verbi transigere, quid sit transactio et quid differet a pacto*, n. 7, 118; per la Frisia, U. HUBER, *Eunomia Romana, sive Censura Censurae Juris Justinianaei, continens examen praecipuorum juris locorum, secundum Pandectas et Institutiones*, Franequerae, apud Leonardum Strickium, 1700, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, l. *Controversia*, 123-126 e, per l'area tedesca G.A. STRUVE, *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*, Francofurti – Lipsiae (editio tertia), sumptibus B. Johannis Hoffmanni, 1738, *Exerc.* VI, II, Tit. XV, *De transactionibus*, LIV, spec. (§), 329-330.

⁽⁶⁾ K. LUIG, *Humanism und Privatrecht*, in *Vestigia iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60.*, Verlag 1992, pp. 285-301.

⁽⁷⁾ Verso il 1650, solo circa la metà della popolazione era ancora di fede cattolica. Ma nelle città d'Olanda e di Utrecht molti missionari svolgevano indisturbati il proprio apostolato nei confronti della popolazione rurale. Non deve quindi sorprendere che la civiltà olandese continuasse ad essere permeata da tradizioni romane. Ciò non toglie che la posizione dei cattolici era, e rimase, sempre precaria. La repubblica, infatti, si qualificava ufficialmente come uno stato protestante e se i cattolici potevano praticare il culto, essi comunque incontravano difficoltà a mantenere le cariche nelle amministrazioni cittadine. Il calvinismo, dal canto suo, invece, non costituiva l'unica

confronto con la prospettiva territoriale offerta da personaggi come Groenewegen, van Leuween e, nel secolo successivo, Bynkershoek o Schulting. Tutte le fattispecie negoziali sono così rivalutate alla ricerca di radici o premesse dei singoli istituti. Il contatto con la fonte antica è recuperato in quanto veicolo di addentellati problematici da qui in poi continuamente ripresi per versarvi idealità e valori sempre nuovi.

Solo grazie a questa commistione fra elementi vecchi e nuovi, *olim* come *hodie* ⁽⁸⁾, fra *ius romanum* e *ius proprium* ⁽⁹⁾, sarà quindi

alternativa: solo un terzo della popolazione abbracciava la sua versione ortodossa. Accanto ad esso, numerose confessioni e piccole sette si spartivano la restante parte della popolazione e proprio queste persistenti e profonde divisioni religiose contribuiscono a spiegare i frequenti mutamenti di governo senza, però, le particolari esplosioni di violenza che avevano contrapposto le fazioni in Francia. La frantumazione del panorama, e un diffuso utilitarismo consentono avvicendamenti pacifici per il benessere di tutti, facendo della tolleranza un 'marchio di fabbrica' locale. C.H. WILSON, *La repubblica olandese*, Milano 1968, p. 314; J. HUIZINGA, *La civiltà olandese del Seicento*, Torino 1979; E.O.G. HAITSMAN MULIER, *La società delle Sette Province Unite nel Seicento*, in *La storia. I grandi problemi dal Medioevo all'Età contemporanea*, N. TRANFAGLIA e M. FIRPO (a cura di), vol. V, t. 3, Torino 1986, pp. 407-426. Vd. oltre nt. 13.

⁽⁸⁾ L'esame della disciplina giuridica attraverso «lo svolgimento entro la dialettica tra il passato e l'oggi (*olim...hodie*), tra diritto consuetudinario e diritto comune» per la ricostruzione del diritto vigente, si coglie appieno nell'*Eunomia Romana* di Huber (vd. *supra* nt. 5) in cui il giurista frisone, partendo dalle teoriche sviluppate dai più rappresentativi giuristi del cultismo (l'esempio si riferisce alla *Censura Connani circa genus disputandi et consuetudinem* della l. *cum mota*, C. 2.4.6, dedicata proprio al tema transattivo), va alla ricerca di quella che, *adhaec, est nostra ratio*. In quegli anni caldi, il concetto di *ius hodiernum*, fatto oggetto anche di specifico insegnamento, venne insomma inteso come una *típica mezcla* «de derecho natural en cuanto a los principios y derecho romano para las cuestiones técnicas», una 'mescolanza', cioè, quasi inscindibile, accompagnata da un'esposizione comparativa, volta a rendere conto tanto del diritto romano che dei diritti propri. Sul punto, cfr. M. AHSMANN, *Teaching the ius hodiernum: legal education of the advocates in the northern Netherlands (1575-1800)*, in *TR*, 65 (1997), pp. 423-457, spec. pp. 428-429 e per la citazione in spagnolo, riferita, all'opera di Noodt, l'omonima voce di J. VAN DEN BERGH per *JU*, II, spec. p. 469.

⁽⁹⁾ L'integrazione fra il diritto delle Province e gli *instituta* tipici del *ius civile romanorum*, poiché, *Romanum ius in non decisio oportere admitti* (vedi *infra* Voet, da cui è tratta la citazione) pare affidata alla prassi. Scrive addirittura P. DIBON a proposito di Grozio che egli «s'impose vrament a nous comme l'archétype du cityoen de la *Respublica leteraria*... ignorant le clasonnement des disciplines... et essentiellement ordonnée à la praxis au service de la cité» (*Regards sur la Hollande du Siècle d'Or*, Napoli 1990, spec. pp. 31-45 e 58-77, per la citazione, p. 69). Più di recente, BERSANI

possibile cogliere appieno la complessità del lavoro di scavo, condotto mediante l'intransigente difesa della concezione unitaria e tradizionale del *ius commune*, delle sue strutture gerarchiche, della sua totalità conchiusa, perfettamente riflessa dalla *scrupolosa subtilitas juris Romani*, sia attraverso l'inevitabile *applicatio* nel quotidiano ⁽¹⁰⁾.

(Nonnulla distinctio, pp. 12-15) ribadisce come siano «proprio le pagine dedicate al ruolo del diritto romano a rendere conto dell'interdipendenza fra la trattatistica del *ius hodiernum*, ancorata ai testi giustinianeî, e quella dedicata ai diritti 'patrii' romano-olandese e romano-frisone» e questo a prescindere, da approcci 'umanistici', o 'eleganti'. Sotto il profilo delle fonti, invece, una conferma di questo atteggiamento e del ruolo del diritto romano negli ordinamenti contemporanei viene dal *Tractatus de legibus abrogatis* di Simon Groenewegen van der Made, dal *Commentarius ad Pandectas* di Johannes Voet, e, ancora, dalla *Censura Forensis* del più 'pratico' Simon Van Leeuwen. Groenewegen, che in proposito specificava, «In Belgio autem multo majorem auctoritatem obtinet jus Romanum: cum enim passim summa ratione atque aequitate abundet, olim pro justitiae et aequitatis exemplo in judiciis allegatum, tandem vero etiam receptum est, atque etiam regulariter legum vim atque auctoritatem apud nos obtinet» al punto che egli stesso, cercava affannosamente di verificare (*conatus sum*) quelle norme che al di là della abrogazione della desuetudine o del più informale oblio fossero ancora effettivamente in *quotidianum rerum usus*. (S. GROENEWEGEN VAN DER MADE, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Lugduni Batavorum, apud Davidem Lopez de Haro et Franciscum Moyardum, 1649, *Proemium*, nn. 3 e 18, 2-3). A Groenewegen, oltre che al proprio padre, Paulus, e al giurista Lamberto Goris (docente ad Harderwijk, ma anche governatore cittadino a Nijmegen), si ispirava poi Johannes Voet che, commentando il *De iustitia et iure*, scrive: «Quoties enim inter duos pluresve lis est, inspiciendum ante omnia, an non municipalis aut provincialis juris scripti verbis, aut mente, atque sententia decisa sit. His deficientibus ad jura non scripta, inveteratas regionis consuetudines, recurrendum [...]. Quod si nec ex his expediri res possit, tum demum Romani juris decisiones, et Canonici illustrationes admittendae sunt» (*Commentarius ad Pandectas*, To. I, Lib. I, Tit. I, *De iustitia et iure*, n. 2, 2). Infine, sul ruolo del diritto romano negli ordinamenti romano-olandese e romano-frisone, insisterà anche Van Leeuwen, maggiormente interessato, però, a testimoniare l'incontro e la mediazione fra la tradizione del *ius antiquum* ed i più specifici istituti della Provincia olandese. (Per un resoconto, in parziale polemica col Groenewegen circa il ruolo del *ius scriptum*, si veda *Censura Forensis Theoretico-practica, id est totius iuris civili, Romani, usuque recepti et practici methodica collatio*, Lugduni Batavorum, ex officina Francisci Moyardi et Petri Leffen, 1662, To. I, Lib. I, Cap. I, *De iustitia et iure*, n. 12, 5-6).

⁽¹⁰⁾ Sin dall'età moderna — con Hotman che già nel 1567 specificava «inutile esse studium artis extra usum positae» — e poi, con maggiore frequenza dopo il 1650, il dibattito sull'associazione di concetti 'teoria e prassi', divenne un *topos* della letteratura giuridica, impegnata sempre più spesso in *dissertationes*, *conflictus*, *discordiae*, *oppositiones* e *pugnae* tutte volte ad identificare le fonti del diritto, il loro sviluppo e la

I tentativi effettuati per riportare la troppo rapida trasformazione dei modelli culturali di quegli anni entro quadri prestabiliti seguono, in realtà, percorsi contraddittori, quando non sono addirittura suggeriti da profonde tensioni religiose e politiche, ancora assai vive e palpabili nella trattatistica dell'Europa meridionale. Alludo, in particolar modo, a quella iberica e lusitana, ancorata ad un passato duro a morire.

Talvolta gli obiettivi enunciati non prendono forma linearmente, perché del sapere umano si avverte ormai la dimensione sterminata, le direzioni divergenti e le insolubili, quanto ineliminabili, incertezze.

loro applicazione nei tribunali, oltre che «l'ensemble du complexe des sources non-romaines du droit». La teoria, infatti, era rappresentata dal diritto romano, la prassi, invece, dall'*abuso* di quel diritto, attuato attraverso il ricorso alla consuetudine locale, soprattutto negli indirizzi praticati dai Tribunali. La necessaria congiunzione fra i due era la risposta. Ne offre un lucido esempio Erich Mauritius (1631-1691), a partire dal 1671, assessore presso la Corte Suprema Imperiale (*Reichskammergericht*) che, dopo il riferimento ai modelli d'accademia come Wesembeck, Maevius e Carpzov, esige per la pratica forense anche una perfetta conoscenza del *ius* «quod in hodie usum habet». (B. CARPZOV, *Practicae novae imperialis Saxonicae Rerum Criminalium Quaestionum. Pars I, Wittebergae, sumptibus haeredum Tobiae Maevii, et Elerdi Schumacheri, Francofurti, typis Balthas. Christophori Wustii, 1684, quaest. CXLIX, Quatenus transactio cum parte offensa inita, nobilitas rei delinquentis, et delicti incertitudo mitigent poenam*, 385-390). Sulla stessa linea ricostruttiva anche Böhmer. Per i testi si vedano: J.H. BÖHMER, *De iniusta theoriae et praxeos oppositio*, in *Exercitationes ad Pandectas in quibus praecipua Digestorum capita explicantur, antea sigillatim editae, nunc coniunctim secundum ordinem Pandectarum digestae, et indice instructae*, Hanoverae-Gottingae, apud Iohannem Wilhemum Schmidt, 1745, To. I, exerc. X, *De iniusta theoriae et praxeos oppositio*, 357-390 che in proposito scrive: «ius omne in sensu et usum legum positum est quibus utimur». (R. SCHULZE, *Justus Henning Böhmer und die Dissertationen seiner Schüler*, Tübingen 2009); J. FUCHSII, *Introductio in processum Holsaticum: variis recessuum judicialium, contractum, testamentorum, pactorum, dotialium &c. dispositionibus & formulis illustrata ...accessit propter affinitatem materiae Erici Mauriti ... Introductio in praxin forensem, Kilonii, sumptibus Johannis Sebastiani Riechelii, typis Joachimi Reumanni, 1696, 2-5. Ma si veda anche Zasius, laddove espone: «Praeterea pacta cum causae expressione valent, sine causa non valent» (U. ZASIUS, *In primam Digestorum partem Paratitla, sive titulariae annotationes, denuo iam in iurisprudentiae studiosorum usum excusa, indiceque rerum toto opere memorabilium, nunc primum adiecto*, Basileae, apud Michael Insegrin, 1539, II, Tit. XIV, *De pactis*, 70). Un quadro storiografico in H. MONHAUPT, *La discussion sur 'theoria et praxis' aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles en Allemagne*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier: Colloque tenu du 12 au 14 Décembre 1977*, Milano 1979, pp. 277-296, spec. p. 280, nt. 5.*

Se nodi complessi impongono quindi, da un lato, una salda fondazione della categoria dei *mores*, dall'altro, il principio d'autorità ⁽¹¹⁾ non regge più il confronto con la realtà di un mondo diviso, luogo di conflitti di ogni genere e ogni origine, dominato da poteri intolleranti e soggetto al gioco di forze economiche di cui sino al XVIII secolo si ignoreranno meccanismi e significati.

Interrogarsi sulla principale funzione cui il *ius* presiede è perciò segno di una consapevole presa di coscienza al passo coi tempi ⁽¹²⁾.

Il diritto è il mezzo migliore per veicolare le ostilità entro binari socialmente accettabili, e la transazione – sapiente e versatile interprete dell'aspirazione a sciogliere ogni disarmonia – non può che tessere al meglio l'ordito di questa trama così fitta di interessi contrastanti ⁽¹³⁾.

Centralità della convenzione, libertà contrattuale e protagonismo della società civile, sono i nuovi imperativi categorici. La complessità dei passi ulpianeî doveva perciò essere sciolta. Il dibattito accademico aveva del resto dimostrato di essere ancora lontano dalla risoluzione

⁽¹¹⁾ L'espressione è di A. MAZZACANE (*Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna 1999, pp. 247-249, spec. p. 220).

⁽¹²⁾ Si spiega così la fioritura eccezionale di una serie di lavori sulle *leges abrogatae*, nonché il rinnovato interesse per il genere medievale delle *differentiae* e delle *disputationes*. Cfr. AHSMANN, *Teaching the ius hodiernum*, pp. 429-435 e E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti: la formazione di un ceto medievale*, in *Università e società nei secoli XII-XVI*, Pistoia 1983, p. 235, nnt. 154-155.

⁽¹³⁾ La 'cultura della tolleranza', su cui torneremo, in quanto fonte di ispirazione di soluzioni giuridiche votate alla combinazione di esigenze culte con risposte a questioni locali, era il frutto dell'indipendenza dall'opprimente giogo spagnolo di una società cui mancava, per struttura, la stessa vocazione nazionale. Per un affresco completo, si legga ancora S. SCHAMA, *Il disagio dell'abbondanza: la cultura olandese dell'epoca d'oro*, Milano 1988, pp. 53-127. Sul mito olandese nella cultura italiana del Settecento, anche BIOCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 383 ss. Mentre sull'importanza della tolleranza religiosa nel passaggio dal medioevo all'età moderna, anche se più specificamente legata ad altre aree geografiche, vd. D. QUAGLIONI, *Religio sola est, in qua libertas domicilium conclavit. Coscienza e potere nella prima età moderna*, in *Religious Obedience and Political Resistance in the Early Modern World: Jewish, Christian and Islamic Philosophers Addressing the Bible*, L. SIMONUTTI (a cura di), Turnhout 2014, pp. 33-51 e ancora, sulla libertà religiosa e la sua storia, ID., «A ciascuno il suo». *Libertà religiosa e sovranità in Francesco Ruffinii*, in *Pólemos* (2007), pp. 33-43.

della questione ‘transattiva’ (*ea in definitione nec sic esse sat rationis...*)⁽¹⁴⁾. Nulla, quindi, impediva di rinverdirla. Una logica esposizione per *genere e differentia*, che tenesse in debito conto una lettura rigorosa del frammento di apertura del titolo dedicato *Alle transazioni* impediva già di per sé una eccessiva semplificazione del tema. Occorreva, quindi, riprendere le fila del discorso teorico non ancora concluso.

⁽¹⁴⁾ G. NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus, Liber singularis*, in *Opera omnia*, To. II, Coloniae Agrippinae, sumptibus Francisci Wilhelmi Josephi Metternich, 1737, Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 427.

Sezione Prima

Autori prohibiti primae classis ⁽¹⁵⁾.

1. «Al geloefte es scout».

La stessa temperie culturale che aveva portato gli umanisti ad indagare la dimensione storica della composizione amichevole della lite anima così non solo le considerazioni d'apertura dell'omonimo *Tractatus de Transactionibus* ⁽¹⁶⁾ di Vinnius, ma anche il Commentario

⁽¹⁵⁾ «[...] si enim isti in Italia non leguntur, leguntur alibi et quidem cum fructu» (A. POSSEVINO, *Bibliotheca Selecta de Ratione Studiorum, ad Disciplinas, et ad Salutem omnium gentium procurandam*, Venetiis, apud Altobellum Salicatum, 1603, To. II, XIII, *De Iurisprudencia*, Cap. XXIII, 160A. Tra la fine del Cinquecento e l'inizio del secolo successivo si formarono aree giuridiche assai distinte in Europa, alla cui realizzazione contribuirono in misura massiccia le divisioni religiose. Questa riscrittura della carta geografica europea condizionò pesantemente il mercato librario e, in definitiva, anche quello del libro giuridico, con notevoli ripercussioni sulle questioni tecniche. Se, infatti, alcuni, più fortunati «potevano leggere (quasi) tutto», per la platea più ampia le restrizioni fra *protestantes* e *pontifici* esistevano eccome (R. SAVELLI, *Il libro giuridico tra mercato, censure e contraffazioni. Su alcune vicende cinque-seicentesche*, in R. BRACCIA, R. FERRANTE, M. FORTUNATI, R. SAVELLI, L. SINISI, *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Milano 2011, pp. 187-305, p. 208). Uno sguardo all'Indice inquisitorio approvato da Paolo IV nel 1559 si può dare on-line: *Index Librorum prohibitorum 1559* pocket facsimile edition (1980). Houghton Library: Harvard University Press. Retrieved July 9, 2008 cfr. <http://www.aloha.net/~mikesch/ILP-1559.htm> (su cui H. BOSMAJIAN, *Burning books*, Jefferson, NC 2005).

⁽¹⁶⁾ Annoverate fra le pubblicazioni 'minori', i *Trattati* ebbero una larga eco all'estero. Distribuiti in un unico volume ed inerenti patti e transazioni, collazioni e giurisdizione furono stampati ad Amsterdam per la prima volta nel 1651 con il titolo di *Tractatus IV academico-forenses*. Mai più riediti in questa veste (esiste la menzione di una ristampa del 1661, ma pare trattarsi di un errore), furono, dapprima, accorpati all'edizione della *Jurisprudentiae contractae sive partitionum iuris civilis*, stampata a Rotterdam nel 1654 (da me consultata, però, nell'edizione di Venezia del 1798). Dieci anni più tardi una nuova edizione venne realizzata unendo ai Trattati anche le *Selectae iuris quaestiones*, sotto il titolo omnicomprendente di *Tractatus*. Un esauriente resoconto con tavole esplicative delle ristampe di Vinnius si legge in FEENSTRA-WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, pp. 33-35 e 112-114. Con alcune imprecisioni sottolineate da Feenstra, un catalogo si ha anche in ROBERTS, *A South African Legal Bibliography*, pp. 315-317. Per l'influenza esercitata dagli esuli ugonotti, in particolare, da Doneau, si veda D. OSLER,

alle Pandette ⁽¹⁷⁾ di Voet ⁽¹⁸⁾ e costituisce l'epicentro problematico dell'*Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus* ⁽¹⁹⁾ di Noodt ⁽²⁰⁾.

Desperately seeking Donellus, in *RJ*, 5 (1986), pp. 58-70 e FEENSTRA, *Legal scholarship and Doctrines of private law*, III, pp. 118 e 122; IV, p. 236. Infine, per la citazione diretta delle fonti cfr. VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 3 e 7, 118.

⁽¹⁷⁾ Pubblicato circa sessantanni dopo il lavoro sulle Istituzioni del Vinnen, il *Commentarius ad Pandectas* di Johannes Voet, edito in due volumi *in folio* tra il 1698 ed il 1704 (FEENSTRA-WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, p. 41, nt. 170), conobbe una grandissima fortuna, numerose ristampe (in Francia, Italia e Germania), svariate traduzioni, un compendio (*Supplementum* - To. III - relativo ai libri I-XI, curato da Johannes van der Linden, e contenente tutti gli apprezzamenti sull'opera da parte della maggiore dottrina settecentesca), tanto da far ottenere a Voet l'appellativo di *novissimus compiler juris romani et practici*, secondo l'opinione di Cornelis van Bynkershoek (*Observationes tumultuariarum*, Harlemi 1926-1962, E.M. MEYERS, A.S. DE BLÉCOURT *et alii* (eds.), To. I, nr. 555, 309). I *Commentarii*, degni di nota per la loro particolare struttura (non considerano, infatti, le singole *leges* dei Digesta, ma si limitano ai titoli, facendo poi seguire all'esame della disciplina romanistica un'approfondita sintesi del diritto moderno), vedono l'allegazione di una ricca galleria di selezionate autorità con l'*Inleidinge* di Grozio al posto d'onore, senza tuttavia tralasciare la *Dutch practice science* (D. OSLER, *A Long and Winding Road...* in *RJ*, 10 (1991), pp. 84-91) rappresentata da Groenewegen, Christianaeus e Neostadius, i predecessori (in particolare Vinnen, van Leuween, ed lo stesso padre dell'Autore, Paulus Voet), oltre ai più grandi umanisti e a qualche esponente della dottrina tradizionale (come Mantica e Menochio). Per notizie circa le traduzioni e la fortunata applicazione dell'opera nell'ordinamento sudafricano, *infra* nt. 72.

⁽¹⁸⁾ Un approfondimento su Voet (tematiche ed opera), si può trovare in A.A. ROBERTS, *A guide to Voet*, Cambridge 1933; FEENSTRA-WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, pp. 69 e ss.; R. FEENSTRA, *Dictata Van Johannes Voet en Gerlach Scheltinga op de Inleidinge Van Hugo de Groot*, in *TR*, 56 (1988), pp. 93 ss.; e, più di recente ancora ID., *De Inleidinge van Hugo De Groot in het juridisch onderwijs van de zeventiende en achttiende eeuw Aanvullingen op een studie over dictata van Johannes Voet en Gerlach Scheltinga*, in *FUNDAMINA*, 16. 1 (2010), *editio specialis LT*, pp. 90-98, spec. pp. 93-95; mentre per la vita si ricordano le voci biografiche di AHSMANN, per *JBL*, p. 656; R. FEENSTRA - M. AHSMANN - T. VEEN, *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Franeker Universiteit tot 1811*, Amsterdam 2003, pp. 988-1014 e di LOPEZ -JACOISTE DIAZ, per *JU*, II, spec. pp. 465-467.

⁽¹⁹⁾ Ancora una volta, un prestito da BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato*, p. 97.

⁽²⁰⁾ NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus* (su cui, più in dettaglio, *infra*, nt. 42), 421-488. L'attenzione al tema è piuttosto forte in questo Autore che si sofferma sulla transazione, oltre che nel testo appena citato, anche nel

Il punto cruciale per tutti costoro è infatti ripartire nella scrittura dell'intricato romanzo della storia transattiva dalla dimensione storica, collocandola nel tempo, in modo da poter distinguere tra passato e presente, fra esigenze di ieri e di oggi, arrivando al compimento della sua parabola definitoria grazie all'affermazione dei nuovi principi del giusnaturalismo: ovverosia dando spazio ad un concetto più che mai legato al cuore della fattispecie in esame, alla sua più intima natura, al motivo principale della sua longevità nel tempo e straordinaria fortuna giuridica, ovvero, alla sua capacità di risolvere i conflitti con la forza del giudicato.

L'interesse per il loro superamento muove, del resto, da sempre i giureconsulti verso lo studio e l'approfondimento di tutti quegli istituti che consentono di evitare l'uso arbitrario della forza per il ripristino coattivo dei propri diritti, e la transazione, in questo senso, è sempre stata un veicolo di pace. Ecco perché, in un Europa appena uscita dalla Guerra dei Trent'anni, divorata dal conflitto religioso, e ricca in abbondanza, ma sull'orlo del primo collasso economico, non poteva che esservi un grande interesse a rilanciarne lo studio e a ristrutturarne la disciplina. Per fare ciò, però, occorreva in qualche modo ripartire dalle due linee narrative parallele che, emerse da tempo, risultavano ancora da definire nei confini con significativi problemi sia di ordine sistematico, sia di ordine logico-linguistico.

Davanti alle cose complesse e alla difficoltà di afferrarle il ricorso ai bipolarismi risulta vincente. La realtà che ci circonda diventa più accessibile se affrontata secondo un metodo binario: la disposizione *ulpiana* non solo non sembrava rispondere ad un particolare rigore (*Ulpiani diligentia*) nel catalogare tutte le più varie tipologie di *transactiones* descritte nel passo introduttivo dell'omonimo titolo dei

Diocletianus et Maximianus, sive De transactione et Pactione Criminum, Liber singularis (sempre in *Opera Omnia*, To. I, Coloniae Agrippinae, sumptibus Francisci Wilhelmi Josephi Metternich, 1737, 235-255), e, infine, nel sintetico commento dell'omonimo titolo del Digesto (*Commentarium in D. Justiniani, libros XXVII Digestorum sive Pandectarum*, Coloniae Agrippinae, sumptibus Joannis Wilhelmi Huisch, 1732, To. I, Comm. ad Tit. XV, *De transactionibus*, 57).

Digesta ⁽²¹⁾, ma nemmeno esprimere un indefettibile riferimento all'*actio* quale presupposto della figura dell'*obligatio transactionis* ⁽²²⁾.

La capillare opera di restauro svolta da Vinnius (*subtilius loqui volumus*) ⁽²³⁾, invece, avrebbe dovuto indagare a fondo il significato dell'esposizione dello scolarca ⁽²⁴⁾. E questo, a prescindere dalle scelte antologiche del *Corpus* giustiniano– peraltro già di per sé significative in chiave ermeneutica – e dalla posizione stessa del *de transactionibus*, ovvero nel titolo IV del libro II del Codice, dedicato alle obbligazioni in generale, anziché in uno a sé stante, descrittivo di specifiche *compositiones* quali formule solutorie della lite. La persistente vitalità della questione, che faceva leva sulla possibile interscambiabilità dell'incertezza con la *lis* quali presupposti essenziali del contratto, induceva a soprassedere su questo problema e a ricercare una lettura unitaria della fattispecie, in vista della specificità della transazione ⁽²⁵⁾

⁽²¹⁾ «atque hinc factum est, ut Latinis, praesertim autem juris nostri auctoribus, verbum *decidere* usurpatum sit pro *transigere* [...] ex quo est litis decisio pro transactione [...] sed non satis subtiliter mea quidem opinione» (VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, nn. 4-5, 118).

⁽²²⁾ Il *vinculum iuris* consegue ad un *necessitate adstringi*, la *obligationum substantia* implica dunque un *obstringi ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. Per la transazione, pertanto, se non si esclude del tutto il *necessitate adstringi*, o comunque, l'*adstringi ad dandum, faciendum, praestandum*, si lascia altresì aperta la possibilità che possa ritenersi, di volta in volta, sussistente un'equivalenza tra l'*obligatio* presidiata dall'azione e l'*obligatio naturalis* (Per tutto cfr. C.A. CANNATA, *Le definizioni*, in *Scritti scelti di diritto romano*, XVI. *Le definizioni romane dell'obligatio*. *Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, Torino 2011, I, pp. 142 e ss.). In definitiva, quella offerta è una prospettiva più scientifica e non disarmonica rispetto alla plurisecolare lettura delle fonti romane (G. FALCONE, 'Obligatio est iuris vinculum', Torino 2003, p. 99 ss.), effettuata con la finalità di dare alla *definitio*, non solo un significato coerente con l'impianto della logica formale, ma altresì di individuare quale sia la rilevanza della *naturalis obligatio*, all'interno del più specifico problema del vincolo obbligatorio.

⁽²³⁾ VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 6, 118.

⁽²⁴⁾ A. S. BRETT, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge 1997.

⁽²⁵⁾ La definizione istituzionale della transazione tratta dai titoli di Codice e *Digesta* ad essa rispettivamente dedicati deponeva per una visione ampia del negozio compositivo, riferibile oltre all'ipotesi di rapporti in contestazione, anche a quella di

con accenti innovativi.

Ma vediamo esattamente cosa cambia secondo questa nuova lettura.

«Si originem et compositionem spectamus» – spiega Vinnius ⁽²⁶⁾ –

rapporti solamente incerti. La l. *qui transigit* (D. 2.15.1) era alla base di questa doppia tradizione testuale, poichè si estrinsecava in una dizione alternativa ricomprendente sia la *res dubia* che la *lis incerta*. In questo contesto dialettico, l'ampiezza dell'*incertitudinis genus*, così come l'inserimento della *res dubia* fra i presupposti essenziali della fattispecie negoziale, si erano rivelati dunque passaggi determinati per la qualificazione contrattuale del negozio, o per la sua ricomprensione all'interno della più vasta e sfuggente categoria dei negozi regolamentari e di accertamento, dividendo, al riguardo, la dottrina nel corso dei secoli. In merito alle posizioni di glossatori, commentatori, epigoni del *mos italicus*, ed esponenti della scuola culta pare utile il rinvio alla prima parte di questa ricerca, ovvero al volume *Transactionis causa*, I, pp. 73-78, già citato più volte.

⁽²⁶⁾ Arnold Vinnen, più conosciuto con la versione latina del suo nome, Vinnius, (1588-1657) «as generally regarded as the first typical exponent of the Dutch School» (FEENSTRA-WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, p. 24 e, più in generale, pp. 24-35, 52-69). Nato a Monster, compì i suoi studi nell'allora ancor giovane ateneo di Leida come allievo di Tuningius, a propria volta già allievo di Doneau. Morto improvvisamente Tuningius, e quindi rimasto scientificamente orfano, Vinnius concluse il suo percorso formativo sotto la guida di Bronchorst, addottorandosi nel 1613. Particolarmente critico verso lo *staff* accademico, accettò l'incarico di Rettore della Scuola latina dell'Aja fino al '33, quando venne richiamato come professore *straordinario* a Leida. Da qui, in breve, grazie anche alla fama conquistata con la pubblicazione della sua *Jurisprudentia contracta* (il cui primo volume apparve nel 1624 ed il secondo nel 1631) passò rapidamente ad *ordinario* nel '36. Particolarmente utile per la risistemazione del diritto romano, la *Jurisprudentia contracta*, per quanto ispirata dai *Commentarii de iure civili* di Donello, rappresenta forse il biglietto da visita di Vinnius nel modo giuridico europeo del XVII secolo. Indubbiamente, però il suo maggior lavoro dev'essere considerato il commentario alle Istituzioni giustiniane (*In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius academicus et forensis*) la cui prima edizione risale al 1642. Feconda di citazioni, quest'opera dimostra, infatti, non solo una conoscenza approfondita degli autori del diritto comune classico e della dottrina umanistica, ma suggerisce anche legami con la giurisprudenza dell'epoca (particolarmente utilizzate risultano le decisioni del Gran Consiglio di Malines, così come inserite e trattate nelle *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* del Christianaeus, per cui *infra*, nt. 80) e con il diritto naturale (la prima edizione dell'*Introduzione alla giurisprudenza olandese* di Grozio è, infatti, del 1631). Nonostante tutto, però, Vinnius ebbe poche soddisfazioni in vita, sia di ordine economico che professionale: morì relativamente presto (62 anni), incapace di pagare, con l'eredità lasciata, i numerosi debiti contratti. Per le fonti bibliografiche, oltre al già

non vi sarebbero elementi particolarmente significativi da segnalare rispetto alle trattazioni già svolte sino al Cinquecento, poichè il termine *transigere*

«idem significat, quod ultra agere, sive transadigere atque traslatum [...] negotium conficere, expedire, finire [...]» ⁽²⁷⁾.

Tuttavia, se l'attenzione si appunta, più correttamente, sull'uso dell'istituto, analizzandolo nella sua veste operativa ed enfatizzandone le antinomie fra diritto romano e norme nazionali (*caeterum in usu iuris*), allora può farsi il luogo ad una lettera diversa che interpreti la *transactio* come «non gratuita rei dubiae decisio facta conventionione partium» ⁽²⁸⁾.

È in questa sede, infatti, che trova adeguato riscontro il peso dell'elemento volitivo (*consensu terminare*) che, al pari della *rei incertitudo* ⁽²⁹⁾ e, soprattutto dell'onerosità ⁽³⁰⁾, gioca un ruolo

citato lavoro di FEENSTRA-WAAL, si vedano anche le voci omonime redatte da A. NÚÑEZ IGLESIAS per *JU*, II, pp. 352-354 e da M. AHSMANN, per *JBL*, pp. 653-654 e P. CAPPELLINI, *Cinque secoli di giurisprudenza tedesca: presenze e assenze*, in *QF*, 13 (1984), pp. 549-559. Per uno sguardo, più generale, si ricordano invece: FEENSTRA-AHSMANN-VEEN, *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Leidse Universiteit tot 1811*; F. RANIERI, *From status to profession. The professionalisation of lawyers as a research field in Modern European legal history*, in *JLH*, 10 (1989), pp. 180-190; P. STEIN, *Roman law in European history*, Cambridge 1999, pp. 97-101; VAN DEN BERGH, *Die Holländische Elegante Schule*, pp. 23 e 151; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, p. 298 e da ultimo, BERSANI, *Nonnulla distinctio*, pp. 33-49.

⁽²⁷⁾ VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 1, 117.

⁽²⁸⁾ Consentendo al giurista di non vacillare più come un cieco «more clausis oculis in eum locum irruisse [...]» (Ivi, n. 3, 118). Il diritto romano da 'usare oggi' rappresenta per Vinnius quasi un *corpus* ideale «cui ricorrere sussidiariamente ove manchino leggi nazionali e consuetudini locali», in altre parole un insieme normativo desumibile dalle fonti che serve per una lettura del diritto odierno. In tema, da ultimo, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011², pp. 88-89.

⁽²⁹⁾ «Discrimen in duobus positum: transactio semper est de re dubia et incerta, nam quod in l. 32 *Codex hoc titulo* dicitur, *de certa re* pactum transactionis interpositum, id non de re indubitata, sed de una aliqua re aut lite, intelligendum est, ut ex ipso contextu patet» (VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 6, 118).

determinante, non solo nel differenziare la transazione da istituti analoghi – *sententia* e *jusiurandum* ⁽³¹⁾ –, ma pure nell’identificarne la sostanza ⁽³²⁾

«[...] quia in jurejurando non intervenit mutua compensatio, quae in transactione desideratur: sed nullo dato vel retento aut promisso procedit» ⁽³³⁾.

Senza dubbio molti sono stati gli errori e i vizi che hanno impedito sino ad allora un’interpretazione coerente e funzionale dell’istituto. Basti solo pensare all’imprudente *definitio* di Wesembeck ⁽³⁴⁾, peraltro fatto oggetto di una grande fortuna editoriale dovuta all’uso del latino da

⁽³⁰⁾ Ma siccome anche una pattuizione su di una questione litigiosa è possibile, Vinnen si affretta ad attribuire a questo requisito il ruolo di *character non perpetuus*, mentre l’onerosità diviene requisito qualificante (*si alicubi pactum*) «dicatur fieri aliquo dato vel retento aut promisso, ibi pactio sive pactum latiore significatione ponitur pro transactione» (*Ibidem*). E ancora «intelligimus transactionem non esse nisi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit auferat, neque rursus totum amittat, se de summa quae petitur deciditur aliquid [...] neque aliud est in proposito est transigere, quam rem dubiam litemve incertam *consensu terminare* [...] quibus verbis transactio distinguitur a sententia et decisione judiciali» (Ivi, n. 2, 117 e n. 3, 118).

⁽³¹⁾ A. VINNEN, *Jurisprudentiae contractae sive partitionum iuris civilis libri quatuor. Varii observationibus ad usum forensem accomodatis illustrati*, Venetiis, ex Typographia Balleoniana, 1798, Lib. IV, Cap. XI, *De transactionibus*, 341).

⁽³²⁾ «transigere est litem dubiam, quae vel fit, vel in futurum metuatur, consensu terminare, dato aliquo, seu promisso, aut retento. Primum docet haec definitio, non de quovis negotio transigere nos posse, sed de re dubia tantum, de qua jam lis fit, aut metuatur futura. Secundo litem inter transigentes terminari consensu; quibus verbis transactio separatur a re judicata, et jurejurando, quod etiam ab invito exigitur» (*Ibidem*).

⁽³³⁾ Ancora VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 2, 117.

⁽³⁴⁾ Secondo Wesembeck era inutile approfondire il ruolo dell’incertezza, ricercandolo nella *lis*, per un rinvio cfr. *Transactionis causa*, p. 93. Sul ruolo del professore fiammingo quale ‘massimo rappresentante dell’indirizzo teorico-pratico’, si veda BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell’Usus modernus Pandectarum*, pp. 146-149, spec. nt. 41. Ma letture contrastate e contestabili erano da attribuire anche a Doneau, Duaren, Kirstner. Cfr. in proposito VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 7, 118, ma anche *Tractatus de pactis*, Cap. VII, *Aliarum gentium et hodie moribus nostris*, n. 6, 23 e *Jurisprudentiae contractae*, II, Cap. V, *De notis et causis obligationum ex contractu*, ‘q’, 109. Sull’atteggiamento ‘ondivago’ di Vinnius, cfr. VAN OVEN, *Le droit romain aux Pays-Bas*, pp. 38-39.

parte dell'autore. Ma quel che importa notare, secondo Vinnius, è il modo confuso e frammentario usato sino ad allora per organizzare la materia, indubbiamente complicata – egli non lo nega certo – ma non per questo da presentare come un ammasso informe, senza preoccuparsi di coglierne la fondamentale unità.

La composizione amichevole delle liti poteva costituire la chiave per forzare l'intero sistema fondato sull'inefficacia del patto ⁽³⁵⁾ e risalire, per suo tramite, alla comprensione ed all'armonia dell'intero ordine negoziale, per cui

«ubi nulla subest causa [...] non potest obligatio civilis constitui, ne ex nudo pacto nascatur actio» ⁽³⁶⁾.

La scoloritura del regime pattizio, di cui l'autore si preoccupava di fornire un panorama più possibile completo dei casi prospettati dalle fonti normative, dalla dottrina e dai *mores*, a tenor dei quali «fere confusa sunt pactionum et transactionum nomina» ⁽³⁷⁾, avrebbe poi fatto il resto.

A differenza infatti che nei territori tedeschi, dove il richiamo alla legislazione sarà una costante, nelle Provincie la nuova disciplina tende ad essere presentata come *usus fori*, come prassi giudiziaria, consolidando un rapporto ormai irrinunciabile fra dottrina e

⁽³⁵⁾ Sul regime causale in particolare in Grozio, cfr. N. BENKE, 'No inefficacy arises merely from the naked promise'. *Bemerkungen zu Consideration und Versprechen in Pillans v. Van Mierop* (1765), in *IC*, 14 (1987), pp. 1-55, spec. pp. 29 e ss.).

⁽³⁶⁾ VINNEN, *Jurisprudentiae contractae*, II, Cap. II, *De obligatione naturali*, 'm', 105.

⁽³⁷⁾ «adheac cum moribus nostris fere confusa sint pactionum et transactionum nomina, ideoque de re certa promiscue et pacisci et transigi soleat: ideo explosa Romani juris scrupolosa subtilitate, secundam hujus paragraphi partem abrogandam censeo» (GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Pars II, *Ad Digesta*, Tit. XV, *De Transactionibus*, l. 7, post § *si fideiussor*, nn. 2-3, 94). Per maggiori dettagli su Simon Groenewegen van der Made (1613-1652), vd. da ultimo M. HEWETT, *Old wine in new bottles or the story of translations of the 'old authorities' produced by South Africans*, in *THRHR*, 61 (1998), 551-563, ora in *Pro Memorie Bijdragen tot de rechts-geschiedenis der Nederlanden* (Pro Memorie. *Contribuire alla storia giuridica dei Paesi Bassi*), 2 (2000) I, 92-108, spec. pp. 101-102.

giurisprudenza ⁽³⁸⁾).

Perfettamente in linea con questo atteggiamento Vinnius ritiene dunque che il giurista non possa fare a meno di essere anche uno storico, perché è su questo terreno che va cercato il connubio fra diritto romano e *jus proprium*. È qui che si devono indicare le linee tematiche emergenti dalla compilazione e legarle ai ‘modelli’ che *in usu utuntur*, visto che è ormai chiaro che patto e contratto non sono diversa *genera transactionis*, ma solo specifici *modi transigendi* ⁽³⁹⁾.

Nessun dubbio, perciò, che, almeno nel migliore allievo di Tuningius, le griglie concettuali ed i segmenti di disciplina siano autenticamente romani. Essi, tuttavia, vengono ora disposti entro impianti più moderni rispetto agli incerti annunci del passato prossimo ed innervati di significati e contenuti inediti tutti protesi a sanzionare il concetto di reciprocità causale nelle obbligazioni corrispettive.

Nei contratti *hinc inde onerosi* – come il nostro – il fine determinatore della volontà non avrebbe mai più dovuto fondersi, nè

⁽³⁸⁾ Nei Paesi Bassi il diritto consuetudinario e locale fu messo per iscritto nei *rechtsbücher*, o libri di diritto. Nei secoli XVII e XVIII parecchi giuristi scrissero commentari, per fare qualche esempio vd. F. VON ZYPE, *Notitia juris belgici. Editio nova tertia parte auctior*, Antverpiae, apud Hieronymum & Ioannem Baptistam Verdussen, 1665; A. ANSELMO, autore del *Codex Belgicus seu jus edictale a principibus Belgarum sancitum ofte de nederlandsche, nieuwe soo gheestelycke, als wereltlycke rechten, ghetrocken uyt de vier placcaet-boecken, tot gendt, ende antwerpen, uytgegeven*, Antwerpen, by Petrus Bellerus, 1649 e, per il settecento inoltrato, G. DE GHEWIET, *Précis de Institutions du droit belgique*, Lille, de l'imprimerie de Charles-Maurice Cramé, 1736. Per tutto, vd. R. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato*, M. ASCHERI (ed. it. a cura di), Bologna 2004, pp. 64-68 e per gli *usus fori*, ID., *Le Droit romain en Belgique*, in IRMAE, pars V, b, Mediolani 1966, p. 59; K. LUIG, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, IC, 1 (1967), pp. 195-222, spec. p. 207, ora in ID., *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht* (Bibliotheca Eruditorum 22), Goldbach 1998, pp. 395-422; J. GILISSEN, *La phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas*, in *Revue d'Histoire du droit*, XVIII 1-3 (1950), pp. 36-67 e 239-290; ID., *Introduction historique au droit*, Bruxelles 1979, pp. 255-256; ID., *La coutume*, Turnhout-Belgium 1982, pp. 13-120, spec. pp. 86 ss.

⁽³⁹⁾ «quae diversa sunt ab ipsa transactione si proprie loqui volumus, nec duplex esse potest genus unius et eiusdem rei» (VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 5, 118).

confondersi con la singola prestazione delle parti ⁽⁴⁰⁾, poiché «al geloeftē es scout» ⁽⁴¹⁾.

Tutte queste considerazioni, originariamente sotto traccia, vengono ripensate e dilatate nell'*Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus* di Noodt ⁽⁴²⁾.

A giudizio del *doctor* di Franeker, sarebbe addirittura stato il confronto fra la *littera florentina* e *holandrina* ⁽⁴³⁾, cui egli ama richiamarsi, a suffragare una nuova lettura della l. *qui transigit*.

Gerard Noodt ⁽⁴⁴⁾, in linea coi tempi suoi, reclama un'unica

⁽⁴⁰⁾ VINNEN, *Jurisprudentiae contractae*, II, Cap. V, *De notis et causis obligationum ex contractu*, 109-110, spec. 's', 109.

⁽⁴¹⁾ «Ogni promessa è debito» in VAN CAENEGEM, *Le droit romain en Belgique*.

⁽⁴²⁾ Scritto negli anni della maturità (1713-1724), il commento *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus liber singularis*, rappresenta una sorta di monografia, forse fra le migliori a giudizio di G.C.J.J VAN DEN BERGH (*The life and the work of Gerard Noodt (1647-1725). Dutch legal scholarship between humanism and enlightenment*, Oxford 1988, pp. 255-262) all'interno della collezione delle sue opere complete. Lungamente meditato, come dimostra una conversazione con Van Bijnkershoeck risalente già al 1701, il testo vide effettivamente la luce solo dieci anni più tardi, nel 1710, per essere poi definitivamente pubblicato nell'*Opera omnia* nel '13. Condotta in ordine sistematico, la trattazione, svolta attraverso un'accurata palinogenesi delle fonti, ebbe ampia considerazione nei secoli seguenti, tanto da essere citata nelle corti fiamminghe ancora all'inizio del XX secolo.

⁽⁴³⁾ NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus*, Cap. III, 427a. L'opera critica delle fonti del *corpus iuris* di Gregor Haloander (1501-1531), era stata interrotta dalla prematura dipartita dell'autore. Per maggiori dettagli soprattutto per la sua influenza sulla giurisprudenza del secolo XVI-XVII, cfr. MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, p. 236, nt. 35.

⁽⁴⁴⁾ Così lo definisce Schulting (A. SCHULTING, *Iurisprudentia vetus Antelustiniana ex recensione et cum notis...editio nova collata cum codicibus antiquissimo wurceburgensi et gothano*, Lipsiae, ex officina Weidmanniana, 1737, Tit. I, *De pactis et conventionibus*, n. 2, 218). Gerard Noodt (1647-1725). Nato a Nijmegen da una famiglia appartenente alla lobby mercantile, approcciò la filosofia e la matematica, prima di dedicarsi al diritto. Laureatosi a Franeker nel 1669, esercitò per un paio di anni come avvocato, per poi accettare la cattedra dell'ateneo locale. Di lì, in poco tempo passò attraverso i più importanti centri universitari delle Provincie Unite: nel 1679 a Franeker, nel 1684 a Utrecht e, finalmente, nel 1686, a Leida dove rimase sino alla morte. Particolarmente esperto di diritto romano, cui riteneva ci si dovesse riferire per mezzo di una lettura filologica completa, che tenesse conto delle fonti greche, così come degli errori di scrittura, delle abbreviazioni mal poste, e, persino, dei pentimenti dei copisti,

methodus per l'approccio alle fonti ⁽⁴⁵⁾ ritenendo che la conoscenza abbia sì un valore strategico, ma se fine a se stessa, non produca grossi vantaggi,

«volente utilitate tuendae pacis utcumque servari pacta conventa quibus lis sine dolo malo finiatur» ⁽⁴⁶⁾.

In un gioco sottile di avversative, la disamina di tutti gli assunti affastellatisi in materia compositiva, diviene nelle pagine dell'*Ad Edictum Praetoris* impietoso specchio del generale disordine imperante nella giurisprudenza medievale. Pesanti interrogativi metodologici sull'estensione della portata dei presupposti funzionali della transazione

ritenne opportuno inserire il diritto naturale nei piani di studio. Per un resoconto completo si ricordano i lavori di VAN DEN BERGH, a partire da *The life and the work of Gerard Noodt*, ID., *Die Holländische Elegante Schule*, pp. 198 ss. e, da ultimo, la voce per JU, II, pp. 467-471. Sempre di taglio biografico sono la voce di M. AHSMANN, *Noodt Gerard*, per JBL, pp. 471-472 e le pagine di FEENSTRA, *Les juristes de l'ancienne université de Franeker et leurs recueils de disputationes*, pp. 605, 607 e 624, oltre al manuale di PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, p. 298. Un catalogo completo delle opere si legge, invece, in *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Leidse Universiteit tot 1811*.

⁽⁴⁵⁾ Se nella giurisprudenza umanistica del Cinquecento la *scientia iuris* era un insieme di *ars* e *doctrina*, protesa all'edificazione di un *systema* che, in polemica con i vetusti criteri di insegnamento, voleva modificare l'impianto degli studi e le loro relazioni reciproche, la *methodus* pandettistica (O. RITSCHL, *System und systematische methode in der Geschichte des Wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und der Philosophischen Methodologie*, Bonn 1906), incoraggiata da un'editoria in piena espansione, rispondeva ad una massiccia richiesta di apertura della *scientia iuris* verso i processi di assestamento della società e delle sue istituzioni, con particolare attenzione agli interessi ed alle problematiche degli stati territoriali in rapporto con la tradizione romanistica e con il sistema imperiale. In questo contesto ideologico «the name of *methodus Noodtiana* for the current in legal studies naturally highlights Noodt's fame in the late eighteenth century. The elements enumerated are: *Ars critica*; Explanation of *loci difficiliores* [...] tackled with philological methods; *Successus juris*; *Jus patrium*. And this element [...] is characteristic of Noodt's method» (VAN DEN BERGH, *The life and the work of Gerard Noodt (1647-1725)*, pp. 133-138, spec. pp. 134-135).

⁽⁴⁶⁾ «non datur aut promittitur sine causa» (NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus*, Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 429).

in vista della tutela dell'utilità comune ⁽⁴⁷⁾ denunciano la necessità – almeno per Noodt – di metterne a nudo *unius et eiusdem rei* al di là dei diversi modi legittimamente previsti per la conclusione della fattispecie compositiva e al di là dei contenuti oggettivamente inseribili in ogni singolo e specifico accordo pacificatorio.

E se il suo giudizio si accoda a quelli in gran parte correnti, l'autore conferisce alla problematica una curvatura inusuale. Trasforma, cioè, il vasto retroterra culturale degli umanisti in un arsenale di argomenti utili a rivedere il significato della lezione greca e approfondisce criticamente il valore della replicazione del *transigit*, crocevia obbligato per chi, alla ricerca di una definizione dell'istituto, avesse voluto, ancora una volta, trarla dalla coppia di frammenti D. 2.15.1 e C. 2.4.38 ⁽⁴⁸⁾.

«Transactio est rei dubiae decisio: pactum autem debiti certi et indubitati remissio. qui enim transigit, quasi de re dubia, et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit» ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ «Conjectures not based on manuscript authority are also found in Noodt's work and although on this respect he was no exception among his contemporaries, they will have been at least part of the reason for criticizing him as *criticus aliquando audacior* (at that time rather bold critic)» (VAN DEN BERGH, *The life and the work of Gerard Noodt (1647-1725)*, pp. 118-124 e, per la citazione, p. 118).

⁽⁴⁸⁾ La puntigliosità di Noodt è straordinaria. Non si accontenta, infatti, di riferirsi ai *verba* Ulpiani, ma ricorre in egual misura alla lezione *florentina* del Torelli (1533) e all'edizione completa delle fonti giustinianee dell'Haloander composta tra il 1529 ed il '31 (cfr. H.E. TROJE, voce *Gregor Haloander*, in *JU*, II, pp. 177-180), senza nemmeno scordare un'incursione nei *Basilici*, pubblicati peraltro in latino dal Fabrot proprio l'anno della sua nascita. Per tutto, cfr. (NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus*, Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 427). La traduzione latina del passaggio 'incriminato' (Bas. 11.2.1) si legge in C.G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, Lipsia 1833 (rist. digitale 2002, M.A. FINO, a cura di), To. I, *De transactione et errore calculi et de alimentis*, XI, Tit. II, l. I., 665, ma per un controllo si può vedere anche C.A. FABROT (Τὸν Βασιλικὸν βιβλία, in *VII tomos divisi*, To. I, Parisiis, Sebastiani Cramoisy Architypographi regis et reginae regentis et Gabrielis Cramoisy, 1647, *De transactione et errore calculi*, 770).

⁽⁴⁹⁾ NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus*, Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 427.

Solamente giovandosi dell'uso alternativo dell'interpunzione – cioè dopo *paciscitur* ⁽⁵⁰⁾ o, piuttosto, dopo *donationis causa*, secondo l'incontrastata lezione di Duaren ⁽⁵¹⁾ – si sarebbe potuta catalogare la nostra *conventio* penetrando il vero significato dei passi ulpiane ⁽⁵²⁾. Lo

⁽⁵⁰⁾ «ita Florentiae interpungit Taurellius, etiam Haloander, nec aliter legisse videntur Graeci *Basilicorum libri XI, tit. 2., tom. 1., p. 770* si vere [...] non inspicior vitio humanae memoriae aliquando idem esse bis scriptum [...] at in proposito religio mihi est, adspernari Duareni interpunctionem» (*Ibidem*).

⁽⁵¹⁾ «ut tamen ei constaret ratio, subiit Franciscum Duarenum» (*Ibidem*). Riportiamo per comodità la lettura cinquecentesca del passo, ove Duaren spiega: «his verbis docet Iurisconsultus, quod ante dictum est, ex conventione, quae nomen non habet, actionem non nasci: id accipiendum esse, cum simplex est, et nuda conventio. Nam si praeter conventionem res quoque data sit, qui accepit, ad prestandum quod promiserat, jure civili tenetur. Itaque adversus eum datur civilis actio. Cum autem ipsa conventio nomine careat, nec actio quidem ex ea competens ullo proprio nomine vocabitur: atque ideo non poterit actor ita experiri, ut certam se actionem instituere dicat [...] sed verbis praescriptis res gesta demonstrabitur ab eo» e chiarisce le motivazioni che giustificano una differenziazione di trattamenti processuali, riportandosi all'Alciato: «Ecce cum facio ut des, veluti manumitto Stichum, ut mihi det Pamphilum: nullam actionem civilem competere generaliter ait, existimantis actionem praescriptis verbis, quae civilis est, ei manumisit, adversus eum, qui postea servum evictum tradidit, ideoque non dedisse intelligitur, sufficere. Huius nodi dissolvendi gratia [...] Alciatus novissime censuit. Sententia igitur Alciati est [...] in iis demum conventionibus actionem praescriptis verbis locum habere, in quibus praeter verba contractus, mutuum factum utriusque contrahentium intervenit: quod συνάλλαγμα vocari affirmat» (F. DUAREN, *Opera Omnia*, Lucae, Typis Josephi Rocchii, 1765, To. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Cap. VIII, 306 e, per un'esegesi testuale più profonda: *De pactis*, Cap. VII, *Ulpianus IV ad Edictum*, 95 e 97). Di recente dai romanisti, e nonostante i numerosi attacchi, è ritenuto genuino, fra gli altri: R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995, L. VACCA (a cura di), Torino 1997, pp. 131-144, spec. pp. 133-138 e T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, pp. 70-77. Infine, per una rassegna delle traduzioni esistenti, vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis, Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, spec. pp. 104-111.

⁽⁵²⁾ Una 'vecchia' quanto irrisolta questione. Nella prima ipotesi, infatti, la contrapposizione fra *pacisci* e *transigere* si andava a collocare sull'irriducibile differenza dell'oggetto – rispettivamente la *res certa et indubitata* contro la *res dubia*, e/o la *lis incerta neque finita* –. Nell'altra, all'opposto, la differenza avrebbe quasi esclusivamente insistito sulla gratuità dell'attività del *pacere*, in rapporto alla necessaria onerosità del *transigere*. Sulle incertezze del frammento cfr. M.E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936, p. 12. Per la *calliditas stilistica* si veda,

stesso a dirsi per l'uso degli apici utilizzati in occasione dell'epifora (*transigit*)⁽⁵³⁾.

Che dire allora? La tecnica utilizzata da Ulpiano denotava una reale incapacità diaretica o, piuttosto, una sottile tecnica espositiva?

Per salvare la *calliditas* del giurista severiano' Noodt («mihi hoc sit probabile in his fragmentis»), propone di leggere nel passo l'uso di una litote («utitur figura quae 'litotes' vocatur») (54), con la quale lo scolarca *minus dicitur, et plus significatur* (55).

Il continuo prodursi di nuove situazioni che richiedono un certo adattamento giurisprudenziale alle norme secondo tempo, luogo, natura del negozio, qualità dell'oggetto e delle persone influenza anche la nozione di *transactio* che, quindi, deve essere ricavata dalla concatenazione divisoria originata dal *genus* di partenza – sicuramente il

invece, G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere, contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, p. 277, da cui l'espressione. Infine, per un resoconto aggiornato cfr. M.A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004, pp. 38-40. Per un maggiore chiarimento, vd. *Infra* nt. seguente.

(53) I punti controversi erano fondamentalmente due ed inerivano 'quasi de re dubia et lite incerta neque finita' *transigit* (Justiniani Augusti Pandectarum. Codex Florentinus A. CORBINO – B. SANTALUCIA [curr.], I, Firenze 1988, I, 52v) che, lasciando fuori dall'inciso la reiterazione del verbo *transigit*, avrebbe causato forte incertezza circa il suo valore, e l'incomprensibile uso della punteggiatura. L'imbarazzante iterazione del *transigit* nel corso del tempo aveva infatti condotto a letture diverse della fattispecie. La prima, legata psicologicamente al dubbio circa la *res* o la *lis*; un'altra, maggioritaria, proposta dalla Glossa e seguita da Duaren, tesa invece a sottolineare le differenze dei negozi contrapposti (*pacisci-transigere*), sia in ordine all'oggetto che, soprattutto, alla gratuità ed onerosità del trasferimento, e quindi al titolo. Qualunque delle ipotesi avanzate poteva, in realtà, essere plausibile; e, almeno in parte era stata seguita, ma non aveva comunque fatto venir meno il dato fondamentale, ovvero, la duplicazione dei lemmi del testo che, a tutt'oggi era, e resta, oscura, avvallando il continuo ricorso ad ipotesi congetturali. Anche Pothier, commentando l'andamento dell'esposizione ulpiana avrà infatti modo di commentare la lettura di Duaren («ex Duareni auctoritate virgulam posui post haec verba *Donationis causa*, quae vulgo his praeponitur», *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*, To. I, Lib. II, Tit. XV, Sec. I, Art. I, 122, nt. 1), ritendendo inscioglibile il nodo interpretativo.

(54) NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus*, Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 428.

(55) *Ibidem*.

pactum – basandosi dapprima sull'esplicitazione di differenti proprietà di questo (plurilateralità e consensualità), per poi giungere ad identificare unicamente quelle adattabili all'oggetto della ricerca, ovvero alla *transactio* stessa (onerosità) ⁽⁵⁶⁾. È chiaro che ciò apre la discussione anche sui limiti entro cui riconoscere validità al patto e, quindi, all'articolazione dell'intero principio.

«Nam pactus est genus; cuius duae sunt partes [...] transactio est pactio rei dubiae aut litis incertae non gratuita, alias decisio aut compositio» ⁽⁵⁷⁾.

Ma il campo per la discussione è più libero di un tempo.

Diminuita la distanza storica tra *ius civile* e *mores* ⁽⁵⁸⁾, la paziente e fiduciosa costruzione di un *systema* coerente ed organico nel difficile e drammatico transito tra categorie giuridiche consolidate – come il distinguo fra contratti nominati e non – e nuove concezioni – che appiattiscono persino la storica partizione fra *contractus* e *pacta* – contesta l'identificazione della 'prestazione' materiale con la causa contrattuale. Quello che si cerca, infatti, è l'utilità ritraibile dalla composizione.

Nel Seicento, non solo il diritto principesco, ma in generale lo stesso diritto statutario e consuetudinario, è oggetto di

⁽⁵⁶⁾ Perché, in fondo, di questo si trattava, di un *pactum transactionis causa factum* e non più di sterili riconduzioni da genere a specie.

⁽⁵⁷⁾ «Una est pactum in specie, altera transactio. Pactum est rei certae liberalis remissio [...] transactio est pactio rei dubiae aut litis incertae non gratuita, alias decisio aut compositio appellatur» (NOODT, *Commentarium in D. Justiniani, libros XXVII Digestorum sive Pandectarum, ad Tit. XV, De transactionibus*, 57) e ancora «Pretor enim, cum ait, *Pacta conventa servabo*, non fuit contentus divisione taciti et expressi pacti quam exposui: sed sub his verbis adhuc duas alias comprehendit formas: una est in specie pactum et conventum: altera transactio vocatur» (NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus*, Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 427).

⁽⁵⁸⁾ Sul punto, comunque, L.T. MAES, *Resum de la historia del derecho en los antiguos Países Bajos españoles*, in *AHDE*, XXIV (1954), pp. 7-55; F. CARPINTERO, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vasquez de Menchaca*, Salamanca 1977 e BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato*, pp. 145-146.

un'interpretazione estensiva, che ne amplia il campo di applicazione, in relazione alle esigenze del momento. In questo modo al diritto romano resta il ruolo di *ratio scripta* da cui ritrarre la disciplina di carattere generale degli istituti, secondo la via già tracciata dalla scuola culta che le successive correnti giusnaturalistiche battono ulteriormente ⁽⁵⁹⁾.

Del resto, proprio in sede di commento al *De pactis*, anche Voet, cui era stata già dal 1688 attribuita la *professio praxis* ⁽⁶⁰⁾, si era

⁽⁵⁹⁾ La ricerca dei fondamenti giusnaturalistici del diritto e la conseguente trasformazione del diritto romano in 'naturale' appare collegato alle istanze antimperiali del Seicento tipico della dottrina coeva o successiva alla guerra dei Trent'anni. E. MOLITOR, *Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano 1954, pp. 357-373, spec. p. 361.

⁽⁶⁰⁾ Johannes Voet (1647-1713) figlio del già noto professore di diritto internazionale Paul, studiò a Utrecht, città natale, per addottorarsi poi in Francia. Ottenuta la cattedra a Herborn, piccola città protestante della contea di Nassau, tornò nuovamente a Utrecht nel 1674, per arrivare finalmente a Leida come professore di diritto civile e diritto romano (vd. AHSMANN, *Teaching the Ius Hodiernum*, p. 427 per la citazione e, da ultimo, HAMZA, *Römisch-Holländisches Recht*, pp. 23-33). Particolarmente influenzato dall'opera di Grozio di cui prese la cattedra, Voet deve la sua fortuna in special modo ai *Commentarius ad Pandectas* pubblicati fra il 1698 ed il 1704 e che rimangono l'opera più rappresentativa dell'Autore. Tradotti, infatti, sia in francese (*Table des commentaires de J. Voet sur les Pandectes, analysés dans leurs rapports avec chacun des articles des cinq codes français*, Bruxelles, Librairie Polytechnique, Gérant A. Decq., 1841), che, in inglese (*The Selective Voet being the Commentary on the Pandects [Paris edition 1829] by Johannes Voet and the Supplement to that work by Johannes van der Linden*, Durban 1955) da Percival Gane (1874-1963), giudice della Suprema Corte del Sud Africa, ebbero una forte influenza sul *common law* sudafricano. In particolare, elevati al rango di fonte del diritto contemporaneo, conservano a tutt'oggi, grande autorevolezza [A. DOMANSKI, *Fundamental principles of law and justice in the opening title of Johannes Voet's Commentarius ad Pandectas*, in *FUNDAMINA*, 19.2 (2013) e H.J. ERASMUS, *Natural law: Voet's criticism of De Groot*, sempre in *FUNDAMINA*, 22.1 (2016)]. Tra gli altri suoi scritti, meritano una menzione, il *De iure militari* (Ultrajecti, ex officina Antonii Smytegelt, 1670), il *De familia erciscunda* (Ultrajecti, apud Johannem Ribbium, 1672), oltre ai due 'manuali' per studenti *Compendium juris juxta seriem pandectarum* (Lovanii, Typis Martini van Overbeke, 1736) e gli *Elementa juris secundum ordinem insitutionum Justiniani in usum domesticæ exercitationis digesta* (Lugduni Batavorum, apud Henricum Teering, 1700).

affrettato a sgombrare il campo da spiacevoli equivoci, chiarendo ⁽⁶¹⁾, come l'«an autem factum an contractus sit initus» non dipendesse tanto dalle parole o dalle formule utilizzate per la conclusione del negozio, bensì dalla reale intenzione dei *contraendi* ⁽⁶²⁾, dal momento che *hodie*

«ex pactis nudis, serio ac deliberato animo interpositis, aequae ac ex contractibus, actionem nasci» ⁽⁶³⁾.

Analoghi riferimenti sono leggibili in Frisia nella dissertazione di Huber ⁽⁶⁴⁾, *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk*, tradotto come *The Jurisprudence of my time as prevailing in Friesland and elsewhere* ⁽⁶⁵⁾.

Un prodotto nuovo, scaturito sì dalla recezione del diritto romano nella prassi, ma aperto ad importanti legami con le Province Unite ed ai

⁽⁶¹⁾ VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 9, 94 e Tit. XV, *De Transactionibus*, nn. 3-4, 99-100.

⁽⁶²⁾ «potius ex mente convenientium colligendum est» (Ivi, Tit. XIV, *De pactis*, n. 1, 92).

⁽⁶³⁾ «ex qua promissione tanquam nudo pacto, ut certum est jure Romano agi non potuisse, ita quoque non ambigendum, quin hodie aequae inde, ac ex stipulatu, actio recte intentetur» (Ivi, n. 9, 94).

⁽⁶⁴⁾ Un quadro non molto diverso da quello olandese, è offerto, per la Frisia, da Hulrich Huber (1636-1694), docente di Fraeneker, allievo di Wissembach (*Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Franeker Universiteit tot 1811*, pp. 47-98), giudice provinciale e autore, nel 1686, della *Giurisprudenza contemporanea in uso tanto in Frisia che altrove*, cui si affiancano le *Institutiones iuris Frisci* del 1682, e i più articolati *Praelectionum juris civilis tomi tres* (1678-1690), più volte riediti. Per ulteriori riferimenti, cfr. T. VEEN, *Recht en nut: studien over en naar aanleiding van Ulrick Huber (1636-1694)*, Zwolle 1976; ID., *Interpretations of Inst. 1.2.6, D. 1.4.1. and D. 1.3.31: Huber's Historical, Juridical and Political-Theoretical reflections on the lex regia*, in *TR*, 53 (1985), pp. 357-377; R. ZIMMERMANN, *Römisch-holländische Recht – ein Überblick*, in FEENSTRA- ZIMMERMANN (hrsg.), *Das römisch-holländische Recht Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, pp. 9-58, spec. pp. 36 e ss.; ; VAN DEN BERGH, *Die Holländische Elegante Schule*, pp. 184 ss.; J. H. A. LOKIN- F. BRANDSMA- C. J. H. JANSEN, *Roman-Frisian law of the 17th and 18th century*, Berlin 2003, spec. pp. 18-23 e 198-199, oltre alle sintesi biografiche di R. FEENSTRA, per *JBL*, pp. 310-311 e di M. B. SAGGESE, per *JU*, pp. 444-446.

⁽⁶⁵⁾ A. P. GANE si deve la traduzione della quinta edizione del *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* pubblicato ad Amsterdam nel 1768 con le addizioni di Zacharias Huber.

loro bisogni economici e commerciali per i quali era fondamentale che:

«ex omni promissione facta, cum clara significatione voluntatis de jure proprio in alterum conferendo, ex ratione juris, nasci vim obligandi» ⁽⁶⁶⁾.

Più specificamente, ed in merito all'oggetto della transazione, pare di tutta evidenza che «de rebus certis non recte transigitur». Così come era sempre stato chiaro che il dubbio, nella maggioranza dei casi, fosse associato all'idea del conflitto ed all'imperscrutabilità degli esiti della sua definizione – «sive ex dubia incertaque litis motae aut movendae victoria» – ⁽⁶⁷⁾. Ma il fulcro di tutta l'impalcatura negoziale doveva per forza ruotare intorno ad un altro cardine: intorno a colui *qui transigit*, colui, cioè, che compie l'azione qualificante. In altre parole, colui che agisce per far valere le proprie ragioni non chi, invece, sia stato chiamato coattivamente a difenderle.

È, infatti, all'attore che spetta la decisione di prevenire o chiudere anticipatamente la lite, poiché

«effectus transactionis est, quod litem dirimat, habeat vim rei iudicatae ac jusiurandi inter transigentes» ⁽⁶⁸⁾.

Una valutazione questa non certo di sapore antiquario, fatta per riallacciare il legame con le riflessioni proposte da Glossatori e Commentatori, da sempre assertori di una *transactio* solo *ex parte*

⁽⁶⁶⁾ Egli spiega, infatti, che: «mores hujus seculi ad simplicitatem memoratam juris gentium redierunt, adeoque pacta et stipulationes tam quod ad verba, quam quod ad effectus reales attinet, per omnia conveniunt [...] quod ad usum conferri miscerique licet ac oportet» (H. HUBER, *Praelectionum Juris Civilis tomi tres*, Neapoli, expensis Iosephi et Ioannis Roland fratrum, 1784, III, Tit. XVI, *De verborum obligationibus*, n. 2, 294 e, per la citazione ivi (a), 293).

⁽⁶⁷⁾ VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I (*supra* nt. 60), II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 10, 94-95. Lo stesso chiarimento si legge nel commento al titolo *De Transactionibus*: «de rebus dubiis, id est, de quibus jus est dubium, dubiusque eventus; sive ex incerto conditionis etiamnum pendens, licet tunc nulla lis sit, aut metuatur [...] sive ex dubia incertaque litis motae aut movendae victoria [...] De rebus certis non recte transigitur» (Ivi, Tit. XV, nn. 10-11, 101).

⁽⁶⁸⁾ Ivi, n. 21, 109.

actoris ⁽⁶⁹⁾).

Sarebbe, infatti, paradossale fermarsi solo ad esiti così scontati, in un impianto logico deduttivo, ancora tanto condizionato dalla conflittualità religiosa, che leggeva nello stare ai patti (*stare pactis = al geloeftes es scout*) ⁽⁷⁰⁾ il nucleo originario e la fonte di legittimazione della società di diritto ⁽⁷¹⁾ e, nella ‘conclusione definitiva della lite’, la causa della transazione.

Al contrario, volendo vedere al di là di quanto le etichette siano disposte a concedere, quello che il Roman-Dutch Law ⁽⁷²⁾ tende a

⁽⁶⁹⁾ Ancora un rinvio a *Transactionis causa*, I, pp. 111 e ss. e nt. 129, pp. 170-171.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *supra* nt. 41.

⁽⁷¹⁾ La forza del diritto consiste ancora nel peso apodittico dell’antichità che lo sostiene. Le cattedre di Pandette, nate un po’ ovunque nella seconda metà del XVI secolo su impulso delle *nationes* germaniche per ‘ritrovare’ il testo (si vedano gli esempi eclatanti di Muret retore francese approdato a Roma (E. CONTE, *Umanisti e "bartolisti" tra i colleghi romani di Marc Antoine Muret*, in *Miscellanea Domenico Maffei* dicata, Goldbach 1995, III, pp. 493-512, già in *RIDC*, 4 (1993), pp. 171-190), di Matteazzi e Attelio a Padova, del giovanissimo Alessandro Maggi a Bologna e di Accarigi a Siena), tentano di riannodare i fili dell’antica disciplina ai *mores*, ma è nel Seicento che diviene più netto il ripiegamento sia verso la localizzazione del diritto che verso la sua ‘pragmatizzazione’ «in vista della formazione di uno *ius novum*, improntato ai *mores* nazionali divergenti dal *ius civile*» (BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell’Usus modernus Pandectarum*, p. 152).

⁽⁷²⁾ L’espressione *Roman-Dutch Law* fu coniata da Simon van Leuween e dallo stesso utilizzata come sottotitolo dei *Paratitla Juris Novissimi*, pubblicati a Leida nel 1652. Successivamente ripresa, divenne questa volta il titolo della sua opera più grande e meglio conosciuta, ovvero: *Roomsch Hollandsch Recht* (stampata nel 1664, tradotta come *Commentaries on the Roman-Dutch law*, by C. ISAAKSZON, London 1820, e da me consultata in questa versione). Riedita nell’edizione sudafricana (London 1881-1886¹) da Sir J.G. KOTZE, barrister dell’Inner Temple, avvocato della Suprema Corte del Capo di Buona Speranza e ministro di giustizia del Transvaal, che lavorò sulla dodicesima edizione di Amsterdam del 1780 con le note di C.V. Decker è stata di recente ridistribuita in paperback (J.G. KOTZE, *Simon van Leeuwen's Commentaries on Roman-Dutch law /revised and edited with notes in two volumes*, Nabu press 2010). Volta ad indicare «the system of law thus described is that which obtained in the Province of Holland from the middle of the fifteenth to the early years of the nineteenth century», *the Roman-Dutch Law* si apre comunque a più letture «firstly it is used to denote the legal system in the province of Holland, in which Roman Law was accepted through custom as supplementary law, where statutory law and customary law were silent. The second meaning refers to the South African common law». La *common law*

portare in luce era un legame più solido tra autenticità storica e valore precettivo del costruito ulpiano: una *interpretatio stricta* scientificamente elaborata per non eccedere i limiti e snaturare la causa transattiva («sic non excedat negotia ac causas») ⁽⁷³⁾.

Affiora l'irrelevanza, o meglio la scarsa considerazione attribuita al tenore letterale di un frammento che, fra le poche certezze, indicava quale scopo primario del transigente il timore di un futuro incerto («qui

sudafricana vede, infatti, alla propria base due diversi filoni di fonti in uso in *the East and West Indies*: ovvero il *Trattato di Pratica giudiziaria* di J. VAN DER LINDEN (*Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans handboek: ten dienste avn regters, practizijns, kooplieden en allen, die een algemeen overzicht van regtskennis verlangen*, Amsterdam 1806, translated by Sir H. JUTA as *Institutes of Holland: or manual of law, Practice and Mercantile Law, for the use of judges, lawyers, merchants, and all who wish to have a general view of the law*, Cape Town, Port Elizabeth, Johannesburg 1897, e da me in questa veste consultato, spec. Lib. I, Cap. XIV, Sec. I, 101-102), la traduzione di Maasdorp de' H. DE GROOT [*Introduction to Dutch Jurisprudence*, mentre per l'edizione olandese vd. *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver en met verwijzingen naar zijn andere geschriften uitgegeven en van aantekeningen voorzien) door F. DOVRING, H.F.W.D. FISCHER & E.M. MEIJERS, (Leiden, 1965²)] e una selezione dei passi dottrinali (specialmente di Voet, Van Leuween e Groenewegen). Per uno sguardo a tutto tondo sulla derivazione del diritto sudafricano da quello romano-olandese e sulle origini di quest'ultimo, soprattutto grazie all'influenza del Gran Concilio di Malines (*De Groote Raad*), si veda R. W. LEE, *Law and legislation in the union of South Africa*, in *YLJ*, 32 (1923), pp. 224-232; ID., *Roman-Dutch Law in South Africa*, in *L. Q. Rev.*, 40 (1924), pp. 61 e ss. e, ancora; ID., *An Introduction to Roman-Dutch law*, Oxford 1946⁴, spec. pp. 2-25 e 210-349, da cui la prima citazione; VAN WARMELO P., *Roman Law and the old authorities on roman-dutch law*, in *Acta Juridica*, 1961, pp. 38-57; P. THOMAS, *Usus Modernus Pandectarum a spurious transaplant*, in *RIDA*, XLVII (2000), pp. 483-496, spec. p. 483, da cui la seconda citazione; I. FARLAM, *The old authorities in South African Practice*, in *TR*, 75 (2007), pp. 399-408; H.R. HANLO— E. KAHN, *The South African legal System and its Background*, Cape Town 1973 ed, infine, ancora P. THOMAS, *The application of Roman law in Modern South Africa Law*, in *TSDP*, III (2010), pp.1-32. Da ultimo, F. DU TOIT, *Roman-Dutch law in modern South African succession law*, in *Ars Aequi*, (2014), pp. 278-285. Sul ruolo di VAN DER LINDEN nella formazione di un diritto olandese-sudafricano, cfr. T. WALLINGA, *Johannes van der Linden and his draft code for Holland*, in *FUNDAMINA*, 16. 1 (2010), pp. 563-577. Per le traduzioni, invece, utile richiamo va a HEWETT, *Old wine in new bottles or the story of translations of the 'old authorities' produced by South Africans*, passim, qui più volte richiamato.

⁽⁷³⁾ VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, 109.

transigit sibi enim cavet») ⁽⁷⁴⁾, contrapponendovi il valore tombale del giudicato ⁽⁷⁵⁾.

Il che è fondamentale per comprendere come la causa finale si spingesse ben oltre il reciproco corrispettivo delle parti, anche perché il titolare della pretesa ed il suo contestatore non potevano collocarsi sullo stesso piano, nemmeno per soddisfare quella corrispettività materiale necessaria – a parere di Connan – perché si potesse veramente ravvisare il sinallagma ⁽⁷⁶⁾.

Il fatto che la *transactio* non si facesse – né mai si fosse fatta – gratuitamente ⁽⁷⁷⁾, non era più il perno della discussione, come invece

⁽⁷⁴⁾ NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus*, Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 428. Le stesse parole le leggiamo in Vinnius: «hinc jam intelligimus transactionem non esse nisi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit, auferat; neque rursus totum amittat, sed de summa quae petitur deceditur aliquid, et quasi decerpitur, quod detur actori, ut quod superest, apud eum relinquatur» (VINNEN, *Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 3, 118).

⁽⁷⁵⁾ Ancora VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, 109.

⁽⁷⁶⁾ Molto chiara, anche se non da tutti apprezzata, era stata, del resto, l'interpretazione del grande funzionario francese offerta e sposata da Wesembeck: «Connanus putat totam hanc rem pendere a ratione 'συναλλάγματος': ut quibus in contractibus insit συναλλάγμα et rerum commutatio, in his propter utilitatem commerciorum, civilis oriatur obligatio: in reliquis in quibus desit συναλλάγμα, nequaquam» (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Libros VIII Commentarij: olim Paratitla dicti*, Coloniae Agrippinae, sumptibus Antonij Hierati, 1612, Lib. II, Tit. XIV *De pactis*, n. 9, 129E). Per un più specifico riferimento a Connan, cfr. *Transactionis causa*, I, pp. 186-194. Sulla contestazione della toerica di Connan da parte dello *Ius hollandicum*, in particolare da Grozio che criticò fortemente la ricostruzione del Ministro francese vd.: U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a general law of contract*, pp. 228 e ss.; ID., *Attività giuridica moderna e contemporanea*, pp. 164-166. Una traduzione del passo di U. GROZIO, in *Il diritto della guerra e della pace Prolegomeni e libro primo*, F. ARICI e F. TODESCAN (a cura di), G. FASSÒ (introduzione di), Padova 2010, 14-15. Per un commento, laddove parla di *parilitas* a proposito della assimilazione delle due categorie contrattuali. Cfr. P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema contrattuale verso la European private law*, in *Il contratto*, P. FAVA (a cura di), Milano 2012, pp. 1-230, spec. 65.

⁽⁷⁷⁾ VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 1, 99.

nell'impostazione sinallagmatica culta ⁽⁷⁸⁾. Per discettare ancora della natura contrattuale della transazione, ammesso che fosse ancora necessario farlo – ma, mi sento di escluderlo, almeno nei termini finora prospettati come figura di *contractus* contrapposta al patto ⁽⁷⁹⁾ – si doveva perciò guardare altrove, talvolta fino al richiamo ed alla citazione delle specifiche decisioni giudiziali ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ «Ex parte Actoris et Rei, litis finiendae gratia Cujac. Paratit.». Ora l'angolo di osservazione era differente: «actio dupliciter consideratur, primo ut jus nobis competens adversus alium et sic pertinet ad secundum juris obiectum» (HUBER, *Praelectionum Juris Civilis, De actionibus*, n. 2 (b), 391). Per le posizioni umanistiche, *Transactionis causa*, I, pp. 108-119.

⁽⁷⁹⁾ Si preferisce parlare di *contractus naturales*: «ex omni promissione facta cum clara significatione voluntatis de iure proprio in alterum conferendo, ex ratione juris nasci vim obligandi [...]» (HUBER, *Praelectionum Juris Civilis*, Tit. XVI, *De verborum obligationibus*, (a), 293).

⁽⁸⁰⁾ Un classico dell'opera di Groenewegen, ove si parla di *Gallorum moribus*, ma anche di *Suprema Curiae Hollandiae* (GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Pars III, *Quae est ad Codicem*, Tit. IV, *De transactionibus*, l. 42, *de falsis*, 427) e, ancora di più, per quella del Christianaeus che, citando un caso del 1540, in cui era stata negata la rescissione di una transazione, commentava l'orientamento del Gran consiglio di Malines disposto a riconoscere «maiores observationis fidem et securitatem transactionibus quam iudicia et sententiae quae redduntur in invitos [...] – al punto che – «vicissim ab eis recedi non potest» (CHRISTIANAEUS, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones*, Vol. II, Tit. IV, *dec. XCVI*, n. 4, 98). L'analisi dei dossier del Gran Consiglio di Malines tra il 1460 ed il 1580 è svolta da A. WIJFFELS, in *Qui millies allegatur. Les allégations du droit savant dans le dossiers du Gran Conseil de Malines (cause septentrionales, ca. 1460-1580)*, Leiden 1985, 2 voll., nel quadro della recezione e dello sviluppo del diritto romano nei Paesi Bassi. Tribunale di particolare rilievo, il Gran Consiglio sorse nel 1475, originariamente senza fissa sede, per collocarsi, successivamente, a Malines. Entrato in crisi con l'insurrezione delle Provincie settentrionali dei Paesi Bassi contro Filippo II (Abiura del 1580), vide i propri atti dispersi e, solo di recente, recuperati presso gli *Archives Générales du Royaume di Bruxelles*. Dal 1960, presso l'Università di Amsterdam è in corso un Gruppo di Studio (*Werkgroep Grote Raad van Mechelen*) del materiale che ha proceduto sia all'inventario, che alla catalogazione informatica. Su questo supporto digitale ha lavorato Wijffels. Di recente, gli sviluppi ed i risultati di questa annosa ricerca sono stati editi da M. OOSTERBOSCH, *Inventaris van het archief van de Grote Raad voor de nederlanden te Mechelen. Porcesbandels Beroepen uit holland, 1460-1740*, Brussel 2006; C. DOUXCHAMPS-LEFÈVRE, *Les sentences du Grand Conseil de Malines en appel d'Instances namuroises (1582-1590)*, Bruxelles (2003), pp. 137-175 e su cui ancora, A. WIJFFELS, *Dutch litigation before the Great Council of Mechlin. An additional calendar of the 'Appeals from Holland'*, in *TR*, 77 (2009), pp. 481-497.

Ed ove fosse in qualche modo ritornato in auge il *remittere* di accursiana memoria, non vi sarebbe più stata alcuna necessità di sottintendere rispetto ad esso il *dare*, poiché l'idea di fondo si era fatta assai più sottile e complessa. In sostanza, l'operazione che viene realizzata muove dalla preventiva considerazione che l'uso attuale diverge rispetto alla regola antica, per poi giungere alla giustificazione storica dell'istituto che, quindi arriva a posteriori. Non di rado, poi, trapela addirittura un senso di rifiuto per la regola del passato, considerata addirittura portatrice di valori negativi.

Nel progetto didattico 'elegante' la rappresentazione giuridica della *transactio* sta tutta nel '*Qui transigit*'.

In ossequio all'*abito pratico* ⁽⁸¹⁾, si colloca, cioè, in colui che 'rimettendo' l'azione, non intraprendendola o, piuttosto, abbandonandola, laddove già intrapresa, soddisfa il vantaggio concreto ed effettivo che ogni transigente sempre si prefigge: sottrarsi all'alea di un giudizio, alle spese da sostenere, ai danni di un'eventuale soccombenza e infine – non ultimo – alle preoccupazioni ed ai patemi d'animo, solo in parte ricompensabili da una completa riuscita giudiziale ⁽⁸²⁾.

Il transigente è il solo animatore della composizione.

L'azionabilità, sui cui si erano arrovelate intere generazioni di giuristi, facendo di essa il perno della contrattualità della fattispecie compositiva, non è più requisito essenziale dell'accordo, come non lo è mai il frutto rispetto alla cosa madre che, tale resta, anche ove per avventura si riveli infruttifera.

Forse è da qui che prenderà spunto Domat per negare il livellamento del *vel a seu* nella frase che vede affiancati «dato, retento, promisso» ⁽⁸³⁾ e così espungere il requisito delle reciproche concessioni dalla nozione della fattispecie. Ma più che su questo tema – sul quale

⁽⁸¹⁾ SCHRAGE, *La scuola Elegante olandese*, p. 18.

⁽⁸²⁾ Sul punto già VINNEN (*Tractatus de transactionibus*, Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 3, 118).

⁽⁸³⁾ Secondo la nota formula di C. 2.4.38: *transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*, *Transactionis causa*, I, p. 109, spec. nt. 301.

inevitabilmente torneremo – credo si debba piuttosto insistere sulla dimensione pratica delle trattazioni.

Al di là delle apparenze, e forse anche di qualche fraintendimento storiografico, infatti, tutte queste ampie, insistenti ed argomentate esposizioni degli aggrovigliati fili di una dottrina secolare miravano alla stabilità dell'accordo compositivo, al fine di assicurarne la maggiore effettività possibile. Giocavano a questo riguardo quelle propensioni all'utilità espresse da molti esponenti dell'Umanesimo, primo fra tutti Doneau ⁽⁸⁴⁾, ma che nel XVII ripresero particolare vigore, grazie alle esigenze provenienti dagli ambienti più dinamici delle professioni e da principi filosofici dedicati a mantenere ancora salda la legittimazione concettuale dei due poli di un equilibrio speculare – *commune et hodiernum* – ancora troppo contigui per essere completamente superati.

2. *Tra subtilitas e simplicitas*: «hodie actionis nomen libello non exprimitur».

In questo clima di generale rinnovamento, in cui si era portati ad operare un riscontro tra i testi romanistici e l'uso attuale, al fine di individuare quanto mai i primi si rivelassero spesso obsoleti, la necessità di una revisione della materia delle obbligazioni era un problema, quasi quanto quello della verifica del sistema processuale ⁽⁸⁵⁾.

Con un atteggiamento sia storicizzante che razionale, l'accantonamento delle soluzioni romanistiche è giustificato dalla peculiarità dell'esperienza romana, più incline alla *subtilitas* che alla *simplicitas*.

I diritti e le rispettive azioni hanno, sì ancora un nome latino –

⁽⁸⁴⁾ Vd. sul punto, H. DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, Biturigibus, excudebat Petrus Bouchierius, 1572, 177.

⁽⁸⁵⁾ J. C. VAN OVEN, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948³, p. 310 ss.

«hodie actionis nomen libello non exprimitur» – ⁽⁸⁶⁾ ma, secondo Groenewegen ⁽⁸⁷⁾, il loro contenuto è diverso, il sistema aperto, e la differenza fra *actio utilis* e *directa* quasi totalmente scomparsa ⁽⁸⁸⁾.

Nella dinamica giudiziale questa nuova corrente si traduce non solo nella generica adozione di un insieme di principi e regole tese a disciplinare le modalità per l'accesso in aula dei contendenti («quoties cuncurrunt plures actiones ejusdem rei nomine [...] at») ⁽⁸⁹⁾, ma anche nella ricerca di limiti cui sottoporre quelle medesime parti, vincolandole alle dichiarazioni dei reciproci intendimenti, affinché in aula non arrivino proprio.

La nuova *scienza juris*, pur in una linea di continuità con il passato culto più recente, non può che prendere atto delle trasformazioni e delle

⁽⁸⁶⁾ «Et hinc actionum nomina fere in desuetudinem abierunt: quamvis plerique actionibus nos uti nullus in foro versatur in dubium revocare potest» (GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis*, Pars I, *Imp. Iustiniani Institutiones*, IV, Tit. VI, *De actionibus*, n. 2, 57). Sul ruolo del *Tractatus* si veda BIROCCHI (*La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, pp. 150-151), che lo ritiene maturato nello stesso clima culturale in cui nacque l'opera del Conring, soprattutto per gli scarsi rilievi accademici dati allo sviluppo delle problematiche. Riflessioni analoghe anche in ROBERTS, *A South African legal Bibliography*, p. 137 e J. C. DE WET, *Die ou Skrywers in Perspektief*, Cape Town 1988, pp. 135 e ss. Da ultimo, qualche delucidazione in L. WINKEL, *Some remarks on Groenewegen's De legibus abrogatis and the reception of the roman law of sale*, in *FUNDAMINA*, 8 (2002), pp. 270-274.

⁽⁸⁷⁾ Simon Groenewegen van der Made (1613-1652). Legatissimo all'esperienza intellettuale di Grozio e all'opera di quest'ultimo, fu uomo di 'confine'. Per i profili bio-bibliografici si veda, in particolare il lavoro, postumo, di B.Z. BEINART, *Simon Groenewegen van der Made. A biographical note including references to his legal opinions and notes on Grotius' Inleidinge*, in *TR*, 56 (1988), pp. 333-354, pubblicato da R. FEENSTRA, per gentile concessione di Mrs. M. Hewett (University of Cape Town), e la voce biografica redatta sempre da R. FEENSTRA, per *JBL*, pp. 262-263. Più in generale, VAN DEN BERGH, *Die Holländische Elegante Schule*, spec. pp. 274 e ss. e, di recente, ID., *Simon Groenewegen van der Made (1613-1652), Petrus de Greve (1621-1677) and law teaching in Nijmegen*, in *ZNR*, 24 (2002), n. 3, pp. 273-289.

⁽⁸⁸⁾ Sul punto anche D.G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam*, Amsterdam-Rotterdam-Kaapstad 1961-1967, (P. VAN WARMELO et alii edidit), VI voll., *Praelectiones ad 3.38.9* e VOET, *Commentarius ad Pandectas*, IV, Tit. IX, *Nautae caupones stabularii*, nn. 2-3, 169-170.

⁽⁸⁹⁾ GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis*, Pars II, *Ad Digesta*, L, Tit. XVII, *De regulis iuris*, l. 43, *Nemo ex his*, 377.

modifiche subite nel nuovo secolo nella lettura delle fonti, per adottare una visione prospettica maggiormente legata alla gestione del diritto presente e abbandonare, nello studio della materia contrattuale, l'idea un ceppo comune che risieda per forza nell'opera giustinianea ⁽⁹⁰⁾. Prende così corpo in questi anni una terna di riflessioni finalizzate alla ricerca *of the essence of a perfect obligation* ⁽⁹¹⁾.

Vicina a questi sbocchi le *Enantiophanon Centuriae* ⁽⁹²⁾ di Bronchorst, nel 1602, denunciano chiaramente l'inutilità di tenere un basso profilo in tema di *libertas oris* ⁽⁹³⁾, ma di certo le opere che meglio esprimono il nuovo e più maturo atteggiamento sono la *Censura Forensis* di van Leuween e il *Tractatus de legibus abrogatis* di Groenewegen, testimonianze corragiose, segno di comprensione della realtà multiforme di quei tempi e di rivendicazione del proprio ruolo da parte del giurista 'elegante'.

⁽⁹⁰⁾ Fatta oggetto di precoci provvedimenti di indirizzo contrario nei territori controriformati – ove la scienza civilistica indugiava ancora nella polemica – oltre che di significative percezioni 'moderniste', solo nel XVII essa subì un ripensamento metodologico generalizzato, che scosse la dottrina protestante dal torpore. Alla normativa castigliana (C. PETIT, *Derecho comun y derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)*, in *TR*, 50 (1982), pp. 157-195, spec. pp. 176-177), si affianca anche la segnalazione di un provvedimento nella medesima direzione nel Freiburg Stadtrecht del 1520 (BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, p. 147, nt. 35).

⁽⁹¹⁾ *Institutes of Holland*, Lib. I, Cap. XIV, Sec. I, 101) di J. VAN DER LINDEN, per cui meglio *supra* nt. 72.

⁽⁹²⁾ E. BRONCHORST, *Enantiophanon, Centuriae Sex, Centuria I, Assertio XXXIX*, Hardervici, apud Joannem Tollium, Academiae typographum, 1652, 49-51. Everard Bronchorst (1554-1628), nato a Deventer, studente a Colonia, Wittenberg, dove fu allievo di Wesembeck, e Marburg, si addottorò a Basilea, insegnò a Leida dal 1587 sino alla morte. Per maggiori notizie cfr. la voce di M. AHSMANN, per *JBL*, pp. 104-105; EAD., *Collegia en colleges: juridisch onderwijs aan de Leidse Universteit 1575-1630*, pp. 90-134; FEENSTRA-WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, pp. 18-24 e FEENSTRA, *Pact and contract in the law countries*, p. 202; T. H. L. SCHEURLEER, *Leiden University in the seventeenth century: an exchange of learning*, Leiden 1975, spec. pp. 19-20 e, da ultimi, H. M. DEXTER- M. DEXTER, *The England and Holland of the pilgrims*, New York 2004, pp. 477-599 e R. FEENSTRA, *Les ouvrages de droit dans le plus ancien catalogue de la bibliothèque de l'Université de Leyde (1595)*, in *TR*, 75 (2007), pp. 241-258.

⁽⁹³⁾ BRONCHORST, *Enantiophanon, Centuria I, Assertio XXXIX*, 49.

Van Leuween, disposto a proiettare nella ricerca erudita il punto di partenza per il recupero delle fonti, vede nel giusnaturalismo un nuovo paradigma e dietro ogni convenzione una «debita agendi causa, duorumque in idem consensus, ut unus alteri quid det aut faciat» ⁽⁹⁴⁾.

Lo stesso discorso può esser fatto per il regime processuale che, sino alla recezione del sistema francese in Olanda, manifesta fondamenti, regole e conseguenze giuridiche affatto diverse, sia rispetto alla casistica presentata dal diritto romano, che rispetto agli *ordines iudicarii* di stampo medievale ⁽⁹⁵⁾.

Una più scarsa 'pratica giudiziaria', che aveva sintetizzato il contenuto dell'*obligatio* nello *jus creditoris* e nell'*onus debitoris*, sollecitava da tempo la semplificazione dell'intero *systema* al «jus persequendi in iudicium quod sibi debetur» ⁽⁹⁶⁾ e, per la stessa via,

⁽⁹⁴⁾ VAN LEEUWEN, *Censura Forensis*, To. I, IV, Cap. II, *De pactis et conventionibus*, n. 1, 445. Ma si leggano anche gli *Institutes of Holland*, I, Cap. XIV, Sec. I, 101-102 di VAN DER LINDEN, laddove spiega chiaramente che: «The conditions necessary for the existence and validity of perfect obligations are: 1st. A lawful source (*cause*) from which they spring. 2nd. Persons capable of binding themselves. 3rd. A thing capable of being the subject of an obligation».

⁽⁹⁵⁾ Nel 1652 la Compagnia Olandese delle Indie Orientali fondò al Capo di Buona Speranza una stazione di ristoro per le proprie navi in rotta per le Indie. Il comandante dell'insediamento ritenne che in quel luogo si dovesse applicare il diritto olandese, che, all'epoca, in chiave sussidiaria si fondava anche sul diritto romano. Dopo la Rivoluzione francese, la Francia invase l'Olanda, mentre gli inglesi occuparono il Capo per proteggere la rotta per le Indie. L'accordo di capitolazione del 1795, tuttavia, consentì il mantenimento del diritto romano-olandese in quei territori fino al 1814, quando, in base alla convenzione di Londra, il Capo divenne colonia britannica. Qui un sistema normativo di base romanistica si trovò ad essere applicato da operatori formati sul diritto anglosassone secondo una procedura che prevedeva l'uso delle traduzioni delle vecchie fonti olandesi in unione con il *case law* britannico. Dal 1811, invece, in Olanda prese vigore la codificazione francese che pose fine al *roman-dutch law*. Per uno scorcio bibliografico cfr., VAN WARMELO, *Roman Law and the old authorities on roman-dutch law*, (spec. pp. 38-41) che insiste sulla necessità di non considerare «the Elegant School as a sort of cadet branch of Humanists», HANLO-KAHN, *The South African legal System and its Background*, pp. 534 ss. e, più recente, per un'applicazione pratica e contemporanea del Roman-Dutch law, THOMAS, *The application of Roman law in Modern South Africa Law*, spec. p. 25.

⁽⁹⁶⁾ HUBER, *Praelectionum Juris Civilis*, IV, Tit. VI, *De Actionibus*, n. 4, 392. Per un commento a tutto tondo, cfr. VAN DER LINDEN, *Institutes of Holland*, III, Capp. I-III, 247-287.

conduce l'*actio praescriptis verbis* verso una sostanziale *desuetudinem* ⁽⁹⁷⁾. Sul versante sostanziale, invece, sparita la suggestione delle formule («hodiernis moribus confusa sunt pactorum et stipulationum jura») ⁽⁹⁸⁾, il concetto di *jus civile*, liberato da ogni orpello che potesse intorbidire la visione del *factum ipsum* e la comprensione della *veritas rei* ⁽⁹⁹⁾, converge verso un medesimo contesto disciplinare, ove si muovono i diritti provinciali e quelli statutari.

Al diritto romano non rimane, quindi, che un ruolo ordinante e comparativo ⁽¹⁰⁰⁾.

Da questo punto di vista, gli anni di Voet, che peraltro si avvale dei risultati del lavoro dei maggiori esponenti del *Roman-Dutch law* ⁽¹⁰¹⁾ – nonché della propria personale esperienza di docente di *ius*

⁽⁹⁷⁾ «haec actio nostris et Gallorum moribus inutilis est et in desuetudinem abiit» (GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis*, Pars II, *Ad Digesta*, XIX, Tit. III, *De aestimatoria*, l. 5, 182).

⁽⁹⁸⁾ «Moribus nostris ex nudo pacto non solum exceptionem, sed etiam actionem competere constat» (Ivi, Pars II, *Ad Digesta*, XLV, Tit. I, *De verborum obligationibus*, l. 1, 301; Pars III, *Quae est ad Codicem*, II, Tit. III, *De pactis*, l. *legem*, 424).

⁽⁹⁹⁾ «sed factum ipsum et rei veritas simpliciter et pure proponitur, ita ut ex eo jus agendi colligatur» (Ivi, Pars I, *Imp. Iustiniani Institutiones*, IV, Tit. VI, *De actionibus*, n. 1, 57).

⁽¹⁰⁰⁾ A dar ragione dell'incontro fra diritto comune e del *jus* «quod in Germania evenint aut in Suprema Curia Hollandiae» riteniamo utili un paio di passi della *Censura forensis* dedicati, rispettivamente, a patti e convenzioni ed ai contratti innominati. Nel primo, van Leuween, ricordando le consuetudini della città di Anversa, nonché la prassi mercantile, oltre ad una nutrita serie di 'luoghi' del *Corpus*, stabilisce l'unicità della causa 'obbligatoria', la sostanziale uniformità fra *pactum*, *pactio* e *conventio*, e la necessità dell'elemento causale, sopra ogni altro, per poter non solo azionare un accordo, ma anche perchè questo – *nomine deficiente* – possa essere a tutti gli effetti un contratto (VAN LEEUWEN, *Censura Forensis*, To. I, IV, Cap. II, *De pactis et conventionibus*, nn. 1-3, 445-446). Non di minore portata è, però, il secondo che, invece, ristabilisce i limiti e i parametri operativi dell'*actio praescriptis verbis*, sintetizzandone la casistica applicativa e attribuendo l'operatività ad ogni accordo che abbia una causa sottostante (ivi, To. I, IV, Cap. XIII, *De contractis innominatis*, nn. 11-12, 508-509).

⁽¹⁰¹⁾ I riferimenti di Voet sono ricchi e circostanziati, a partire dalla citazione del lavoro di Grozio (*Inleidinge tot de hollandsche rechts-geleerdheid* è del 1631) per proseguire con quello di van Leuween di vent'anni più tardi, senza scordare, peraltro né il contributo del proprio padre Paolo, né quelli, più risalenti di Groenewegen o di Goudelin. Per un quadro, AHSMANN, *Teaching the ius hodiernum: legal education of the advocates in the northern Netherlands*, p. 427.

hodiernum, a Leida dal 1688 – ⁽¹⁰²⁾ appaiono i più fecondi testimoni dei cambiamenti di rotta nella cultura giuridica europea, cui si era prima affiancato l’umanesimo, ma poi sostituito il giusnaturalismo.

E proprio a confrontarla con la lezione di Connan – «quod pactum nudum ne quidem naturalem obligationem pariat» ⁽¹⁰³⁾ – è la risposta di Voet sulla transazione a fermare in proposizioni definitive i risultati di questa ampia e circostanziata meditazione sulla causa nei *pacta* e a misurare il cammino compiuto dai giuristi verso il superamento dell’incombente tradizione del metodo scolastico.

Sebbene, infatti, affondi le sue radici nello *ius naturale* e nell’*aequitas* ⁽¹⁰⁴⁾ – da qui in poi un classico ⁽¹⁰⁵⁾ – il tema transattivo,

⁽¹⁰²⁾ Insegnamenti di questo tipo si diffusero dalla prima metà del Seicento in Europa (per l’Olanda si ricordano le cattedre di Huber e, appunto, di Voet) e sarà per questa via che nel Settecento si passerà allo studio del *ius patrium*. Per riferimenti specifici all’area di nostra pertinenza, M. AHSMANN, *Collegia en colleges: juridisch onderwijs aan de Leidse Universteit 1575-1630*; VAN DE BERGH, *Die Holländische Elegante Schule*, p. 62; FEENSTRA-WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, p. 38 e BIROCCHI, *La formazione dei diritti patrii nell’Europa*, pp. 65-71. Uno sguardo al panorama europeo, invece, in ID., *Insegnamento e pratica del diritto nel Seicento giuridico francese*, in *Panta rei*, II, Roma 2004, pp. 277 e 294.

⁽¹⁰³⁾ Il richiamo a questo passaggio è menzionato anche dallo Schulting (1659-1734), massimo rappresentante, con Noodt, della cultura elegante ed antiquaria operante in Olanda, studente di Voet, avvocato all’Aja, che svolse, sul finire degli anni ‘80 l’incarico di docente a Leida. Inviato nel ‘91 come titolare di cattedra ad Harderwijk, tre anni dopo fu a Franeker dove si trattenne per circa vent’anni dedicandosi al commento ed alla revisione di tutto il *Corpus Iuris* nonché dei testi del periodo post-classico. Per approfondimenti, cfr. voce di R. FEENSTRA, per *JBL*, pp. 564-565, e quella di F.J. ADRÉS, per *JU*, pp. 476-478, oltre che il consueto VAN DEN BERGH, *Die Holländische Elegante Schule*, spec. pp. 206 e ss.. Per la fonte, SCHULTING A., *Iurisprudentia vetus Ante-Iustiniana ex recensione et cum notis*, n. 1, 218, ma si veda anche all’interno del medesimo volume *Papiniani Liber*, Tit. XXXVII, *De pactis et Transactionibus*, 850.

⁽¹⁰⁴⁾ «quoties enim inter duos pluresve lis est, inspiciendum ante omnia, an non municipalis aut provincialis juris scripti verbis, aut mente, atque sententia decisa sit. His deficientibus ad jura non scripta, inveteratas regionis consuetudines, recurrendum [...] Accuratam Romani juris scientiam hodie inutilem efficiunt [...] quo fundamento puto, quod Hollandiae ordines, reformato utroque, tam scabinico, quam aedomico [...] recurrendum esse» (VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, Lib. I, Tit. I, *De iustitia et iure*, nn. 2-3, 2).

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., a solo titolo di esempio, C. THOMASII (1655-1728, su cui K. LUIG, per *JBL*, pp. 627-628), *Fundamenta iuris naturae et gentium, ex sensu communi deducta*, in

messo a fuoco da questo *novissimus compiler juris romani et practici*, non risponde più allo schema bipolare *contractus/pactum*, né alla distinzione fra *pacta actionem formantia aut non formantia* ⁽¹⁰⁶⁾.

Nel restituire un proprio e personalissimo schema del *pactum 'transactionis causa' factum* ⁽¹⁰⁷⁾, egli insiste piuttosto su altri requisiti per la tutelabilità della transazione. Rinvia alla riflessione dei contemporanei sul suo coerente sviluppo in quella società in fermento, ai cui occhi era ragionevole «quod jure civili pacta semper servanda esse et grave esse fidem falli» ⁽¹⁰⁸⁾ e mantiene un vincolo con la tradizione ⁽¹⁰⁹⁾. Commentando, Voet, infatti, non definisce nè struttura

quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori, cum adjuncta emendatione ad ista fundamenta institutionum jurisprudentiae divinae. Editio quarta, Halae et Lipsiae, Typis et sumptibus Viduae Christophori Safeldii, Regim. Elect. Brandenb. Typographi, 1718 (rist. anast. Darmstadt 1979), ad Cap. VII, *De officio paciscentium*, § 1, 219. Cfr. F. CARPINTERO–J.J.M. QUIRÒS, *Christian Thomasius (1655-1728)*, in *JU*, II, pp. 471-476; F.M. BARNARD, *The practical Philosophy of Christian Thomasius*, in *JHI*, 32 (1971), pp. 221-246 ora in *Grotius, Pufendorf and modern Natural Law*, K. HAAKONSEN (a cura di), Aldershot 1999, pp. 311-336; PADOA SCHIOPPA, *A history of Law in Europe: from the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, pp. 356-358.

⁽¹⁰⁶⁾ «caeterum si non haec circa pacta, actionem formantia aut non formantia, distinctiones necessariae prorsus essent, ad Romani juris genuinum intellectum, legumque sine hoc praecognitio [...] ex pactis nudis serio et deliberato animo interpositis aequae ac ex contractibus, actionem nasci [...]» (VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 9, 94).

⁽¹⁰⁷⁾ La discussione sulla transazione in età moderna si concentra sugli elementi dello schema causale oltre che sulla sua contrattualità e, proprio in relazione ad essi, «evoca un'esigenza di unificazione dei tipi contrattuali e richiama il problema connesso dell'efficacia obbligatoria del negozio» (D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla Scuola di Napoli*, Napoli 1972, p. 120). Sulla mentalità che anima lo studio del passato in quegli anni, si vedano: K. POMIAN, *L'ordine del tempo*, Torino 1992, pp. 46 ss e P. NERHOT, *Il diritto, lo scritto, il senso: saggio di ermeneutica giuridica*, Ferrara 1992.

⁽¹⁰⁸⁾ VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 9, 94.

⁽¹⁰⁹⁾ Significativa, in proposito, era già stata la testimonianza di Wesembeck che, riferendosi direttamente ai contratti innominati, aveva delineato la concezione della *causa – res* attraverso il tema dell'azione di ripetizione applicata nelle relative fattispecie, sostenendo che: «etsi negotium hoc in alium contractum certum non transit [...] subest tamen Causa et Res: ac eleganter Celso Aristo respondit, esse συνάλλαγμα, unde civilis obligatio nascatur» (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis*, Lib. XII, Tit. IV, *De conductione causa data, causa non secuta*, n. 2, 378F).

un proprio schema transattivo ⁽¹¹⁰⁾, ma non per questo i suoi passi appaiono scarni. Essi contengono elementi significativi, destinati a catturare il *sensus verborum Ulpiani* della fattispecie compositiva che, rispetto all'obbligo fisiologicamente scaturito da ogni contratto, consiste nell'irrevocabilità: nel creare, cioè, una stabilità che va oltre la forza stessa della legge, dando vita ad una disciplina a tal punto immutabile da resistere alla modifica, scoperta o sopravvenuta, persino di circostanze collaterali ⁽¹¹¹⁾. Insomma, se nella Scuola olandese una preoccupazione sembra dominante, questa è appunto condensata nel disegno di elevare insieme, sul metro della funzionalità, l'architettura del negozio obbligatorio e le strutture delle singole fattispecie operative come la nostra.

«Est enim utrimque par ratio servandae fidei» ⁽¹¹²⁾.

Ed è proprio la centralità di questa collocazione che, in qualche modo, misura la distanza che separa l'opera di Voet dal commento alle *Institutiones* o dai *Tractatus* di Vinnius, dando alla prima, forse, una maggiore compiutezza ed un più ampio spessore rispetto a queste ultime. Facendo tesoro del lavoro dei predecessori, quello che è considerato uno dei padri dell'*Usus modernus Pandectarum* Voet fissa la *substantia transactionis* ⁽¹¹³⁾ nella sua causa ⁽¹¹⁴⁾ – «ut strictam recipiat interpretationem». Quella generale, cioè porre fine alla controversia, e quella derivata, cioè impedire il reiterarsi della disputa ⁽¹¹⁵⁾. Manca, forse, il riferimento al mondo francese, ma diffusi sono i

⁽¹¹⁰⁾ «est super re dubia aut lite incerta conventio non gratuita» (VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 1, 99).

⁽¹¹¹⁾ «recedere ex poenitentia non liceat [...] ne imperiali quidem rescripto oporteat resuscitari» (*Ibidem*).

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹³⁾ «pacto perfici potest, vel stipulatione, vel denique traditione: ita quoque sese res habet in transactione, quae proinde pactis quandoque annumeranda, si nudo consensu fiat; quandoque stipulationi, si intervenerit verborum sollemnitas, aliquando contractibus innominatis, si datione vel facto confirmatum sit, quod fuerat simpliciter de re dubia conventionem decisum» (*Ibidem*).

⁽¹¹⁴⁾ «hoc ipsum quod a lite disceditur causa videtur esse» (Ivi, n. 23, 110).

⁽¹¹⁵⁾ «Effectus transactionis est quod litem dirimat, habeatque vim rei iudicatae ac jusiurandi inter transigentes [...] Ut tamen stricta recipiat interpretationem, sic ut non

richiami a Gomez, Vinnius, Grozio, Goudelin e Christianaeus, per non tralasciare il ricordo dei ‘pratici’, tra i primi Andreas Gail e Lamberto Goris, ma anche Groenewegen e Van Leuween (¹¹⁶). Il quadro ha linee mosse quanto un approccio inconsueto. Un’inattesa apertura delle classificazioni giuridiche per far posto a fattispecie non considerate, o considerate solo marginalmente, a tutto beneficio di uno studio pariteticamente mirato all’applicazione.

L’idea generale per tutti gli istituti negoziali – e per la transazione non era certo diverso – è quella di includere lo schema romanistico, la cui tenuta, però, sia direttamente proporzionale alla sua elasticità interpretativa ed alla sua capacità inclusiva di tutte le nuove realtà emergenti. Si pensa per le *conventiones* – tra cui Voet inserisce anche la *transactio* – allo stesso percorso semplificativo già compiuto per le azioni processuali. Ma le maggiori conseguenze di questa *nova methodus* non possono essere rese efficacemente se non focalizzandosi direttamente su quei lavori di commento ai testi romanistici, che, in qualche modo, scontano il fatto che il ‘calco’ del diritto romano assume contenuti via via diversi e differenziati nei vari ordinamenti delle province, tralasciando di esso gli aspetti più deteriorati ed inattuali.

Tra queste indubbiamente spiccano, per la precocità degli assunti, l’*Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleertheyd* di Grozio (¹¹⁷), che in

excedat negotia ac causas, de quibus nominatim concepta est, nec quantitatem pecuniariam de qua disputatum fuit» (Ivi, n. 21, 109). «Est etiam alius transactionis effectus, quod litium sopitarum favore tantam firmitatem habeat ut neque imperiali rescripto risuscitandae sint causae ita finitae [...] neque propter instrumenta noviter reperta retractari debeant, nec res judicatae ex ea causa infirmandae sint» (Ivi, n. 23, 110).

(¹¹⁶) L’espressione *vulgaris regula (ex nudo pacto non datur actio)* proviene da VAN LEEUWEN (*Censura Forensis Theoretico-practica totius iuris civilis, Romani*, To. I, IV, Cap. II, *De pactis et conventionibus*, n. 1, 445). La storiografia, infatti, ha collegato con una certa insistenza in queste aree la sanzionabilità giudiziale del patto con la pratica affermazione del diritto nazionale, per uno sguardo P. CAPPELLINI, *Systema iuris, I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle pandette*, Milano 1984, pp. 126 e ss. e HEWETT, *Old wine in new bottles or the story of translations of the ‘old authorities’ produced by South Africans*, pp. 96-97.

(¹¹⁷) Risalente agli anni ’20 del XVII secolo, viene pubblicata solo nel 1631 in lingua olandese (*Koninklijke Bibliotheek*). Fatta oggetto di grande fortuna tipografica, è

materia di *promissiones* (*toezegging*) ⁽¹¹⁸⁾, e più genericamente di obbligazioni, sottolinea, con un passaggio fatto oggetto di molte

tradotta in latino da van der Linden (*Institutiones juris hollandici e Belgico in Latinum sermonem translatae a Joannes van der Linden*, poco prima della sua morte nel 1835, ma mai pubblicata, sino all'edizione latina di H.F.W.D. FISCHER, Haarlem 1962) ed in inglese (*Introduction to Dutch Jurisprudence*) nel 1878 da A.F.S. MAASDORP, barrister dell'Inner Temple, Membro del Transvaal Bar e Ministro di Giustizia dell'Orange Free State. Una seconda traduzione inglese, con il titolo *The Jurisprudence of Holland*, è stata effettuata da R. W. LEE (Oxford 1926), sulla base della seconda edizione del lavoro di Grozio. Di quest'opera in uno con i *Dictata* di van DER KESSEL's è stata curata la ristampa nel 1953 in due volumi. L'*Inleidinge*, di argomento privatistico, divisa in tre libri, viene considerata l'opera fondatrice del diritto romano-olandese. La sua migliore edizione critica è considerata l'edizione di F. DOVRING, H.F.W.D. FISCHER e E.M. MEIJERS (a cura di), Leiden 1965², ma l'uso più frequente si ha della versione latina di cui sopra. Relativamente alla problematica che qui interessa, vd. BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum* (pp. 153-155, spec. nt. 79); K. HAAKONSEN, *Hugo Grotius and the History of Political Thought*, in *Political Theory*, 13, pp. 239-265, ora in *Grotius, Pufendorf and the Modern Natural Law*, pp. 35-64; PETRONIO, *Lotta per la codificazione*, p. 224 ss.; FEENSTRA, *Pact and Contract*, pp. 205-208, da cui la citazione e T. REPGEN, *Grotius redivivus. Die Notwendigkeit einer neuen Übersetzung von "De jure belli ac pacis", erläutert am Beispiel der Auswirkung von Willensmängeln und nachträglich veränderten Umständen auf die Verbindlichkeit [Berichte und Kritik]*, in *IC*, XXVI (1999), pp. 299-328; R. FEENSTRA, *Een tweede handschrift van de Inleidinge van Hugo de Groot en een dito van de Prolegomena Juri Hollandico Praemittenda*, in *FUNDAMINA*, 1 (2005), pp. 81-91. Per quanto concerne invece la bibliografia, oltre agli importanti, ma datati, studi di J.C. VAN OVEN, *Hugo de Groot's «Inleiding» als Lehrbuch des römischen Rechts*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Milano 1954, pp. 269-287; G. AMBROSETTI, *I presupposti speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*, Bologna 1955 e G. FASSÒ, *Ugo Grozio tra medioevo ed età moderna*, in *RF*, XLI (1950), pp. 174-190 e ID., *La legge della ragione*, Bologna 1964, ricchissime ed aggiornate indicazioni si leggono in *Il Diritto della pace e della guerra. Prolegomeni al libro Primo*, pp. XVII-XXIV, ntt. 3-4 e pp. XLII, nt. 30. Più direttamente legati all'aspetto contrattuale le riflessioni di D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris 2007; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Wien/New York 2009; J. HALLEBEEK, *Some remarks on laesio enormis and proportionality in Roman-Dutch law and calvinistic commercial ethic*, in *FUNDAMINA*, 21.1 (2015), pp. 14-32. Utili le indicazioni a corredo della voce omonima di R. FEENSTRA, in *JBL*, pp. 265-268 e la HEWETT, *Old wine in new bottles or the story of translations of the 'old authorities' produced by South Africans*, pp. 98-99.

⁽¹¹⁸⁾ Una particolare attenzione al passo ed alla traduzione del termine olandese si coglie in R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990, p. 55; pertinente anche il richiamo in BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, p. 154.

riflessioni critiche, la fonte del vincolo giuridico *by usage*, o *raised by the law* ⁽¹¹⁹⁾, e successivamente, il *Tractatus de legibus abrogatis* di Groenewegen del 1649 ⁽¹²⁰⁾, sul quale ci si è già diffusi.

Non di minor peso, però, possono dirsi tanto la *Censura forensis* di Van Leuween ⁽¹²¹⁾ – successiva al lavoro di Groenewegen (1662) – ed il suo fortunato *Trattato di diritto romano-olandese* (*Rooms Hollands Regt*), basato, in realtà, su di un lavoro giovanile, i *Paratitla iuris novissimi* (1652) ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁹⁾ In relazione al quale Grozio «accepts the principle that every paction begets an action, but he does not make this plain» (FEENSTRA, *Pact and Contract*, p. 208).

⁽¹²⁰⁾ GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis in Hollandia*, Pars III, *Quae est ad Codicem*, II, Tit. III, *De pactis*, l. 10, *legem*, 424.

⁽¹²¹⁾ Simon van Leuween, laureato a Leida nel 1649, fu avvocato prima di essere nominato alla Corte Suprema all'Aja. La sua fama è dovuta principalmente alla *Censura forensis theorico-practica*, in latino (1678), innalzata, anch'essa come i *Commentarii* di Voet, a fonte del diritto sudafricano (ROBERTS, *A South African legal Bibliography*, pp. 183-186), ma ebbero grande risonanza anche i *Paratitla novissimi iuris* (1652) e, soprattutto, il *Trattato di diritto romano-olandese* (*Het Rooms-Hollands-Regt*) del 1664, questo, invece, in olandese. Per una panoramica della storiografia sull'Autore, cfr. R. FEENSTRA, *Le droit romain et l'Europe*, in *RIDA*, suppl. XLI (1994), pp. 15-28; ID., voce *Simon van Leuween*, in *JBL*, pp. 383-384; BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 61; BERSANI, *Nonnulla distinctio*, pp. 69-80, C.H. VAN RHEE, *Paratitula iuris novissimi, dat is, een kort begrip van het Rooms-Hollandts-reght*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, S. DAUCHY, G. MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLAJAMÄKI, A. WIJFFELS (Eds.), Heidelberg- New York 2016, mentre per il suo ruolo nel Capo, G.G. VISAGIE, *The law applied at the Cape from 1652 to 1828*, in *Miscellanea Forensia historica*, Amsterdam 1988, pp. 325-343 e FARLAM, *The old authorities in South African Practice*, pp. 399-408 e sul suo utilizzo nelle corti del Capo, cfr. OSLER, *A Long and Winding Road*, e THOMAS, *The application of Roman law in Modern South Africa Law*, spec. pp. 13-21.

⁽¹²²⁾ Divisa in cinque libri, a loro volta ripartiti in capitoli, affronta sia i temi di diritto sostanziale (persone, successioni, obbligazioni, Libri I-IV), sia di natura processuale (Libro V). La sua importanza e attualità è sottolineata con vigore nella prefazione dell'edizione inglese (basata sull'edizione in olandese stampata ad Amsterdam nel 1744), laddove se ne sostiene la validità per la regolamentazione del diritto del Capo e di tutte le colonie olandesi. Così infatti essa recita: «S. Van Leuween was one of the most eminent advocates in Holland during the latter part of the seventeenth century, who distinguished himself by the publication of several professional works of which the *Censura forensis* [...] and the *Rooms Hollands-Regt* are most known and most valued», *Preface*, a2, *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, by SIMON VAN LEUWEEN.

È nel libro IV di questo corposissimo *Trattato di diritto romano-olandese* che Van Leuween si dedica anima e corpo al tema delle obbligazioni, diffondendosi sulla questione causale e sulla sua rilevanza nella problematica transattiva declinata in quest'ottica ⁽¹²³⁾.

A dispetto delle successive censure di Voet ⁽¹²⁴⁾ – che gli attribuirà una lettura retriva – van Leuween dimostra, infatti, una profonda sensibilità per una delle questioni più tipiche della letteratura giuridica medievale, soffermandosi sulla giustificazione dell'obbligazione («obligation arise from agreement [...]») ⁽¹²⁵⁾ la sola che per il diritto della provincia d'Olanda assicuri una sanzione giudiziale ⁽¹²⁶⁾.

Anzi, proprio più si va a fondo nello studio del *Roman-Dutch Law*, e più si riconosce, accanto all'indubbio ricordo degli ammaestramenti dell'edizione originale dei testi messi a confronto con le successive ricostruzioni, l'indiscutibile buon senso dell'approfondimento per risolvere le istanze provenienti dalla gestione contingente del diritto presente, per il quale il problema non è più la verifica del tipo di *agreements* – «because obligations arising from

⁽¹²³⁾ «An engagement producing a liability to action arises from promise or unequal causes. An obligation through promise is effected, either by express agreement, or tacitly through construction of the law [...] But a promise is what any one from a *reasonable cause* makes to another on his application [...] and I say a *reasonable cause*, which is to be understood of a cause which in its sort is good [...] and it need not always be narrowly proportionated, because the least circumstance makes a thing of greater or smaller, and of less or more importance» (VAN LEUWEEN, *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, Chap. I, §§ 1-2, 6-7, 313-314).

⁽¹²⁴⁾ «Lapsus ergo est Simon van Leeuween (*Censura Forensis Theoretico-practica totius iuris civilis, Romani*, To. I, IV, Cap. II, n. 2, 445-446) asserens id in praxi quoque receptum esse, quod ex nudo pacto actio non detur: manifesta erroris causa in eo haerente, quod perperam pacta nuda confundit cum ea conventionione vel cautione, quae expressam non habet debiti causam» (VOET, *Commentarius ad Pandectas*, To. I, II, Tit. XIV, *De pactis* n. 9, 94).

⁽¹²⁵⁾ «An obligation through agreement is a mutual transaction of two persons by which they effectually bind reciprocally for the benefit of one or both» (VAN LEUWEEN, *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, Chap. II, § 1, 315).

⁽¹²⁶⁾ Il principio per cui ogni promessa è debito, assume una valenza affatto diversa dal contenuto della sinallagmaticità tutta umanistica che eravamo abituati a conoscere. Per uno sguardo, VAN CAENEGEM, *Le droit romain en Belgique*, p. 59.

those» – quanto, piuttosto, la ricerca di una «*reasonable cause for the benefit for one's self or for another*».

Mai come allora, in cui il ripristino coattivo dei diritti violati tanto sul terreno pubblico, che nella sfera privata, impone sforzi notevoli al mondo giuridico per allontanare lo spauracchio della guerra e della rappresaglia ⁽¹²⁷⁾, ebbero tanta importanza gli accordi liberamente conclusi. I *pacta nuda*, per van Leuween, non sono dunque privi di riconoscimento in giudizio, ma semplicemente non meritevoli di tutela ed interesse da parte dell'ordinamento laddove manchi un qualsiasi sostrato giustificativo che ne lasci intravedere una qualche utilità. In virtù di questa nuova ottica di osservazione dei fenomeni giuridici, la *transactio*, con la sua indubbia socialità, fuoriesce dall'area problematica una volta per tutte.

E se, spesso, dunque, in uno stesso giurista si riscontrano posizioni differenti, o asserite tali, esse dimostrano solo la sintesi di un'esperienza complessa: contemporaneamente incapace di rinnegare la tradizione, così come di disinteressarsi della prassi, non si tratta, insomma, di atteggiamenti ondivaghi e discontinui quanto, piuttosto, di approcci diversi alla materia, a seconda delle diverse angolazioni da cui può essere analizzata ⁽¹²⁸⁾. In altre parole, e generalizzando, la duplicità

⁽¹²⁷⁾ Sullo *ius in bello*, si è riacceso, proprio di recente, l'interesse storiografico. Per alcuni riferimenti, cfr. U. MARIANI, *Un contributo 'elegante' in materia di ius belli: il De jure militari di Johannes Voet*, in D@S, 8 (2009); A.A. CASSI, *Dalla santità alla criminalità della guerra. Morfologie storico-giuridiche del Bellum iustum*, in *Seminari di Storia e Diritto, 'Guerra giusta?'. Le metamorfosi di un concetto antico*, A. CALORE (a cura di), Milano 2003, pp. 101-158 e ID., *Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari di indagine*, in QF, 38 (2009), pp. 1141-1168. Di carattere più generale, invece, il volume *Guerra e Diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea*, A.A. CASSI (a cura di), Soveria Mannelli 2009.

⁽¹²⁸⁾ VAN OVEN (*Le droit romain aux Pays Bas*, pp. 38-39) e G. WESENER (*Die privatrechtlichen Normen des Usus Modernus*, in IC, 30 (1987), pp. 279-297) offrono quale significativo ed eloquente esempio l'atteggiamento bipolare di Vinnius che, in tema di *pacta* mantenne fermo il principio generale della loro inazionabilità, mentre spiegando i *mores hodierni* si attenne al principio opposto (VINNEN, *Jurisprudentiae contractae*, Lib. II, Cap. V, *De notis et causis obligationum ex contractu*, 'q', 109; In

dell'approccio della Scuola olandese non è indice di un'ambiguità di fondo, quanto piuttosto la cifra stilistica della raffinatezza di una dottrina, che non può – né poteva – essere più circoscritta alla mera eleganza ⁽¹²⁹⁾.

3. «Quomodo et germanico Vertrag Jurisconsulti utuntur».

Molti degli spunti provenienti dalle dottrine dei Paesi Bassi attecchirono in Germania ⁽¹³⁰⁾, protraendosi per tutto il XVIII secolo, e segnando un intero periodo storico della scienza giuridica continentale. Un lento ma continuo dilatarsi dei diritti locali, poco appariscente, ma inesorabile, caratterizzò così una dottrina scandita da infiltrazioni, contagi e influssi della prassi nel sostrato giusromanistico ⁽¹³¹⁾. E se,

quatuor libros Institutionum, Lib. III; Tit. XIV, n. 11, 661; *Tractatus de pactis*, Cap. VII, *Aliarum gentium et hodie moribus nostris*, n. 6, 23).

⁽¹²⁹⁾ Più in generale, gli insegnamenti della Scuola olandese influenzarono ampiamente i governi più moderati che, non solo se ne avvalsero nelle accademie per formare i giovani legisti, ma li utilizzarono anche quale 'paradigma' per lo stesso rinnovamento della società fondato sulla «riscoperta dei valori dell'antichità e sulla valorizzazione dei costumi e della legislazione nazionale» (BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 384-385, da cui la citazione).

⁽¹³⁰⁾ STEIN, *Roman law in European history*, pp. 88-92.

⁽¹³¹⁾ Le periodizzazioni dell'*Usus Modernus Pandectarum* hanno dato origine a molti dibattiti; in questo fluire di interpretazioni, la storiografia più recente tende a leggere in esso un atteggiamento comune alla Germania e ai Paesi Bassi (meridionali e settentrionali), che presentano «metodi e soluzioni sostanzialmente omogenei». Un quadro riassuntivo si coglie in K. LUIG, *Samuel Stryk (1640-1710) under der 'Usus Modernus pandectarum'*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, (hrsg. von M. STOLLEIS et alii), München 1991, pp. 219-235, spec. pp. 223-227, ma utile rinvio è anche a BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, p. 142; FEENSTRA-WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, spec. pp. 9-13 e pp. 88-90; ancora R. FEENSTRA, *Zur reception in den Niederlanden*, in *L'Europa e il diritto romano*, pp. 243-268; ID., *Het Tractatus de pactis van Vinnius en de strijdschriften tegen Maestertius uit 1640*, in *TR*, 56 (1988), pp. 199-208; ID., *Pact and contract in the low countries*, pp. 199-213; THOMAS, *Usus Modernus Pandectarum a spurious transplant*, pp. 483-496; MAES, *Resum de la historia del derecho en los antiguos Países Bajos españoles*, spec. pp. 31-32, oltre ad una nutrita serie di studi (di seguito riportati nelle note) di K. LUIG, di

almeno in origine, si tratta di operazioni di modesta portata, nel tempo la commistione fra gli istituti giuridici nazionali e lo *ius commune* si fece portavoce dei «limiti di validità e di predominio» di quest'ultimo nel panorama delle fonti del diritto ⁽¹³²⁾, dimostrando una perfetta recezione del messaggio.

Stanno del resto a documentarlo la ragguardevole presenza di giuristi nelle amministrazioni ⁽¹³³⁾, il favore concesso per le procedure compositive – nelle quali l'ossequio per l'antica *fides* germanica si esalta in massima misura – ed il ricorso alla terminologia culta, veicolo fecondo di una silenziosa, ma non certo trascurabile, penetrazione di un mondo nell'altro ⁽¹³⁴⁾.

Il valore fortemente rappresentativo di questi nuovi atteggiamenti non è, infatti, solo volto ad affermare il distacco dalla disciplina del diritto intermedio, ma anche ad abbandonare schemi ormai così usurati

cui qui si menziona l'ultimo con H-P. HAFERKAMP e T. REPGEN, *Usus modernus Pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, Böhlau Verlag Köln Weimar 2007; G. WESENER, *Ius romano-germanicum-zur rechtsquellenlehre des Usus modernus Pandectarum*, in *FUNDAMINA* 20 (2) 2014, pp. 1031-1041, spec. pp. 1031-1032.

⁽¹³²⁾ BIROCCI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, p. 155.

⁽¹³³⁾ Costituisce un processo storico specifico della *scientia juris* tedesca il rafforzarsi del legame fra diritto e prassi, in ragione del sempre maggiore inquadramento professionale della classe giuridica nelle singole amministrazioni territoriali e della ormai raggiunta consapevolezza dello iato incolmabile fra diritto romano ed indigeno. Sotto altri profili, l'*Usus modernus Pandectarum* rivelò, invece, atteggiamenti assai vicini sia al *mos italicus* che al *mos gallicus*, presentandosi, in definitiva, come indirizzo multiforme e complesso dotato, tuttavia, di un proprio specifico orizzonte teorico, cfr. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, pp. 330 e ss.; P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di dottrina generale del diritto* in *QF*, 10 (1981), pp. 323-354; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 85 ss. e, da ultimo, A. WIJFFELS, *Einflüsse der Doktrin auf die gerichtliche Argumentationspraxis in der frühen Neuzeit*, in *IC*, 30 (1987), pp. 371-386.

⁽¹³⁴⁾ K. LUIG, *Einleitung (Sektion 2: Usus modernus und Dogmengeschichte des Privatrechts)*, in (hrsg. D. SIMON), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages: Frankfurt am Main: 22. bis 26. September 1986*, Frankfurt am Main, 1987, pp. 233-236, ma si vedano anche i saggi di W. WIEGAND, J. SCHRÖDER e G. WESENER, sempre nella medesima sezione.

da non poter essere nemmeno più deformati per poter assicurare la maggiore effettività possibile al diritto patrio ⁽¹³⁵⁾. L'idea non è solo quella di affermare il distacco dalla disciplina di *ius commune*, ma di rendere questo ritrovata autonomia, sia sistematica che organica, per assicurare la maggiore concretezza ed utilità possibile ad ogni riferimento agli usi vigenti.

Del sapere, insomma, si propone un '*usus modernus*' ⁽¹³⁶⁾, basato sul recupero di un legame fra diritto e società dimenticato, o comunque distorto nel tempo, aprendosi, cioè, a campi nuovi e rispondendo ad

⁽¹³⁵⁾ In origine, peraltro, 'patrio' o 'indigeno' rappresentavano il diritto particolare di un territorio o di una città, più tardi, con il XVIII, la rappresentazione complessiva del diritto di tutti i territori tedeschi andò a coincidere con il diritto nazionale. Dal punto di vista prettamente scientifico, i presupposti per l'affermazione del *ius germanicum* furono la sempre più generale desuetudine del diritto romano – *hodie secus* – e l'inserimento di norme germaniche nei *commentarii*. In particolare, per questo tipo di letteratura, si ricordano sia il *Thesaurus Practicus continens explicationem terminorum atque clausularum, in aulis et dicasteriis usitatarum* (ed. consultata Tubingae, apud Philibertum Brunnium, 1629) di C. BESOLD (1577-1638), la *Jurisprudentia forensis romano-germanica* (ed. consultata Jenae, apud Mattheum Bircknerum, 1694) di G.A. STRUVE (1656-1712) e le *Annotazioni* all'opera di Lauterbach di Stryk, ove l'autore dichiarava la difficoltà di passare dalle definizioni astratte alle problematiche concrete («dicitur quod in terminis simplicis subsistit»), S. STRYK, *Succinctae annotationes ad W.A. Lauterbachii Compendium Digestorum*, Lipsiae, sumptibus Johannis Lodovici, 1708, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, § *nudum*, 99. Per qualche accenno bibliografico: *Deutsche und Europäische Juristen aus fünf Jahrhunderten*, J. SCHRÖDER- G. KLEINHEYER (hrsg.), Heidelberg 1976, p. 33 (Besold) e CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, pp. 131-141.

⁽¹³⁶⁾ Orientamento nato sulla fama dell'opera di Samuel STRYK pubblicata in più volumi tra il '90 ed il '92 come *Specimen usus moderni Pandectarum* (da me consultata nell'ed. Halae 1739) e fondamentalmente teso a presentare una variegata panoplia di diritti (romano-germanico e naturale), fusi inscindibilmente (LUIG, *Samuel Stryk (1640-1710) under der 'Usus Modernus pandectarum'*, pp. 223-227; C. BAR- P. DOPFFEL, *Deutsches Internationales Privatrecht im. 16 und 17. Jahrhundert*, II, Tübingen 2001, pp. 384-387 e per la *dissertationes De selectis juris materiis: De jure Principis extra territorium*, Francofurti ad Viadrum, sumptibus Ieremiae Schrey et Henrici Johann. Meyeri, 1683, pp. 388-441 e F. L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik: eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen*, Frankfurt am Main 2008, spec. *Literatur des Usus Modernus und Differentien*, pp. 52 e ss.). Per ulteriori approfondimenti biografici su Stryk, invece, le voci di K. LUIG, per *JBL*, 607-608, di R. DOMINGO per *JU*, 446-449 e di T. REPGEN per *NDB*, 25 (2013), pp. 606-608.

esigenze di ceti emergenti ⁽¹³⁷⁾. Pienamente consapevole del distacco storico fra diritto romano e ordinamento presente, la dottrina assume così posizioni critiche verso dibattiti plurisecolari.

Ritorna in qualche modo alla *simplicitas* del *ius gentium* ed alla ‘franchezza costruttiva’ della società germanica ⁽¹³⁸⁾: senza particolari intenti sistematizzanti, ma in nome degli antichi «*mores*, disposizioni vive e ad un tempo interpreti [...] di un ordinamento che scorre parallelo al diritto romano o che, se confluisce in esso, non perde i caratteri originari» ⁽¹³⁹⁾. Anche nella qualificazione della *transactio* – non diversamente dalla storia di qualunque istituto legato alla dinamica negoziale – al di là dell’enfasi stilistica dominante, si dispiega, dunque, questa ‘impazienza’ intellettuale ⁽¹⁴⁰⁾. Gli aspetti più radicali della cultura umanistica erano del resto omai entrati definitivamente in crisi. I giuristi ripiegano, quindi, verso posizioni più ‘morbide’, facendosi portavoce dello sforzo per la costruzione un diritto fruibile. Nuove esigenze si affacciano.

⁽¹³⁷⁾ «occorreva, insomma, un’educazione scandita sul fluire del mercato anziché sulla misura dell’eternità» (MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, p. 221).

⁽¹³⁸⁾ Lucido è il commento di Böhmer, su cui W. RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmer: ein Beitrag zur Methode des Usus modernus pandectarum*, Tübingen 1982, p. 71, nt. 25.

⁽¹³⁹⁾ BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell’Usus modernus Pandectarum*, pp. 171-172. Per le fonti, J. SCHILTER, *Praxis iuris romani in foro germanico iuxta ordinem edicti perpetui et pandectarum justinianeus opus theoretico practicum*, Francofurti et Lipsiae, sumptibus haeredibus B. Matthei Birckneri, 1713, To. I, *Exer. Ad Pandectas VIII, De pactis*, 162-163 e, più specificatamente, per la transazione To. I, *Exer. Ad Pandectas IX*, 183-196.

⁽¹⁴⁰⁾ «igitur uti ex quovis pacto datur exceptio, ita sine dubio ex transactione. Sed actio ex hac datur [...] moribus nostris sicuti ex omni pacto actio competit, ita etiam ex simplici transactionis pacto» (SCHILTER, *Praxis iuris romani in foro germanico, Exer. Ad Pandectas IX*, 183-196, spec. § III, 183). Una valutazione in A. TROMBETTA, *Freedom of contract, ascesa e caduta di un principio*, in *RDC*, II (1984), pp. 155-172, F. RANIERI, *Diritto comune e diritto locale nei primi decenni della giurisprudenza del Reichskammergericht. Alcune prospettive di ricerca*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia d’Europa*, Milano 1980, pp. 71-92.

L'*utilitas*, si sostituisce ora alla *subtilitas* ⁽¹⁴¹⁾. Due quindi le direzioni battute: a seconda che la trattazione dell'istituto compositivo segua più da vicino i testi giustinianeï, ovvero, che questi ultimi siano totalmente soppiantati a beneficio del *ius germanicum* ⁽¹⁴²⁾.

Un approccio apparentemente legato alla perpetuazione degli assunti tradizionali si evidenzia in Vultejus ⁽¹⁴³⁾ ed in Bocer ⁽¹⁴⁴⁾,

⁽¹⁴¹⁾ Così ancora MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, Milano 1971, pp. 92-93 e ID., *Teorie delle scienze e potere politico nelle sistematiche tedesche del secolo XVI*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, B. PARADISI (a cura di), I, Firenze 1977, pp. 289-316, spec. pp. 306-308.

⁽¹⁴²⁾ Chiaro esempio della capacità estensiva del diritto locale, consuetudinario e statutario, si coglie in David Maeuius (1609-1670), *Commentarius in ius Lubecense libri quinque* Francofurti ad Moenum, sumptibus Viduae et Hared. Joachimi Wildii, 1679 (su cui A. WATSON, *The making of the civil law*, Harvard University Press 1991, p. 77). Sull'importanza Maeuius, si veda anche STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, Munich-Leipzig 1880, I, pp. 132 e ss. e, più recentemente la voce *Mevius*, *David von* di W. BUCHHOLZ, in *NDB* 17 (1994), pp. 281-283.

⁽¹⁴³⁾ Hermann Wöhl (Vultejus, 1555-1634). Discepolo di Doneau ad Heidelberg, fu interprete con Vigelius di una violenta polemica circa le metodiche di elaborazione ed insegnamento del diritto che, grazie al riflesso delle diverse impostazioni religiose dei due, finì per degenerare e costare a Vigelius la cattedra a Marburg (MAZZACANE, *Contrasti di scienza e rivalità accademiche in una lite del secolo XVI*, in *IC*, 3 (1970), pp. 10-32, spec. pp. 10 e ss.). Da sempre attratto dalla congiunzione del momento teorico con la sua applicazione pratica, Vultejus maturò un forte interesse per il genere delle 'pratiche legali', sia durante il suo soggiorno in Italia, che grazie alla sua stretta collaborazione politica con il langravio Maurizio. Per maggiori riferimenti cfr. STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 452-465; MAZZACANE, *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: 'equità' e 'giurisprudenza' nelle opere di Herman Vultejus*, in *ASD*, 12-13 (1968/69), pp. 257-319; ID., *Teorie delle scienze e potere politico nelle sistematiche tedesche del secolo XVI*, pp. 315-316; ID., *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, pp. 247-249; ulteriori indicazioni bibliografiche in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 139-140, spec. p. 138, nt. 3 e ntt. 10-11; infine, da ultimo, in A. GUZMÁN BRITO, *Hermann Wöhl*, in *JU*, vol. II, pp. 301-303 e, ancora MAZZACANE, *"Il leone fuggito dal circo": Pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index*, 29 (2001), pp. 97-111.

⁽¹⁴⁴⁾ Notizie su Heinrich Bocer (1561-1630) allievo di Vigelius e poi di Borcholten in A. SÖLLNER, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz*, in *Handbuch der Quellen*

mentre un'azione di rinnovamento, destinata a modificare progressivamente equilibri consolidati si può cogliere, dopo la metà del secolo, in Wolfgang A. Lauterbach ⁽¹⁴⁵⁾ e Georg A. Struve ⁽¹⁴⁶⁾.

Tutti costoro, infatti, affrontano il problema della validità e dell'efficacia della composizione amichevole della lite, partendo – come ormai di consueto – dalla classificazione dell'accordo.

Vultejus e Bocer, però, sulla base di una organizzazione sistematica dei mezzi negoziali, ridefiniscono i concetti del *ius romanum*, di cui non rinnegano le intelaiature portanti, limitandosi a colmarle con le disposizioni statutarie delle regioni tedesche ⁽¹⁴⁷⁾.

*und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. Neuere Zeit (1500-1800): das Zeitalter des gemeinen Rechts: Wissenschaft, II/1, H. COING; C.H. BECK VERLAG (hsg.), München 1977, pp. 534-543, 596-97, 601-606 e, con alcune incertezze sulla nascita in H. GÖPPER, ADB, 2 (1875), pp. 759-760 oltre che ancora in BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica*, p. 12 e Id., *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 144 e 280.*

⁽¹⁴⁵⁾ Wolfgang Adam Lauterbach (1618– 1678): dopo gli studi a Jena e Lipsia, nel 1647 passò a Tübinga. Impraticitosi nell'insegnamento quale precettore di nobili rampolli, passò alla corte suprema. Ottenuta la cattedra di *Pandette* a Tübinga, divenne di quella facoltà magnifico Rettore. Tipico giurista del tempo, oltre alla cattedra ricoprì numerosi incarichi pubblici, tra cui quello di consigliere di governo. Morì a Stoccarda nel '78. Per maggiori dettagli, si veda la voce di K. LUIG, per *NDB*, 13 (1982), pp. 736-738 e BAR – DOPFFEL, *Deutsches Internationales Privatrecht im. 16 und 17. Jahrhundert*, pp. 257-259.

⁽¹⁴⁶⁾ Georg Adam Struve (1656-1712), discendente di una famiglia di origine olandese, ma nato in Turingia, figlio di un funzionario municipale, a propria volta giudice della corte di Sassonia (1648), professore a Jena, fu insieme a Lauterbach, Stryk e Schulting uno dei più rappresentativi esponenti dell'Usus Modernus. Il suo compendio (*der kleine Struve*) *Jurisprudentia forensis romano-germanica*, edito nel 1670, fu considerato uno dei manifesti del nuovo *habitus practicus*. Fecondo autore diede alle stampe un *Syntagma iuris feudalis* in 16 capitoli ed uno *iuris civilis*, poi pubblicato come *Syntagma Iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum*, una prima parte, con 25 esercitazioni, nel 1648, ed in seconda edizione, con altrettante esercitazioni, nel 1663. Abbandonata temporaneamente l'attività accademica divenne consigliere aulico del Tesoro della corte a Weimar, per poi tornare a Jena sulla cattedra del Canonico di Richter, nel frattempo, deceduto. Una sintesi della bibliografia si legge nella voce di K. LUIG, per *HRG*, V (1998), pp. 52-58, per *JBL*, pp. 606-607, in quella di R. DOMINGO, per *JU*, pp. 400-402; ed in quella di T. REGEN per *NDB*, 25 (2013), p. 598.

⁽¹⁴⁷⁾ A. SÖLLNER, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus Modernus*, in *IC*, II (1969), pp. 167-186, spec. pp. 167-168 e BIROCCHI (*La questione dei patti nella dottrina*

Il primo, mosso da un'autentica inclinazione propedeutica – non sempre originale – e divulgatore di metodi e problemi già penetrati nei maggiori centri culturali europei, si spinge sino a trasfigurare la *conventio* in una categoria giuridica omnicomprensiva ⁽¹⁴⁸⁾, dai confini più ampi rispetto al patto ⁽¹⁴⁹⁾ e quale minimo comune denominatore di tutti i rapporti obbligatori ⁽¹⁵⁰⁾, tra cui viene ricompresa anche la transazione (*cumventio cum causa*) ⁽¹⁵¹⁾.

Il secondo, membro attivo del gruppo che fa capo all'Università di Tubinga nei primi decenni del XVII secolo, utilizza, invece, la composizione amichevole delle liti quale motivo di serio spunto per una riflessione sul momento normativo della regola contrattuale, al fine di offrire un quadro dei rapporti relazionali tra individui ⁽¹⁵²⁾, nel solco,

tedesca dell'Usus modernus Pandectarum, pp. 163-164, spec. nt. 124) per il richiamo di Bocer al diritto del Württemberg.

⁽¹⁴⁸⁾ È ad essa che si doveva infatti guardare per la qualificazione, come contratti, di strutture negoziali diverse e per la creazione dell'archetipo *contractus*: una definizione generale, cioè, in grado di fissare una struttura comune ad una molteplicità di fenomeni giuridici, anche apparentemente non omogenei, che non si riducesse ad un concetto meramente descrittivo di tutti i dettagli di un preciso istituto, nella cui raffigurazione andasse poi totalmente ad esaurirsi. Una «conventio – invece – quae causam habet [...] unde contractum definitio quod sit conventio cum causa [...]», sulla base di due parametri: «unum pertinet ad ipsorum substantiam, alterum est in contractuum adjunctis» (H. VULTEIUS, *Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae*, Libri II, Marpurgi, Typis Pauli Egenolphi, 1614, Cap. XXX, *De contractibus*, 168-172 per la definizione del contratto; Cap. XLI, *De contractibus innominatis*, 217-219, in materia di contratti innominati; Cap. XLIV, *De contractuum adiunctis*, 229, in riferimento agli elementi accidentali e, per la citazione, ivi Cap. XXX, *De contractibus*, 168-172). Sul problema si veda anche PARINI, *Pacta servabo. Qualche riflessione sulla categoria generale del contratto*.

⁽¹⁴⁹⁾ VULTEIUS, *Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae*, Cap. XXVIII, *De contractibus*, 161-165.

⁽¹⁵⁰⁾ Per ulteriori spunti D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 125 e ss. e PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 222.

⁽¹⁵¹⁾ «conventio, quae causam habet, contractus dicitur» (VULTEIUS, *Jurisprudentiae romanae*, Cap. XXX, *De contractibus*, 168).

⁽¹⁵²⁾ Va da sé che questa ricostruzione recuperava molti motivi della lezione greca e romana, così come di quella umanista. Dapprima, infatti, confutava l'assenza di una efficace definizione contrattuale nei libri legali («nusquam in libris nostris juris contractus plenam et perfectam definitionem quae omnem contractum ex conventionem obligatorium complecteretur veteres [...] nobis reliquerunt», H. BOCER, *Commentarii in*

però, dell'autonomia loro riconosciuta dall'ordinamento ⁽¹⁵³⁾.

Con la *Jurisprudentia forensis romano-germanica* di Struve – siamo ormai nel 1670 – si coglie un'energica virata teorica, che allontana lo schema transattivo dall'ansa contrattuale e/o pattizia per avvicinarlo alla *decisio conventa*, e così inserirlo nel titolo dedicato al processo, sotto la denominazione *De Ratione et modo jus suum persequendi in iudicium* ⁽¹⁵⁴⁾. Il punto d'arrivo risulta, quindi, radicale, deciso nel suo cambio di rotta, di cui, se non si può discutere né la compostezza né il rigore, si può quantomeno apprezzare la sollecitazione a rivedere i dogmi della lezione sino ad allora insegnata.

Ed è proprio in questa veste che già compare anche nel *Syntagma Jurisprudentiae* ⁽¹⁵⁵⁾ ove, se può avere ancora un certo fascino quella 'caccia alle parole', che tanto aveva impegnato la dottrina passata, il

celebrem l. Contractus, 23 ff. de regulis iuris quibus de contractibus et pactis, eorumque conditionibus et effectibus, Spira, Typis Bernardi Albini, 1587, Cap. 1, n. 1, 4); poi constatava la persistenza della lacuna anche con l'avvento dei legisti, almeno sino a Cujas («sed haec contractus definitio incidit in acceptilationem. Nam etiam acceptilatio est conventio, quae proprium et legitimum nomen habet, cum tamen non sit contractus sed distractus», ivi, n. 4, 17), infine Bocér, offriva la propria personale versione del vincolo obbligatorio («contractus est conventio et negocium, ex quo obligatio contrahitur», *Ibidem*). È un'espressione di Cujas, a cui Bocér si richiama direttamente.

⁽¹⁵³⁾ Una scelta interessante che, se ancora sceglieva le vie semi-private della ricerca teorica individuale o dell'insegnamento, dimostrava comunque la tendenza a spostare i requisiti di validità delle norme sul contratto dal piano della loro intrinseca essenza, a quello formale del rapporto con una fonte emanante – fosse esso la natura, o un sovrano –. «Jam autem constat quod pactorum quaedam pariant actionem, ut sunt pacta legitima [...] non sua natura et vi propria, sed ex legis civilis confirmatione efficacem obligationem parere» – tra cui inseriva anche la *transactio* (BOCER, *Commentarius in l. Contractus*, Cap. I, n. 7, 35).

⁽¹⁵⁴⁾ STRUVE, *Jurisprudentia forensis romano-germanica*, Lib. IV, Tit. I, *De transactionibus*, n. 2, 572-573: «Est vero transactio rei dubiae aut litigiosae, aliquo dato vel retento vel promisso, conventa decisio» e Id., *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum*, Exerc. VI, II, Tit. XV, LIII, *De transactionibus*, 328: «Transactio est rei dubiae aut litigiosae ... conventa decisio».

⁽¹⁵⁵⁾ «Decidere rem dicitur Transactio [...] est autem conventa decisio, quae fit partium conventionem. Hinc tamen transactio distinguitur a sententia: quae licet sit decisio rei dubiae, non tamen est conventa decisio, sed per pronuntiationem iudicis [...]. Discernitur etiam a iuramento Transactionem descessionem a lite non gratuita dato vide licet aliquo, retento vel promisso; neque vult esse decisionem, quia causa neque deciditur, neque omnia finirentur, de quibus transigimus» (Ivi, (C), LIII, 328).

riferirsi – da parte dell’Autore – ad essa non più come *pactum*, ma, all’opposto, quale *jus* o *decisio conventa* sembra proprio nascere dal precipuo desiderio di debellare il doppio rischio del processo: la difficoltà, cioè, di provare il proprio diritto e la frequente ingiustizia delle sentenze.

Una conclusione che suona assai drastica, espressione del maggior grado di sensibilità alla realtà circostante dei nuovi operatori del *more germanico* – «quomodo et germanico Vertrag Jurisconsulti utuntur» ⁽¹⁵⁶⁾ – e che, in qualche modo, azzerava con un tratto di penna differenze, scarti e peculiarità della fattispecie compositiva, appiattendolo ogni distinzione in passato operata e per far trascorrere, con grande disinvoltura, la *transactionis definitio* nella parte generale del sistema convenzionale quale strumento precipuo *ut a lite discedatur* ⁽¹⁵⁷⁾.

In questa evidente complessità del clima culturale a Struve non importa soffermarsi sul punto individuato quale discrimine tra *conventio* e *transactio*, ma sottolineare con maggiore chiarezza di quanto non avessero già stabilito i colleghi fiamminghi come la prima fosse solo uno specifico *modus* attraverso cui dar vita alla seconda.

Chi legga il testo non certo alieno da riflessioni sistematizzanti, visto che per la *transactio* il professore di Jena enumera ben sette sottodivisioni ⁽¹⁵⁸⁾, coglie immediatamente il ruolo che la *compositio* deve assolvere: «suaderi partes, praesertim, si causa est ardua [...]»

⁽¹⁵⁶⁾ C. BESOLD, *Thesaurus practicus*, n. 12, *Vergleichen/vertragen*, 804: «apud Germanos, in lingua nostra vernacula, ac frequentiori sive communiori significatione, generaliter idem denotare, quod Latini pacisci, convenire, sive quodcumque negotium, in quo duorum, pluriumve consensus requiritur, quacumque ratione componere [...] Sed tamen pro transactione, quam verbum Vertrag, proprie denotare videtur».

⁽¹⁵⁷⁾ G. A. STRUVE, *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum*, Exerc. VI, II, Tit. XV, *De transactionibus*, LIV, spec. (ß), 329-330 e ancora: «Transigere significat ultra agere, quia vero ultra agendo res tandem perficitur, frequenter Autores probatae fidei significat absolvere [...] Specialiter pro finire rem dubiam litigiosam eamque componere» (Ivi, (α), LIII, 328).

⁽¹⁵⁸⁾ «Notanda est Divisio transactionis in *nudam*, quae fit nuda conventione, seu sine causa et *non nudam* quae lege aliqua confirmatur [...] in *Generalem* [...] in *Specialem* [...] in *Juratam* [...] in *Puram*, [...] in *Poenalem et non Poenalem* [...], in *Judicialem et Extrajudicialem*, [...] in *Privatam et publicam*» (Ivi, LIII, (ζ), 328-329).

primo concordiam tentent, ea vero dissoluta per viam juris procedant»⁽¹⁵⁹⁾.

Quanto poi all'oggetto, la testimonianza è ancora più nitida: acquista sempre maggiore autonomia la figura della ricognizione *causale* del diritto controverso – «transactio vero est de re dubia incertaque»⁽¹⁶⁰⁾ – non più legata alla sinallagmaticità onerosa del vincolo, quanto piuttosto dedicata a soddisfare la funzione materiale del contratto individuata, qui, nella composizione della lite e nell'accertamento del diritto controverso.

Ma se solo ci si fermasse a questo consuntivo, le conclusioni non potrebbero che definirsi sommarie. Occorre, allora, proseguire oltre, sia per verificare la permanenza ed il consolidamento di questo atteggiamento scientifico, che per mostrarne le conseguenze – forse già potremmo azzardare, negative – dell'oscuramento di un'ampia parte della struttura definitoria della transazione sulla sua efficacia.

Se si guarda infatti ai giuristi tedeschi legati, direttamente o indirettamente, al movimento dell'*usus modernus*, si riscopre la tendenza ad abbandonare l'idea astratta di un'*aequalitas* fra le parti del rapporto compositivo: ciò che interessa a costoro sembra essere il vantaggio che i transigenti e, in ultima analisi, la società civile possono e devono ritrarre dalla conclusione di atti pacificatori delle liti.

Il *Compendium pandectarum theoretico-practicum* di Adam Lauterbach, pubblicato postumo nel 1690⁽¹⁶¹⁾, ma che ben aveva fatto

⁽¹⁵⁹⁾ «Quod Germani exprimunt [...] utiliore esse macram concordiam, quam pinguem sententiam» (Ivi, LIV, (ß), 329-330).

⁽¹⁶⁰⁾ Ivi, LVI, (α), 333.

⁽¹⁶¹⁾ La maggior parte delle opere di questo autore è successiva alla morte, avvenuta nel 1678. Ciononostante la notorietà dei suoi scritti negli ambienti giuridici è assai forte anche prima dei riscontri tipografici (STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, II, pp. 139 e ss.). In tema: BAR – DOPFFEL, *Deutsches Internationales Privatrecht im. 16 und 17. Jahrhundert*, p. 529. Su Lauterbach, infine, anche K. LUIG, voce *Lauterbach, Wolfgang Adam* in *NDB*, pp. 736-738 e WESENBERG-G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, ed. it. tradotta e curata da P. CAPPELLINI e M.C. DALBOSCO, di *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Padova 1999 p. 158 (ed. orig. pp. XX e 154).

proprie le riflessioni di Brunneman, Struve e Stryk, mette in crisi l'idea stessa di *conventio* per la transazione («dicitur licet improprie conventio, pactum conventum») per affermare recisamente che

«*transigere est controversiam, vel rem dubiam decidere, aliquo dato, vel promisso, vel retento*»⁽¹⁶²⁾.

La cultura giuridica di quei tempi e luoghi era, infatti, in condizione di disagio, stretta fra la prassi, che preme per l'impiego della transazione come *rei dubiae conventa decisio*⁽¹⁶³⁾ e la tradizione che, di essa, aveva lasciato in eredità una concezione contrattuale tanto spesso priva di elementi fondamentali. Si era argomentato male in passato, ingannati dal ruolo del patto ed animati dal desiderio di ricorrere ad una soluzione conveniente per la transazione che fosse in qualche modo capace di supplire alle lacune del dettato giustiniano.

Ora che la questione dell'azionabilità degli accordi nudi era invece collocata su di un piano differente dallo *jus novum*⁽¹⁶⁴⁾, Lauterbach insiste perché *strictissime interpretanda transactio*; perché se ne apprezzi la *causa impulsiva*⁽¹⁶⁵⁾, senza rinnegare la funzione privata e convenzionale dell'accordo, ma con un occhio al valore superiore dell'ordinamento, attraverso la cui *adprobatio* si sarebbero potuti effettivamente evitare «*multa et varia litis incommoda, eiusque eventus dubius*».

⁽¹⁶²⁾ W.A. LAUTERBACH, *Collegii theoretico-practici a libro primo Pandectarum Pars prima*, Tubingae, sumptibus Johannis Georgii Cottae, 1744, II, Tit. XV, *De transactionibus*, IV, 234.

⁽¹⁶³⁾ [...] et quod transactio etiam sit decisio probari potest [...] sic dicitur conventa, id est per conventionem facta, [...] eodem modo differt a juramento voluntario, [...] quod fit per religiosam assertionem» (*Ibidem*).

⁽¹⁶⁴⁾ Lauterbach relega il problema della forma esterna della transazione a *causa efficiens* (Ivi, II, Tit. XV, *De transactionibus*, IX, 236) e stabilisce che, in base allo *jus novum*: «*moribus nostris ex transactione etiam nudo pacto inita datur actio ad exigendum promissum*». Lo stesso anche in STRYK, *Succinctae annotationes ad W.A. Lauterbachii Compendium Digestorum*, ove si riportano le disposizioni del Ducato di Magdeburgo, II, Tit. XIV, *De pactis*, § *actiones*, 101.

⁽¹⁶⁵⁾ LAUTERBACH, *Collegii theoretico-practici a libro primo*, II, Tit. XV, *De transactionibus*, IX, 236.

Se, dunque, è ormai pacifico che una *voluntas* ‘seria e deliberata’ sia sufficiente per la validità di qualsiasi convenzione, ‘l’intonazione soggettivistica’ ⁽¹⁶⁶⁾ avverte ugualmente la pressione della necessità di un riscontro obiettivo (*in Camera Imperiali*) in grado di conferire efficacia giuridica a quanto stabilito dalle parti ⁽¹⁶⁷⁾.

È la ‘praticità’ a spingere verso soluzioni e dinamiche di mercato che non tollerano divieti di azionabilità, né altri vuoti. L’ordinamento, per parte sua, concede azione «propter vim pacti, quam hodie moribus habet» ⁽¹⁶⁸⁾.

I *doctores* assecondano queste istanze («differentia specifica patet ex ispa definitione; ut ab una parte aliquid remittatur, ab alter vero aliquid detur, relinquatur aut promittatur») cercando, fin dove possibile, di contemperare la vecchia concezione dell’accordo compositivo con le nuove frontiere del fenomeno contrattuale («finis est ut lites finiatur, resque dubiae decidantur») ⁽¹⁶⁹⁾.

Qualcosa del vecchio impianto rimane ancora nelle discussioni accademiche del primo Settecento, ma se si sono persi i tipi, e se è proprio scomparsa la distinzione fra contratti nominati e non, è anche cambiata la qualificazione di causa, oggi definitivamente slegata dalla prestazione ed avvinta alla valutazione dell’*utilitas* riconosciuta dall’ordinamento all’operazione economica compiuta dai soggetti.

Tracciando un modesto bilancio, possiamo dunque verificare come le modalità operative della trattatistica romano-olandese e romano-frisona avessero sviluppato e condotto a termine una

⁽¹⁶⁶⁾ BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell’Usus modernus Pandectarum*, p. 190.

⁽¹⁶⁷⁾ LAUTERBACH, *Collegii theoretico-practici a libro primo Pandectarum*, II, Tit. XV, *De transactionibus*, X, 236.

⁽¹⁶⁸⁾ STRYK, *Succinctae annotationes ad W.A. Lauterbachii Compendium Digestorum*, § *datur actio*, 118. Sul punto, vd. *Le matrici del diritto mercantile tra storia e tendenze evolutive. Atti del Convegno: Como 18-19 ottobre 2007*, S. ROSSI – C.S. STORTI (a cura di), Varese 2009, spec. A. PADOA SCHIOPPA, *Brevi riflessioni sulle fonti del diritto commerciale nella prospettiva storica*, pp. 19-32.

⁽¹⁶⁹⁾ LAUTERBACH, *Collegii theoretico-practici a libro primo Pandectarum*, II, Tit. XV, *De transactionibus*, XXVI, 244.

ricognizione del percorso sostanziale compiuto nel tempo dalla *transactio*, circoscrivendone la funzione ‘giudiziale’. È tuttavia nel *ius germanicum* che quest’ultima viene ad essere elevata ad elemento portante e qualificante della transazione, perché è nella ‘funzione giudiziale’ che i professori teutonici ravvisano la *causa* del negozio.

Si vedano, per una conferma, le *Exercitationes ad 50 libros Pandectarum* di Johannes Schilter ⁽¹⁷⁰⁾, edite a Jena fra il 1675 e 1683 ⁽¹⁷¹⁾.

L’enfaticizzazione del ruolo ‘ricognitivo’ del diritto contestato, *causa impulsiva*, e non più semplice effetto della composizione amichevole ed onerosa della lite, amplia nuovamente il raggio d’azione dei presupposti costitutivi, inducendo una nuova generazione di giuristi a differenti riflessioni sistematizzanti ⁽¹⁷²⁾, di cui sono testimoni gli *Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum* e gli *Elementa*

⁽¹⁷⁰⁾ Johannes Schilter (1632-1705). Dopo un iniziale interesse per filosofia dal 1651, sollecitato dallo zio che ne aveva assunto le cure in seguito alla prematura scomparsa dei genitori, studia diritto a Jena e Lipsia, addottorandosi in *utroque iure*. Impegnato presso l’amministrazione di diversi principi sassoni, a seguito ad una serie di peregrinazioni nelle più importanti città tedesche è dagli ottanta a Strasburgo dove insegnò e rimase sino alla morte. La sua opera maggiore sono le *Exercitationes ad 50 libros Pandectarum* pubblicato a Jena tra il 1675 e il 1683 (notevolmente ampliato come *Praxis a romani iuris in foro Germanico*, riedito diverse volte sino al 1733), e modellato sull’opera di Georg Adam von Struve come una raccolta di 50 dissertazioni con funzione didattica. Per riferimenti si veda SCHÄFER, *Juristische Germanistik Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, pp. 64-66, 127-129; le voci di K. LUIG, *NDB*, 22 (2005), pp. 774-775 e di R. SCHULZE, in *HRG*, IV (1990), pp. 1405-1409; da ultimo, F. RANIERI, *Diritto comune e diritti locali*, pp. 71-92.

⁽¹⁷¹⁾ «Decisio non est genus aliquod legitimum, sed nomen effectus legitimi. [...] Intentio nostra est, non definire, sed probare transactionem esse speciem pacti: idque probatur ex differentia intermedia [...] Consensus est tale quid. Neque dependet in esse transactione, sec parexistit. Ergo non est transactionis effectus.» (SCHILTER, *Praxis iuris romani in foro germanico*, To. I, *Exer. Ad Pandectas IX*, § I, (b), 183 e per la validità presso i Germani, *ivi*, § XIX, 191-192).

⁽¹⁷²⁾ Il principio scientifico –*Wissenschaftliches Prinzip*– della scienza del diritto privato tedesco è illustrato da K. LUIG, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, pp. 211-215 e in *Id.*, *Il diritto patrio in Germania*, pp. 98-100. Per le fonti, invece, J.G. HEINECCIUS, *Elementa juris germanici*, Halae, Impensis Orphanotrophei, 1746, XXXIV-XXXV e *Id.*, *Historia juris civilis romani ac germanici*, Neapoli prostant Venetiis, apud Jo. Baptistam Pasquali, 1764, II, Cap. III, § LV, 370.

juris germanici (1735-1737) di Heincke ⁽¹⁷³⁾ e l'*Introductio in jus Digestorum* da Böhmer. Siamo ormai nel 1734, ma le durevoli ripercussioni di questa lettura si avranno nella disciplina codificatoria in terra tedesca.

Come uno stimolo che, periodicamente spinge, rinverdendo l'attrattiva del tema, le teoriche che appoggiano la semplice incertezza circa la realizzazione di una pretesa non necessariamente contestata, avevano già trovato nel tardo capolavoro di Stryk, *Specimen usus moderni Pandectarum* (1692-1712) ⁽¹⁷⁴⁾, un saldo ancoraggio.

Ma sono – come detto – i *requisita transactionis* individuati da Böhmer ⁽¹⁷⁵⁾ a consentire acquisizioni importanti in ordine allo studio dei singoli istituti giuridici e, nel caso nostro, ad approfondire i requisiti di efficacia, precisando le conseguenze ed indicando lo scopo per transigere. È ovviamente una risposta nettamente orientata quella del maestro di Halle, ma anche la chiave per il superamento definitivo della disciplina romanistica concentrata ancora sull'*interventus rei*, sulla corrispettività e sullo scambio, perno della dottrina cinquecentesca.

La *transactio* in questa linea interpretativa non si esaurisce più nel *factum*, nella realtà, ma poggia tutta la propria forza sul superamento del conflitto e sull'accertamento del fatto dubbio e/o controverso. Se dunque non si possono fare ancora bilanci, la carrellata degli autori ora proposta consente quantomeno di porre in luce quali siano, agli inizi del Settecento, le problematiche discusse dalla civilistica più accorta ed impegnata, valorizzando gli scavi che ancora si andavano facendo sul *corpus iuris* per annodare i fili sparsi di una dottrina che con i territori controriformati manteneva, a dispetto di tutto, un saldo legame, anche se spesso polemico.

⁽¹⁷³⁾ C. BERGFELD, *Johann Gottlieb Heineccius und die Grundlagen seines atur- und Völkerrechts* in J.G. Heineccius, *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts*, übersetzt von P. Mortzfeld, C. BERGFELD (hg.), Frankfurt am Main-Leipzig 1994, 507-532.

⁽¹⁷⁴⁾ LUIG, *Samuel Stryk (1640-1710) under der 'Usus Modernus pandectarum'*, pp. 219-235, Id., *Stryk Samuel*, in *JBL*, pp. 607-608 e, ancora, Id., *Römisches Recht*, pp. 91-107.

⁽¹⁷⁵⁾ RÜTTEN, *Das zivilrechtliche Werk*, pp. 36-41.

Sezione seconda

Et caeteribus Catholicis nationibus confecti.

4. *Il Tractatus de transactionibus di Emanuel Roman Valeron.*

Nel 1517 Nicolaas Everaerts ⁽¹⁷⁶⁾, già professore a Lovanio, poi presidente del Gran Consiglio di Malines e della corte d'Olanda, pubblicando i suoi *Topica sei loci Legales*, constatava come nel *Corpus iuris* ci si preoccupasse di rado della logica giuridica, a tutto vantaggio della casistica, in una sorta di continuo 'legal transaplant' ⁽¹⁷⁷⁾ da una situazione all'altra, senza una precisa visione d'insieme. Pur in un rapido esame degli addebiti, l'umanista si rivelava implacabile nel considerare l'insufficiente coordinamento dei materiali scelti per la compilazione ed inseriti dalla commissione imperiale, postulando la necessità di una lettura sinottica dei testi, di una nuova sensibilità pratica, maggiormente legata all'*usus* che diverrà la cifra stilistica del secolo successivo. Smorzatasi la polemica e l'invettiva contro discrasie e contraddizioni del passato, il XVII secolo rappresenta dunque, come più volte detto, una rivoluzione copernicana, ancorchè le forme e l'emersione del 'nuovo' non siano né omogenee, né seguano gli stessi tempi e percorsi nel nord e nel sud dell'Europa.

In particolare, si può constatare come nei Paesi in cui si era consumata la rottura dell'unità religiosa maturano faticosamente, intrecciate alle lotte sociali ed alle vicende politiche, ipotesi di

⁽¹⁷⁶⁾ L. WAELEKENS, *Nicolaas Everaerts, un célèbre méconnu du droit commun (1463/4-1532)*, in *RIDC*, 15 (2004), pp. 173-183, ma anche, ROBERTS, *A South African Legal Bibliography*, p. 116; O.M.D.F. VERVAART, *Studies over Nicolaas Everaerts (1462-1532) en zijn Topica*, Arnhem 1994, pp. 3-25; D. VAN DEN AUWEELE, *Lovanium Docet. Geschiedenis van de Leuvense Rechtsfaculteit (1425-1914)*, G. VAN DIEVOET et alii (a cura di), Leuven 1988, pp. 60-63; DE WET, *Die ou Skrywers in Perspektief*, pp. 114 e ss e, da ultimo, W. DE VOS, *Regsgeschiedenis*, Kaapstad 1992 (Storia legale, Città del Capo 1992), pp. 164 e ss; R. DEKKERS, *Het humanisme en de rechtswetenschap in de Nederlanden*, Antwerpen 1938, pp. 1-36.

⁽¹⁷⁷⁾ Nuovamente, THOMAS, *Usus Modernus Pandectarum a spurious transaplant*, spec. p. 486.

costruzioni giuridiche diverse fra loro per impianto e prospettive. Talvolta eredi delle elaborazioni culte ⁽¹⁷⁸⁾, esse assumono accenti e contenuti polemici e, laddove percepiscono ancora la benefica capacità ordinante del diritto romano, sono altrettanto consapevoli della perdita di ogni sua funzione legata al dogma dell'universalità ed al principio di autorità, quale suo uso più antico, per essere ora sottoposto al vaglio della ragion pratica e della forza del mercato. Laddove, invece, attratte dagli influssi provenienti dal mondo della seconda scolastica, che tanto impegno aveva profuso soprattutto nello studio della tematica contrattuale, e pur nell'ambito di un reale ed incondizionato rispetto per le fonti, dimostrano una capacità di affrancamento dal passato e dalle vestute categorie di elaborazione medievale. Le idee della Scuola di Salamanca arrivano, così, anche nei Paesi Bassi e da lì si irradiano in tutta Europa, lungo diverse linee direttrici.

Un veicolo di diffusione sono sicuramente le opere del gesuita Lenaert Leys (Leonardus Lessius, 1554-1623) di Lovanio ⁽¹⁷⁹⁾ e le sue

⁽¹⁷⁸⁾ Incredibilmente densa e articolata è la ricostruzione della struttura delle obbligazioni, in particolare della suddivisione tradizionale delle categorie contrattuali, fra fattispecie nominate e non, effettuata dai giuristi francesi del XVI e XVII secolo: da Connan a Du Moulin, sino a giungere, attraverso Domat ad influenzare il futuro della codificazione. Con il primo, Francois Connan, si perde la reale utilità della distinzione fra contratti nominati e non (*causa itaque obligationis non est in nomine, sed in eo quod synallagma vocamus*), a tutto vantaggio di una nuova suddivisione fra negozi onerosi e gratuiti (*hi duorum tantum sunt generum, quia vel gratuito fiunt, vel ob causam*) (F. CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri decem*, Neapoli, ex officina typographica Antonii Tivano, 1724, Cap. II, nn. 1-2, 326-327. Sul punto, PARINI, *Transactionis causa*, I, p. 190). Con il secondo si ha, non solo il superamento della classificazione fra nominati e non, ma altresì l'inserimento di un'ipotesi generale di risoluzione del contratto per inadempimento della parte (C. DU MOULIN, *Nova et analytica explicatio Rubricae et legum. 1 & 2, De verborum obligationis*, n. 58, 25), che sarà ripreso dall'art. 1184 del *code civil*. Infine, con Jean Domat, si perfeziona l'ipotesi risolutoria del contratto, sempre identificato come categoria generale, non più per colpa di una delle parti, o per indampimento, ma anche nei casi di forza maggiore o caso fortuito. Ovvero, si ravvisa la *ratio* dello scioglimento del vincolo nella volontà dei contraenti, i quali «ne veulent que le contrat subsiste, qu'en cas que chacun exécute son engagement» (DOMAT, *Le Loix civiles*, Liv. I, Tit. II, Sec. XII, n. 13, 58).

⁽¹⁷⁹⁾ Per la vita e le opere di Lenaert Leys (Leonardus Lessius, 1554-1623 originario della zona di Anversa (Brecht), professore di teologia morale presso il Collegio dei Gesuiti di Lovanio, dal 1585 al 1600, cfr. T. VAN HOUTDT – W. DECOCK,

lezioni, ma anche Padre Molina (Luis de Molina, 1535-1600) appartenente alla prima generazione di ‘gesuiti-economisti’ ⁽¹⁸⁰⁾ riscuote indubbio successo per la forza delle sue motivazioni, piegabili ad utilizzi assai diversi, che ne favoriscono la proposizione sciolta dalle sue radici più immediate ⁽¹⁸¹⁾.

Lo stesso Grozio ⁽¹⁸²⁾, prigioniero al Castello di Loevestein nel

Leonardus Lessius: *traditie en vernieuwing*, Antwerpen 2005. Considerato una figura chiave tra il rinascimento teologico e il diritto naturale, il gesuita belga deve la sua fama al trattato *De iustitia et iure*, pubblicato da Johan Masius (Lovanio 1605¹). Per una panoramica di tutte le ristampe europee dei suoi lavori, vd. T. VAN HOUDT, *Leonardus Lessius over lening, intrest en woeker, De iustitia et iure*, 2, cap. 20: *editie, vertaling en commentaar*, Brussel 1998, pp. XVIII–XXV. Da ultimo, vd. DECOCK, *Theologians and contracts laws*, che illustra «the evolution of early modern scholastic contract doctrine during the sixteenth century, and the consequences for others jurists theologians» (pp. 18-19, nt. 66).

⁽¹⁸⁰⁾ Professore a Coimbra ed Evora, in Portogallo, fu anche egli autore di un trattato *De iustitia et iure* (edito postumo grazie all’opera dei confratelli del Colegio Imperial de Madrid, nel 1609). È in Molina, come in Lessius, che si coglie un primitivo interesse per il mondo finanziario alla ricerca di una radice etica dell’economia (*Business ethics*) (J. FRANKLIN, *The Science of Conjecture: Evidence and Probability Before Pascal*, Baltimore 2001, pp. 244-245 e pp. 287-288; W. DECOCK, *Lessius and the Breakdown of the Scholastic Paradigm*, in *JHET*, 31.1 (2009), pp. 57-78). Da ultimo, per una bibliografia aggiornata, vd. R. SCHÜSSLER, *The economic thought of Luis de Molina*, in *A companion to Luis de Molina*, M. KAUFMANN e A. AICHELE (a cura di), Leiden- Boston 2014, pp. 257-288, spec. p. 257, nt. 1.

⁽¹⁸¹⁾ Ci si riferisce in particolare alle acute riflessioni effettuate sul diritto regio in merito al valore esecutivo dei *pacta nuda* in base al quale «oriri actionem et obligationem ex nudo pacto, vel qualibet promissione» che potevano risultare particolarmente intriganti in quelle terre di mercanti sempre alla ricerca di nuove forme per avvallare la parola data. Per tutto, vd. LUIS DE MOLINA (*De iustitia et iure, De contractibus*, Madrid, apud Sessas, 1614, Tract. II, disp. 257, nn. 1-4, 11). Ulteriori riferimenti in M. GÁLAN, voce *Luis de Molina*, in *JU*, II, pp. 254-257; EAD., voce *Molina, Luis de (1535-1600)*, in *DCJ*, II (2006), pp. 145-148; F. ROSS, in *JBL*, pp. 449 ss.; voce *Molina, Luis de (1535-1600)*, in A. GUZMÁN BRITO, *La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual*, in ID., *Acto, negocio, contracto y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Cizur Menor 2005, pp. 407-439 e ancora in DECOCK, *Theologians and contracts laws*, pp. 65-67; 135-137; 160-162.

⁽¹⁸²⁾ Vd. F. DE MICHELIS PINTACUDA, *Le origini storiche e culturali del pensiero di U. Grozio*, Firenze 1967; R. FEENSTRA, *L’influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l’erreur et de l’enrichissement sans cause* in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Incontro di studio*, Firenze, 16-19 ottobre 1972, Atti [= Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1]

1619, era stato ispirato da tali opere, ma anche da quelle di Vitoria ⁽¹⁸³⁾, di De Soto ⁽¹⁸⁴⁾ e, non ultimo, dalla metafisica di Suarez ⁽¹⁸⁵⁾.

(1973), 377-402, ristampato in ID., *Fata Iuris Romani, Études d'histoire du droit* (1974), 338- 363; BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, spec. p. 165; P. NEGRO, *Intorno alle fonti scolastiche in Hugo Grotius*, in *Dalla Prima alla Seconda Scolastica*. Divus Thomas, VIII, 27 (2000), pp. 200-251 e, più di recente, T. WALLINGA, *The common history of european legal scholarship*, in *Erasmus Law Review*, 4.1 (2011), www.erasmuslawreview.nl e ancora DECOCK, *Theologians and contracts laws*, pp. 65-66.

⁽¹⁸³⁾ Fra i più recenti studi biografici sul maestro si veda, D. DECKERS, *sub. v. Vitoria Francisco de*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 35, Berlin-New York 2003, pp. 169-173; per l'influenza esercitata dall'opera di F. De Vitoria si rinvia invece a J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca y la renovacion de la teologia en el siglo 16*, Madrid 2000, pp. 26 e 347, ma anche alla più recente *New perspectives on Francisco de Vitoria. Does international law lie at the heart of the origin of the modern world?*, J.M. BENEYTO e C. RÓMAN VACA (a cura di), Madrid 2014.

⁽¹⁸⁴⁾ Per gli aspetti più strettamente biografici un riscontro si ha in BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca*, pp. 954-956 e, nella voce di D. RAMOS-LISSÓN, in *JU*, vol. II, pp. 160-161; mentre per il ruolo del maestro di Segovia presso il Concilio di Trento, ancora valido è V. BELTRAN DE HEREDIA, *Domingo de Soto, Estudio biografico documentando*, Salamanca 1960. Altri riferimenti alle opere, al suo impegno culturale in: F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova 1973, pp. 83-157; H. THIEME, *"Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?"* in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio. Atti: Firenze 16-19 ottobre 1972*, P. GROSSI (a cura di), pp. 7-21, Firenze 1973; ID., *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, Köln-Wien 1986, Bd. 2, pp. 908-922; J. BRUFAU PRATS, *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Salamanca 1989, pp. 11-47; M. SCATTOLA, *Naturrecht als Rechtstheorie: Die Systematisierung der res scholastica in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto* in F. GRUNERT, K. SEELMANN, *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen 2001, pp. 21-47; F. BERTELLONI, *"Sobre la dispensabilidad de la ley antigua. La posición de Domingo de Soto a la luz de la tradición medieval"* in J. CRUZ CRUZ, *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona 2007, pp. 109-132; e ancora M. SCATTOLA, *Domingo de Soto e la fondazione della scuola di Salamanca*, in *Veritas*, v. 54, 3 (2009), Porto Alegre, pp. 52-70.

⁽¹⁸⁵⁾ Francisco Suarez (1548-1617). Dopo essere entrato nella Compagnia di Gesù all'età di 16 anni e aver compiuto gli studi a Salamanca, insegnò filosofia dapprima presso l'università salamantina e in altri *Studia* spagnoli, fino a giungere poi a Roma (1580-85). Tornato in Spagna, insegnò ancora ad Alcalá, Salamanca e infine fu inviato da Filippo II all'università di Coimbra. Religioso devoto, uso alla pratica della mortificazione, laborioso, dedito alla preghiera, godette di tale fama di saggezza a tal punto da esser soprannominato *Doctor eximius*. Per uno sguardo bio-bibliografico, vd. C. GIACON, *La Seconda Scolastica. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino*,

La ricchezza intellettuale e culturale dell'elaborazioni delle opere iberiche in materia negoziale ⁽¹⁸⁶⁾, stretta tra questioni formali e fonti delle obbligazioni, non solo aveva definitivamente trasfigurato la natura oggettiva del sinallagma, ma in considerazione del soddisfacimento di superiori esigenze morali fra cui si poteva indubitabilmente ricondurre l'*aequalitas* contrattuale ⁽¹⁸⁷⁾, aveva riordinato la nozione di *contractus* e le singole fattispecie, in un costante adattamento delle leggi ai fatti, secondo la varietà delle circostanze, la qualità dell'oggetto e delle persone, sino a ridefinire il *pretium justum*, quello che *soli Deo notum est* ⁽¹⁸⁸⁾.

Mariana, Milano 1950; E. GARZÓN VALDÉS, *Las palabras de la ley y su interpretación. Algunas tesis de Francisco Suárez*, in *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 117-129; G. DÍAZ-DÍAZ, *sub. v. Suarez, Francisco*, in *Hombre y Documentos de la Española*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Historia, Madrid 2003, vol. VII, "S-Z", pp. 390-426; C. LARRAINZAR, *sub. v. Francisco Suárez*, in *JU*, pp. 279-284; W. DECOCK, *Counter-Reformation Diplomacy behind Francisco Suarez's Constitutionalist theory*, in *Ambiente Jurídico*, 11 (2009), pp. 69-94; J. ESCANDELL, *Suárez: el pensamiento español del XVI: Continuidad y actualidad*, in C. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA e F.J. LÓPEZ (a cura di.), *En la frontera de la modernidad: Francisco Suárez y la ley natural*, Madrid 2010, pp. 17-38; A.E. PÉREZ LUÑO, *Natural Law Theory in Spain and Portugal. The Threads of Natural Law*, F. CONTRERAS (a cura di), Dordrecht 2013, pp. 135-151; F. TODESCAN, *Lex natura, Beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI*.

⁽¹⁸⁶⁾ Sulla Scuola, al di là del monumentale lavoro di Belda Plans, già citato, (vd. *supra* nt. 183), per un'analisi più specifica delle problematiche finanziarie vd. M. GRICE-HUTCHINSON, *The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary theory, 1544-1605*, Oxford 1952; F. GOMEZ CAMACHO, *Luis de Molina. La teoría del justo precio*, Madrid 1981 e sempre dello stesso autore *Economía y filosofía moral. La formación del pensamiento económico en la Escolástica española*, Madrid 1998; J. BARRIENTOS GARCIA, *Un siglo de moral económica en Salamanca 1526-1629*, Salamanca 1985; A. CHAFUEN, *Faith and Liberty*, Lanham 2003; A. DEL VIGO GUTIÉRREZ, *Economía y ética en el siglo XVI*, Madrid 2006; M. ANXO PENA GONZÁLES, *La Escuela de Salamanca de la Monarquía hispánica al Orbe católico*, Madrid 2009, pp. 415-484.

⁽¹⁸⁷⁾ Questo ordinamento considera il problema dal punto di vista morale, il che implica la comminazione di una sanzione a carico della persona che non agisce in conformità della parola data. Anche nel moderno diritto spagnolo si ammette, come regola generale, dalla conclusione del contratto che quanto promesso renda effettiva la totalità delle loro conseguenze giuridiche previste nell'atto contrattato.

⁽¹⁸⁸⁾ Una buona esposizione del concetto di giusto prezzo e, più in generale, dell'equilibrio contrattuale si legge nelle dotte disquisizioni di MOLINA (*De Iustitia et iure, De contractibus*, Disp. 347, n. 3, e Disp. 348, n. 3, 231-234) laddove scrive:

In questo momento di riaccesa passione per la problematica negoziale e, soprattutto, in un contesto di rinnovato trasporto per l'aspetto linguistico e lessicale, si cerca di ricostruire la cultura giuridica dalle fondamenta per riannodare le fila di un diritto bruscamente troncato dall'imprecisione delle elaborazioni medievali. E mentre si rivaluta il ruolo di *pactum*, *contractus* e *promissio*, snaturandosi le suddivisioni fra *contractus nominati* e *non*, fra *contractus sticti iuris* e *bonae fidei*, merita un posto di rilievo anche il *Tractatus de transactionibus* del vallisoletano Roman Emanuel Valeron ⁽¹⁸⁹⁾, per due

«monopoliis, atque aliis versutijs communiter res aliis vendi consuevit pretio aliqua regione aut loco, it habendum est pro mensura et regula iudicandi pretium iustum rei illius in ea regione». Ma può essere interessante uno sguardo anche al contestato Juan DE SALAS (*Commentariis in Secundam Secundae D. Thomae De contractibus*, Lugduni, sumptibus Horatii Cardon, 1617) professore di teologia al collegio Romano (V. ORDOÑEZ, sub. v. *Salas*, in C. O'NEILL-J. DOMIGUEZ (eds.), *DHCJ*, vol. 4, Roma-Madrid 2001, p. 3467, su cui anche DECOCK, *Theologians and contract law*, p.77.), e a Juan DE LUGO (*Disputationum de iustitia et jure*, Lugduni, sumptibus Philippi Borde, Laurenti Arnaud, et Claudii Rigaud 1652) già avvocato, poi professore di teologia ed infine nominato Cardinale da Urbano VIII nel 1643 (J. ESCALERA, sb. v. *de Lugo Juan*, in *DHCJ*, vol. 3, pp. 2437-2439). Utili spunti in H. M. ROBERTSON, *Aspects of the Rise of Economic Individualism. A Criticism of Max Weber and His School*, Cambridge 1933, p. 164, e in F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, 2: *The Mirage of Social Justice*, Chicago-London 1976 e, da ultimo, per uno sguardo su tutti i territori della conquista, M. J. SOLLA SASTRE, *El gobierno de la especialidad. Personas y cuerpos en movimiento entre España y Ultramar (1850-1885)*, in M. MECCARELLI - P. PALCHETTI, *Derecho en Movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, pp. 23-72.

⁽¹⁸⁹⁾ E.R. VALERON, *Tractatus de transactionibus in quo integra transactionum materia theorice, ac practice, ingenti studio, et iusta methodo collecta, et exposita continetur*, Lugduni, sumptibus Philippi Borde, Laurentii Arnaud, Petri Borde et Guillaume Barbieri, 1664. La monografia del Valeròn rappresenta il primo lavoro sistematico in materia transattiva e risulta imprescindibile per chi voglia affrontare questo argomento e avere una visione d'insieme dei problemi istituzionali sottesi. Essa, infatti, non solo offre un ricco e ragionato repertorio delle speculazioni elaborate fino alle soglie del XVII, ma è altresì tenuta costantemente presente dai giuristi di successivi. Per informazioni sul Valeròn, professore di diritto canonico presso l'università di Valladolid e *celeberrimus causarum patronus*, si vedano: A. FONTANA, *Amphitheatrum legale seu bibliotheca legalis amplissima*, Parmae, Typis Iosephi ab Oleo & Hippolyti Rosati, 1688 (rist. anast. Torino 1961) To. I, Pars II, sub. v. *Valeron Hispani*, col. 383, e N. ANTONIO, *Bibliotheca Hispana nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV. Floruere notitia*, Matriti, apud Joachimum de Ibarra Typographum

ordini di considerazioni.

In primo luogo, questo figura ‘atipica’ di religioso – il Valeron non è uno dei molti teologi-giuristi che illustrano il pensiero spagnolo del Seicento, pure se dotato di ampi interessi e di larga cultura – è di per sé poco nota, rimasto com’è, per lo più trascurato dalle ricerche storiografiche ⁽¹⁹⁰⁾. In secondo luogo, perché l’esame della sua opera consente interessanti verifiche del fecondo intrecciarsi di prospettive teologico-filosofiche con altre più squisitamente giuridiche.

Edito nel 1664 ⁽¹⁹¹⁾, il *Tractatus de transactionibus* diventerà, infatti, un punto riferimento per tutta la dottrina successiva sino alla codificazione, sia per l’ordine sistematico utilizzato nell’organizzazione della materia, sia per la completezza nella trattazione del tema transattivo e le novità di lettura ivi introdotte ⁽¹⁹²⁾.

regium, 1783 (rist. anast. Madrid 1996), To. I, sub. v. D. Emmanuel Roman Valeron, 356.

⁽¹⁹⁰⁾ *Nulla nomine e poca fama* circondano Emanuel Roman Valeron, professore presso l’Università di Valladolid e avvocato della curia, autore del *Tractatus de transactionibus* e di *Animadversiones Juris Civilis*. Per tutto, FONTANA, *Amphitheatrum legale seu bibliotheca legalis amplissima, Pars secunda*, col. 383. Poco cenno se ne fa anche nella letteratura sul contratto in lingua spagnola, pur riconoscendogli, laddove segnalato, un’indubbia grandezza. Per tutti, E. DELL’AQUILA, *Resolucion del contrato bilateral*, Salamanca 1981, spec. nt. 112, p. 65.

⁽¹⁹¹⁾ Esistono incertezze in merito alla data dell’*editio princeps*. Fontana (*Amphitheatrum legale seu bibliotheca legalis*) la colloca nel 1655, mentre Antonio (*Bibliotheca Hispana nova sive Hispanorum Scriptorum*) la stima apparso dieci anni dopo. Da ricerche condotte presso l’Istituto Centrale per il Catalogo Unico, il Catalogo Colectivo del Patrimonio Bibliografico Español, The National Union Catalog e la Library of Congress, le edizioni esistenti sono: Lione 1664 e Lione 1665 tutte provenienti dalla medesima stamperia Borde-Arnaud-Barbier; Milano 1676 e, infine, Colonia 1752 e 1757. Verificata la data dell’*imprimatur* del volume risalente al 10 novembre 1663, la notizia fornita dal Fontana sembra essere errata, mentre quella dell’Antonio terrebbe conto solo della seconda ristampa. L’edizione qui utilizzata come riferimento sarà comunque quella lionese del 1664.

⁽¹⁹²⁾ Uno per tutti, sia di esempio Giuseppe Orceoli. Patrizio Forlivese, ecclesiastico e vera e propria autorità ‘italica’ in materia transattiva che, riferendosi al Valeron, così si esprime: «licet mihi annis elapsis ex improvviso obviam venisset in lucem editus Tractatus de transactionibus, doctissimi atque disertissimi Hispani D. Emanuel. Roman. Valeronis, meo non adhuc completo, ac plene perfecto [...] itaque eiusdem D. Valeronis tractatum commendavi, eiusdemque dicendi elegantiam, gravitatem et doctrinam suam admiratus [...]», G. ORCEOLI, *Tractatus de transactionibus*

Sostenitore convinto della forza ordinante della compilazione giustinianea, di cui si rivela peraltro profondo conoscitore, Valeron manifesta sin dalle prime battute la consapevolezza che le fonti romanistiche non fossero più ormai riconducibili a vera ‘legislazione’, giacchè vengono osservate più come tradizione che come normativa. Tuttavia sono ancora un serbatoio inesauribile cui attingere per l’altissimo grado di precisione e l’univocità dei termini tecnici impiegati. In quest’ottica esprime il fondato convincimento che solo attraverso una corretta elaborazione ermeneutica si potrà conferire praticabilità ed efficienza ai passi introduttivi del Digesto, – specificamente D. 2.15 1 e 2 – ⁽¹⁹³⁾.

Essi, artificiosamente inseriti dai *conditores* nel titolo *de transactionibus* hanno da sempre costretto i giureconsulti ad acrobazie, occorre quindi riconquistarne il significato e, all’occorrenza, rilevarne con onestà intellettuale i punti più oscuri e problematici come quelli che ruotano intorno alla ripetizione del *qui transigit* ⁽¹⁹⁴⁾. Ma a parere del Valeron, non è questo il nodo della ‘questione transattiva’.

Nell’impostare la trattazione il giurista-teologo si interroga di

in quinque partes divisus, Coloniae Allobrogum, sumptibus Johannis Antonius Cramer et Philiberti Perachon, 1701, *Exordium seu praefatio*, n. 2, 2. Per una ricostruzione biografica del giurista forlivese vd. S. PARINI, voce *Orceoli, Giuseppe*, in *DBGI*, p. 1461.

⁽¹⁹³⁾ Sia consentito il rinvio al mio *Transactionis causa*, I, cap. I, pp. 15-21.

⁽¹⁹⁴⁾ L’incertezza, come elemento essenziale della transazione, si convoglia nella contestazione, giudiziale o stragiudiziale che sia, rivelando la tautologia insita nella *l. qui transigit* e negando ogni autonomia al dubbio altrimenti inteso. Il riferimento ulpiano alla *lis*, contenuto in D. 2.15.1, non starebbe quindi ad indicare qualcosa di diverso rispetto alla *res dubia* e, benché alla lite si accompagni l’aggettivo *incerta*, questo assunto non va oltre il senso più superficiale dell’espressione conforme solo ad un certo gusto stilistico, riferendosi al solo dubbio insito nella soluzione del processo: «qui transigit fugit iudiciorum aerumnas, et incommoda, pro quam laboriosa et molesta [...] quapropter probi viri execrantur lites, iudicalem congressum, strepitumque fugiunt, ob ancipitem etiam iudiciorum aleam sumptus in petendo, et moram temporis, quod datur iudicatis [...]. Hinc, in proverbium abiit utiliore esse malam concordiam, quam pinguis sententia [...]. Perversissimum sane eorum genus est, qui adeo sunt litibus asuefacti, ut malint se, vel adversarium perdere, quam ad amicabilem venire concordiam» (VALERON, *Tractatus de transactionibus, proemium*, nn. 3-4, 2-3 e n. 10, 4).

continuo sul fondamento dell'interesse perseguito dalle parti: il solo elemento da tenere in considerazione laddove si ricerchi la *quidditas contractus*. La conciliazione attuata per il tramite della transazione – indubitabilmente, ai suoi occhi, un contratto – ⁽¹⁹⁵⁾ condivide molti vantaggi con altre forme alternative di risoluzione delle liti, ma essa è preferibile. La posta in gioco non è quella di affermare un'astratta superiorità di questo negozio, rispetto ad altri ma, di riuscire a dimostrare la sua indiscutibile capacità deflattiva dei giudizi e l'intangibilità degli accordi per suo tramite raggiunti.

Il processo, al contrario, è un costo per le parti e la società. Il sistema giudiziario è un affanno in sé e per la *salus animarum*.

«Qui transigit fugit iudicium aerumnas, et incommoda, proh (sic!) quam laboriosa et molesta» ⁽¹⁹⁶⁾.

– Ricordiamo che a scrivere era un teologo –. Ma, anche a voler prescindere da questa valutazione di sapore canonistico, la giudizialità, insegnano i commercianti, rappresenta comunque un freno alla fluidità del mercato.

«Quapropter probi viri execrantur lites, iudicalem congressum, strepitumque fugiunt, ob accipitem etiam iudiciorum aleam sumptus in petendo, et moram temporis quod datur iudicatis» ⁽¹⁹⁷⁾.

Alla transazione non bisogna guardare, quindi, come ad una resa della giustizia statale, come ad un ripiego di fronte ad insormontabili limiti strutturali e di inefficienza. Ciò significherebbe non voler dare il giusto peso, oltre che alcun valore etico, alla soluzione amichevole delle

⁽¹⁹⁵⁾ «sed tamen [transactionem] contractum innominatum esse verius est, ut proximior capite dicere coepimus, quod nunc ultra ea quae ibi diximus, sequentibus fundamentis comprobamus [...] nam transactio non nisi sequuto implemento ex una parte actionem pariit [...] quod proprium est innominati contractus... nam nominati etiam circa rei interventum actionem pariunt». VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Tit. I, quaest. IV, n. 10, 21-22, ma anche Tit. I, quaest. III, n. 6, 15.

⁽¹⁹⁶⁾ Ivi, *Proemium*, n. 3, 2.

⁽¹⁹⁷⁾ Ivi, n. 4, 3.

reciproche istanze voluta dai contendenti.

«Prudentius sane agunt, qui litem nondum motam, praevia transactione concordant, utilior enim transactio est, quae futurae controversiae viam praecludit, quam quae coeptam terminat»⁽¹⁹⁸⁾.

Queste argomentazioni che chiudono il *Proemium*, non sono però tese a trasformare il rispetto e l'ammirazione in supina e apriorista accondiscendenza verso il nostro istituto. Valgono, piuttosto, a sgombrare il campo da una consolidata diffidenza nell'approcciare il *pactum transactionis causa factum*, ai fini di un migliore accostamento ad una materia da sempre ritenuta foriera di difficoltà interpretative («Transactionum materiam quam aggredimur subtilem esse utilem atque difficilem porfitentur»⁽¹⁹⁹⁾) ai fini di una sua migliore comprensione.

Le ragioni che hanno da sempre indotto il legislatore a dettare un diritto speciale, per la transazione sono del resto le stesse che suggeriscono all'autore di esplorarne la disciplina, di scandagliarne i recessi più oscuri per addentrarsi tra le sue maglie.

Proprio perché la transazione gode di un regime speciale è infatti opportuno studiarla. Manca invece, nella sua opera, nonostante i dotti richiami alla migliore dottrina d'oltralpe, a quella italiana, a Wesembeck, alla cultura tedesca di Vigelius e Bocer⁽²⁰⁰⁾, oltre che, ovviamente, alla cultura iberica considerata nel senso più ampio – il riferimento corre tanto alla dottrina quanto ai Fueros⁽²⁰¹⁾ – una nozione unitaria di diritto nelle sue varie estrinsecazioni (diritto naturale, positivo, *ius gentium*), poiché egli tende a rifarsi di più al concetto

⁽¹⁹⁸⁾ Ivi, n. 11, 4.

⁽¹⁹⁹⁾ Ivi, n. 1, 2.

⁽²⁰⁰⁾ Ivi, n. 5, 3.

⁽²⁰¹⁾ *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, To. II, Barcellona 1844, Parte IV, Titolo XXVI, Ley X, cuest. 45-46, 1162-1163. A. MASFERRER, voce *López*, *The Siete Partidas*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, S. DAUCHY- G. MARTYN- A. MUSSON- H. PIHLAJAMÄKI. A. WIJFFELS (Eds.), Heidelberg- New York 2016.

teologico di *recta ratio* ⁽²⁰²⁾, in base al quale i singoli sono legittimati a decidere quello che per loro è veramente utile ⁽²⁰³⁾.

Quanto alla disamina giusprivatistica che egli svolge, sembra da sottolineare che, il Valeron abbia costruito le proprie tesi con un costante riferimento al principio generale *pacta sunt servanda*, garantito dall'ordinamento spagnolo, e modulato in ragione dello specifico 'rischio transattivo' assunto dalle parti transigenti.

Ripercorrendo un terreno autorevolmente già battuto dal salamantino Antonio Gomez ⁽²⁰⁴⁾, Valeron spiega come nel Regno di Spagna si sia ormai data per assodata la capacità vicolante non solo del contratto innominato, ma del patto stesso che vi è alla base, arrivando alla logica affermazione che la disciplina applicabile in via cautelativa per i contratti nominati è addirittura la medesima:

⁽²⁰²⁾ Per comprendere la visione che i *doctores* spagnoli avevano del tema, è necessario spiegare brevemente il concetto domenicano di *recta ratio*. Secondo Gomez Camacho, cinque sono le caratteristiche con cui si manifesta: «recta razón es falible, práctica, en situación, controvertida y interpreta la situación desde una perspectiva ontológica y epistemológica determinada», in GOMEZ CAMACHO, *Economia y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la escolástica española*, pp. 79-84. Cfr. anche D. ALONSO-LASHERAS, *Luis de Molina's De Iustitia Et Iure: Justice as Virtue in an Economic Context*, Leiden, 2011, pp. 38 e ss. Per le fonti vd.: LUIS DE MOLINA, *De Iustitia et iure, De contractibus*, I, disput. IV, 11C; C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus licitis atque illicitis*, Venetiis, apud Franciscum Zilettum, 1580, Tract. I, quaest. I, 1a: «ius est potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis. Dominium autem est potestas vel facultas propinqua assumendi res alias in sui facultate vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas».

⁽²⁰³⁾ Si può forse soprassedere dall'esaminare con puntualità le singole sezioni del corposissimo trattato VI Titoli, ciascuno estrinsecantesi in questioni che trascorrono dall'esame delle origini, alla definizione, dall'oggetto, alle parti sino a giungere agli effetti della fattispecie, senza tralasciare la normativa del regno di Spagna.

⁽²⁰⁴⁾ Dopo aver studiato diritto all'Università di Salamanca, ne diventa in seguito docente. La sua opera principale, le *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii, tomi tribus distinctae. Editio novissima* (Matriti, typis D. Gabrielis Ramirez, 1768), scritta presso lo Studium salamantino, fra il 1552 e il 1555, ha un'influenza profonda sulla dottrina giuridica del XVI secolo, godendo di notevole fortuna editoriale fino al 1700. Vd. N. REICHARDT, voce *Gómez, Antonio*, in *JBL*, p. 252; M.P. ALONSO ROMERO, voce *Gómez, Antonio*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture*, pp. 91-94.

«[...] hodie in nostro Regno oriatur efficax actio et obligatio in quolibet contractu innominato per dicta legem regiam ordinamenti primo, quia considero quod virtute eius generaliter datur actio in omni pacto et promissione, in qua datur consensus [...] ex quibus notabiliter infero, quod hodie in nostro Regno in contractu innominato non habebit locum repetitio ex capite poenitentiae [...] sed pars potest agere contra aliam non parentem actione ex ipso contractu» ⁽²⁰⁵⁾

Questò è dunque il motivo per cui il regime speciale previsto per la composizione amichevole delle liti sembra derogare al sistema di diritto comune, accettando un disequilibrio fra le prestazioni, ammettendo pretese infondate e rendendo insindacabile l'adeguatezza degli scambi fra le parti, sino all'irrelevanza di eventuali lesioni.

Tutto viene giustificato in nome di un'utilità e di un benessere attuale, prontamente esigibile sul cui altare sacrificare persino le regole generali, perché la posta in gioco è ben più alta: il disinnescamento della lite. E non vi è possibilità di pentimento successivo. Occorre dunque pensare con attenzione prima di aderire ad un simile contratto.

Lo studio della transazione si dipana attraverso lo scandaglio della sua causa, l'individuazione, cioè, di quel superiore interesse all'abbandono del contenzioso che garantisce agli occhi dell'ordinamento la ragione per la quale questo contratto gode di vincolatività rafforzata che trova immediato riscontro nelle regole che la proteggono e che Valeron legge sia come giurista, che come teologo, offrendo il meglio di sé.

«cum autem iure nostro Regio [...] insuper habita pacti et contractus differentia» ⁽²⁰⁶⁾.

Per tutti i cristiani – scrive il giurista di Valladolid – vi è l'obbligo (*sedulo annitatur*) di evitare le liti e mantenere la concordia. Tale dettato legislativo, ripreso da Matteo (5, 25 e 5, 39-41) ⁽²⁰⁷⁾, richiamato dalla

⁽²⁰⁵⁾ A. GOMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii*, To. II, *De contractibus*, Cap. VIII, *De contractibus innominati*, nn. 4-5, 623-624.

⁽²⁰⁶⁾ VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Tit. I, quaest. III, n. 24, 16.

⁽²⁰⁷⁾ Il precetto evangelico del non litigare, espressione di un obbligo previsto per tutti i cristiani (*sedulo annitatur* appunto), rappresenta il motivo fondamentale, che si

patristica e fatto proprio da tutte le fonti più antiche, è particolarmente stringente per i Vescovi, che pastori e padri del loro popolo, in quanto *iudices*, hanno uno specifico obbligo di dirimere ogni controversia trovando un'equa soluzione e mantenendo in vita *pax* e *concordia*, laddove raggiunta.

Ripreso dalla tradizione più antica, tale principio trova la sua più lucida espressione nella prima normativa sulla transazione che ne descrive gli effetti *ut ei stetur* ⁽²⁰⁸⁾. Dalla transazione nasce infatti un'*exceptio peremptoria litis finitae* che, figlia della dottrina romanistica (*non minor auctoritas transactionum quam rerum iudicatarum*), si presenta nelle *Quinque Compilationes* per poi passare nel diritto comune ⁽²⁰⁹⁾.

riscontra nella maggioranza degli autori e delle collezioni dei primi secoli della Chiesa. Inoltre poiché pieno compimento della legge è l'amore bisogna, comunque, e sempre, trovare un accordo con l'avversario. Cfr. *Mt.* 5, 25; 5, 39-41; *Ad Rom.* 12, 21; 13, 8-10; *Concilium Carthaginense quartum*, in *Concilia Africae: a. 345-a. 525*, C. MUNIER (a cura di), Turnholt 1974; LIX coll. 204; BENEDICTUS DIACONUS, *Capitularium collectio*, in *PL* 97, n. 5, coll. 705.

⁽²⁰⁸⁾ X. 1.36.1, *de transactionibus, sicut grave*, in *Liber extravagantium decretalium*, E. FRIEDBERG (ed.), in *Corpus Iuris Canonici*, To. II, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1881 (reprint Graz), 1959, col. 206. Per uno sguardo a tutto tondo sul ruolo del diritto canonico vd. M. NACCI, *L'evoluzione storica del diritto canonico e delle sue fonti giuridiche*, in M.J. ARROBA CONDE (cur.), *Manuale di diritto canonico*, Città del Vaticano 2014, pp. 33-34.

⁽²⁰⁹⁾ Per quanto concerne la presenza della transazione nella *Compilationes Antiquae* merita qualche precisazione. In particolare, con riferimento all'edizione compilata da Antonio Agustín, con incluso l'apparato di Giovanni Teutonico alla *Compilatio IV (Antiquae Collectiones Decretalium*, Lerida 1576), vd. S. KUTTNER, *Antonio's Agustín's Edition of the Compilationes antiquae*, in *BMCL*, 7 (1977), pp. 1-14. Parziale è, invece, l'edizione FRIEDBERG (*Quinque compilationes antiquae: nec non collectio canonum Lipsiensis, ad librorum manu scriptorum fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg*, Leipzig 1882 [rist. Graz 1956]): solo i testi non presenti nel *Liber Extra* sono infatti pubblicati per esteso. Qui comunque troviamo dedicati alla *transactio* la *Comp. I* (Lib. I, Tit. XXVII) e la *Comp. II* (Lib. I, Tit. XVI), che confluiranno in X. 1.36.7-10 e un'altra decretale di Alessandro III, non riportata nel *Liber Extra*. Infine, nella *Comp. V* (Lib. I, Tit. XX) vi è una decretale di Onorio III (X. 1.36. 11) sempre in tema di transazioni, a cui, in questo caso, intendiamo riferirci esplicitamente. Sul punto anche l'ormai datato, L. DE LUCA, *La transazione del diritto canonico*, Roma 1942, pp. 30 e ss. Per quanto riguarda invece il passo del *Corpus*

Prescindendo in questa sede da eventuali perplessità che tali disposizioni possano suscitare, emergono gli interessi ad esse sottesi: l'esigenza di protezione della parte debole del rapporto da un lato e la deflazione dei giudizi garantita con la transazione, dall'altro. Le ben note esigenze di certezza e di solidità del componimento transattivo finiscono infatti molto spesso per oscurare, nell'ambito dell'indagine scientifica, la concomitante e non meno rinunciabile esigenza di giustizia che l'apparato di tutela giurisdizionale potrebbe offrire alla parte nell'ambito del processo vero e proprio.

Se, senza esitazioni, Valeron afferma dunque la natura contrattuale della fattispecie basata sui requisiti qualificanti della *res litigiosa* e dell'onerosità delle concessioni, e qui sta forse la più grande delle novità offerte dal nostro vallisoletano, che ha così ridotto a due gli elementi qualificanti della fattispecie anticipando di parecchi secoli una disputa tuttora aperta e all'origine di altrattante tradizioni codicistiche ⁽²¹⁰⁾,

«quod reciprocam habeat prestationem nec actori totum quod petit absque aliqua retributione concedatur nec etiam reus adeo liberatur gratuito quod nihil eroget, nel alias transactio tam onerosus contractus quam gratuitus existimetur, et transeat in donationem» ⁽²¹¹⁾.

iuris, per tutti, F. PRINGSHEIM, *Zu Diocletian's rescript CI. 2.4.20*, in *Syntelesia Arangio Ruiz*, 2, Napoli 1964, pp. 1121-1123.

⁽²¹⁰⁾ Questa riduzione della *res dubia* alla sola *lis*, in particolare *litigiosa*, overosia questa eliminazione del requisito dell'incertezza, dal novero degli elementi essenziali della fattispecie compositiva, non solo segnò una certa autonomia nella lettura delle fonti romanistiche e nella loro interpretazione, ma determinò anche la fine dell'idea che la mancanza di incertezza potesse invalidare la transazione. La conseguenza fu dirompente, soprattutto sotto il profilo della buona fede. Arbitraria divenne infatti l'identificazione fra buona fede ed incertezza, mala fede e certezza delle proprie ragioni. Per lo sviluppo dottrinale di questa intuizione si veda *infra* capitolo III, § 2. Per la specifica incidenza della buona fede sulla transazione, invece, vd. ancora, PARINI, 'Omne, quod non est ex fide, peccatum est'. *The relevanced faith in canonical transactio*, in *Innocent III and his time. From absolute papal monarchy to the Fourth Lateral Council*, J. BELDA INIESTA — M. NACCI (dir.), K. PENNINGTON (prefaced by), 2017, pp. 423-447 e più in generale, quale tratto caratterizzante degli atti di *ius gentium*, C. STORTI, *Foedus, Amicitia e societas: Alberico Gentili tra tradizione e innovazione*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552-Londra 1608), Atti dei Convegni nel IV centenario della morte*, vol. II, Milano 2010, pp. 335-376.

⁽²¹¹⁾ VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Tit. I, quaest. VII, n. 1, 29.

non ha nemmeno dubbi nell'affermare che le concessioni, vero elemento distintivo del nostro contratto rispetto ad una normale remissione della lite, devono misurarsi sul metro del conflitto esistente fra le parti, sia esso già insorto, o da prevenire. Sono infatti le pretese che si contrappongono e non, invece, l'accertamento della loro fondatezza, a costituire l'oggetto dell'indagine.

La causa del contratto non risponde, infatti, alla necessità di identificare chi abbia torto o ragione, bensì all'esigenza di pacificazione fra soggetti antagonisti. E, tale scopo si raggiunge con una nuova regolamentazione dei loro interessi ⁽²¹²⁾ che non deve intendersi limitata necessariamente alla nascita di nuove obbligazioni, ben potendo riguardare un oggetto più ampio, più limitato o, del tutto diverso, rispetto a quello che le legava originariamente, e che ha dato luogo allo scontro.

Nella prospettiva portata in luce dal giurista vallisoleitano ciò che maggiormente rileva ai fini della tesi proposta è l'assenza di qualsiasi valutazione in ordine alla congruità o attualità delle rinunce fatte per accedere alla transazione, essendo solo necessario e sufficiente che:

«neque totum remittitur, neque nihil aufertur, sed utrinque aliquid vitandae litis causa remittitur» ⁽²¹³⁾.

Benché nel Digesto siano assenti passi che attestino specificamente la soluzione prospettata, egli si sente ugualmente libero di affermare che le reciproche concessioni non devono eguagliarsi fra loro, né in ordine al valore, né per congruità temporale ⁽²¹⁴⁾.

⁽²¹²⁾ Questa considerazione rafforza il convincimento dell'infondatezza della tesi di una possibile transazione senza lite. Anche nell'ipotesi di *timor litis* – condizione da alcuni considerata di mera incertezza – si attua, infatti, un conflitto che, al pari di qualsiasi altro, è superabile attraverso il ricorso alle concessioni reciproche.

⁽²¹³⁾ HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis*, in *Operum* (To. II, Pars II), Lugduni, Héritiers d'Eustache Vignon et Jacob Stoer, 1599, *De transactionibus*, Lib. Cod. II, 304d.

⁽²¹⁴⁾ VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Tit. I, quaest. VII, n. 1, 29.

La transazione, che esiste indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra *datum* e *retentum*, è, infatti, una *media inter totum et nihil* ⁽²¹⁵⁾. La corrispettività nella transazione, portata in luce dai giuristi culti come elemento qualificante dei contratti innominati, in questo nostro specifico caso indica il sacrificio reciproco sulla base del quale è costruito il nuovo regolamento del rapporto controverso. Non sta a significare che, rispetto alle originarie posizioni contestate, vi sia per forza un reciproco trasferimento di carattere patrimoniale.

Le parti non devono, né ricevono, in dipendenza dall'esito dell'oggetto originario del contendere, ma in ragione della scelta compiuta per effetto della transazione. Di conseguenza le prestazioni, esattamente individuate al momento della conclusione dell'accordo, non potranno più essere soggette ad alcuna modifica per ammontare o qualità ⁽²¹⁶⁾: una parte non potrà chiedere di più di quanto sia stato transattivamente stabilito; mentre l'altra, dal canto suo, non potrà contestare l'intero. Né potrà reclamare un onere eccessivo, o, ancora, opporre un pentimento tardivo.

Pur nella generale tendenza dell'autore, quindi, ad attenuare ogni elemento di carattere soggettivo che possa inficiare il nostro contratto, vi è comunque, uno sforzo per attutire gli effetti negativi derivanti da eventuali anomalie o da sproporzioni fra le prestazioni, che siano così macroscopiche da divenire sperequazioni e risolversi in una vera e propria lesione. Ma, ancora una volta, esse non rilevano di per sé sole, bensì se in concorso con altri comportamenti e situazioni esterni alla struttura contrattuale.

Non interessa, insomma, che i privati concordino una regolamentazione dei propri interessi che sia per forza equa.

In questo la capacità dispositiva della transazione diverge

⁽²¹⁵⁾ HOTMAN, *Disputatio de transactionibus*, n. 4b, 645 e *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus*, Lib. Cod. II, 304c.

⁽²¹⁶⁾ «quod datum ex causa transactionis, repeti non potest: quia intelligitur datum ob eam causam, ut a lite recedatur: et ideo de indebito facit debitum» (F. MANTICA, *Vaticanae Lucubrationes de tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, To. II, Genevae, sumptibus Leonardi Chouer, 1680, n. 12, 689).

dall'accertamento raggiunto con la sentenza («*nam transactio conventio est de parte*») ⁽²¹⁷⁾, anche se entrambe godono poi della medesima efficacia vincolante ⁽²¹⁸⁾.

L'assenza di una precisa correlazione fra transazione e rapporto preesistente era, ed è ancora oggi, l'elemento caratteristico di questo contratto («*causa est res de qua lis vel erat, vel metuebatur*») ⁽²¹⁹⁾.

La transazione innova rispetto al rapporto in conflitto e la misura di questa innovazione è sempre offerta dall'ampiezza del suo oggetto, ovvero dall'ampiezza dei sacrifici corrispettivi.

L'*aliquid datum vel receptum* rappresenta, perciò, il prezzo per cui sacrificare parte delle proprie pretese ⁽²²⁰⁾. L'eventuale rescissione per lesione dovrebbe ritenersi quindi ammissibile solo nei casi in cui la parte lesa, che lo chiedesse non fosse a conoscenza della sproporzione delle prestazioni, non se fu spinta a transigere, con piena coscienza in ragione del proprio stato di bisogno o di necessità. La transazione, dunque, pur essendo idonea a modificare la situazione preesistente, non ha la precipua funzione di accertarla, ma solo di sopire il contrasto.

Nell'ampia ed organica ricostruzione della materia operata dal

⁽²¹⁷⁾ «denique quod in publicis pactionibus est compositio, id in privatis est transactio. Nam transactio conventio est de parte» (HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus*, Lib. Cod. II, 304 c/d).

⁽²¹⁸⁾ Indubbiamente similitudini fra sentenza e transazione, non solo in ordine al risultato raggiunto loro tramite, ma altresì in ordine alla loro obbligatorietà, sono ravvisabili («par igitur est sententiae transactionisque auctoritas: utrunque enim observandum est, sive sententia iudicis praeceptum, sive transactione promissum»), ma la somiglianza non deve per forza comportare identità (Cfr. A. ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos aliquot Commentaria*, To. IV, Lugduni, Petrus Fradin excudebat, 1560, Comm. ad C. 2.4.20 *de transactionibus*, l. *non minorem*, n. 2, 84v da cui il passo riportato).

⁽²¹⁹⁾ HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus*, Lib. Cod. II, 304 c/d.

⁽²²⁰⁾ Il potere di accertamento sembra essere circoscritto, per i privati solo ad atti di natura non negoziale, come, ad esempio la confessione. Da alcuni si nega anche tale riferimento, perché essa non è atto di accertamento, ma semplice dichiarazione di scienza, rappresentativa di un fatto, cui è la legge a riconnettere efficacia di prova legale. Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *ED*, I, Milano 1958, pp. 227-243 e A. CAMPITELLI, *Accertamento e tutela dei diritti nei territori italiani nell'età medievale*, Torino 1999. Sul punto ancora, cap. III, § 1 e 2.

giurista di Valladolid emerge un profilo dottrinale saldamente ancorato alle fonti. L'autore intende inserirsi con critica consapevole nel filone dei pensatori che hanno più di recente dato autonomo rilievo alla problematica contrattuale e ne esce una trattazione completa, che affronta e risolve i nodi principali di questo difficile contratto. L'esauriente conoscenza delle fonti canonistiche e delle logiche del pensiero giurisprudenziale trova spazio nell'opera di Valeron fino ad impregnare profondamente il modo di procedere, segnando una profonda consonanza e continuità sia tecnica che concettuale del suo pensiero al punto da farne un riferimento indiscusso e continuo sino alla codificazione.

5. *L'esperienza lusitana dalle Ordenações Alfonsinas, Manuelinas e Filipinas alle Instituições de Direito civil portuguez.*

Se la sovranità e l'unificazione del diritto sono il segno distintivo dello Stato moderno, la crisi di un potere assoluto e il pluralismo giuridico – un pluralismo capace di moltiplicare non solo i modi della produzione normativa, ma altresì i livelli di tutela dei diritti – lo sono nel momento della crisi più acuta del *ius commune* e in quelle aree, come quella portoghese, dove la frammentazione del potere era più che mai evidente.

Per quanto concerne l'esperienza lusitana, Alexandre Herculano⁽²²¹⁾, a proposito del complesso sistema di riparazione dei reati durante il secolo XII, richiama già l'attenzione sulla alcuni antichi costumi di

⁽²²¹⁾ A. HERCULANO, *História de Portugal Tomo IV (Livro IV e Livro V, parte I)*, D. LOPES (a cura di), Paris-Lisboa 1875, pp. 385-386 e 388 e ID., *Sortes Gothicae*, in *Opúsculos*, To. V – *Controvérsias e Estudos Históricos*, To. II, Lisboa 1907³, pp. 289 ss. Per un approfondimento sulla storia del diritto portoghese in generale, e sulle sue fonti in particolare, vd.: M. CAETANO, *História do Direito Português (Sécs. XII-XVI)*, Lisboa 2000; N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português: fontes do direito*, Lisboa 1991; A.M. HESPANHA, *História das Instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra 1982.

origine visigota ⁽²²²⁾ che, poi permarebbero nel sostrato culturale locale sino al medioevo, influenzando la composizione di opere dottrinali e normative da utilizzare per la transazione delle liti sia in sede penale che civile, al fine di contribuire ad una penetrazione solo mediata del diritto romano ⁽²²³⁾. Queste opere, in lingua castigliana, erano di più facile accesso e traduzione di quanto potesse esserlo il *Corpus iuris civilis* ⁽²²⁴⁾. Tra di esse, si evidenziano, in particolare, le *Leyes de les Siete Partidas*, tradizionalmente attribuite al Re Afonso X il saggio ⁽²²⁵⁾,

⁽²²²⁾ CAETANO, *História do Direito Português (Sécs. XII-XVI)*, pp. 252-254; S. TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción. Principales líneas de su evolución histórica*, in *ADC*, 57, n. 3 (2004), pp. 1105-1146, spec. pp. 1130-1131.

⁽²²³⁾ RUY DE ALBUQUERQUE, M. DE ALBUQUERQUE, *História do direito português*, I, 1140-1415, Lisboa 1999, pp. 345-346; N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa 2006, pp. 236 ss.; G. HAMZA, *Development and codification of private (civil and commercial) law in Portugal and its influence outside Europe*, in *RIDROM*, 15 (2015), pp. 98-114, disponibile online all'indirizzo http://www.ridrom.uclm.es/documentos15/hamza15_pub.pdf.

⁽²²⁴⁾ «Quando as fontes jurídicas não forneciam solução para hipóteses concretas, recorria-se em larga escala ao direito romano e ao direito canónico, assim como ao direito castelhano», M. J. ALMEIDA COSTA, *Romanismo e Bartolismo no Direito Português*, in *BFDCoimbra*, 36 (1960), pp. 16-43, spec. pp. 25 e ss., da cui la citazione e, dello stesso autore, *História do direito português*, Coimbra 2005, pp. 308-317. Per lungo tempo, dunque, anche in Portogallo il diritto romano benchè sussidiario fu applicato quale «fonte inesauribile di soluzioni concrete ai problemi legali», (G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra 1975, pp. 266 e 398 ss; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La transactio romana y el actual acuerdo de mediación*, in *Studia Prawnoustrojowe*, 25 (2014), pp. 173-188. Ma vd. anche N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, in *Scientia juridica*, 29 (1980), pp. 429-455, spec. pp. 444 ss.). Per quanto dunque la *Lei da Boa Razão*, promulgata il 18 agosto 1769 dal re D. Josè I, con l'obiettivo di riformulare le questioni relative alle fonti del diritto in Portogallo, cercasse di invertire questa tendenza, imponendo l'applicazione in via preventiva delle leggi locali, non riuscì mai a scalzare il ruolo egemone del *ius commune*, limitandosi ad indicarlo quale fonte sussidiaria. Quest'ultima, infatti, più che una semplice regola di applicazione, risulta essere una meta-norma, che mostra come i profondi cambiamenti apportati al diritto portoghese siano spesso il frutto del consolidamento e del rafforzamento di alcune posizioni prese dalla Corona. Sul punto, vd. J.H. CORREIA TELLES, *Commentario critico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769*, Lisboa, Typographia de Maria de Madre de Deus, 1865.

⁽²²⁵⁾ Circa la controversia sulla paternità delle *Leyes*, vd. ALBUQUERQUE-DE ALBUQUERQUE, *História do direito português*, pp. 218-219, ma anche, *supra*, nt. 201.

ispirate dalla legge romana di Giustiniano, e così chiamate perché divise in sette parti ⁽²²⁶⁾.

Le *Siete Partidas*, tradotte in portoghese nel XIII secolo, avrebbero influenzato le Ordinanze Alfonsine, in particolare il Libro I ⁽²²⁷⁾. Nel titolo XI di quest'ultimo (*De las promisiones y pactos*), parte V – dedicato specificatamente ai contratti – possiamo trovare un passaggio che fa riferimento a controversie tra le parti e, più specificamente, ad accordi pacificatori tra di esse intervenuti. In tali negoziati possiamo leggere un riferimento implicito alla transazione ⁽²²⁸⁾. Nelle collezioni delle leggi reali in vigore fino alle *Ordenações Afonsinas* ⁽²²⁹⁾, la transazione era dunque nota.

Lo stesso dicasi per le *Ordenações del Rei Dom Duarte*, opera della prima metà del XIV secolo, così chiamata per essere stata trovata nella biblioteca di questo re che, premettendo al testo normativo un indice ('*táboa*') e un discorso preliminare sulle virtù del buon giudice («[...] das vertudes que se rrequerem a huum boom Julgador») ⁽²³⁰⁾, chiedeva, agli avvocati di non esigere compensi prima della conclusione delle lite fra i contendenti ⁽²³¹⁾ e a questi ultimi di registrare la transazione fra di essi conclusa ⁽²³²⁾.

⁽²²⁶⁾ Ivi, pp. 218-222 e BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno Direito Privado português e brasileiro*, in *RFDSão Paulo*, 50 (1955), pp. 65 ss.; ID., *O direito subsidiário na história do direito português*, pp. 276-282.

⁽²²⁷⁾ ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, pp. 265-267.

⁽²²⁸⁾ *Los Códigos españoles concordados y anotados. Código de las siete partidas*, To. IV, Madrid, Antonio de San Martín editor, 1872², p. 691.

⁽²²⁹⁾ ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, p. 289.

⁽²³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²³¹⁾ La prima e unica edizione di quest'opera è della Facoltà di Diritto dell'Università di Lisbona, *Livro das Leis e Posturas* (N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA (prefazione di), Lisboa 1971, pp. 83-84), la cui elaborazione si colloca sul finire del XIV secolo o all'inizio del XV. Relativamente al giudice menzionato in questa legge, cfr. DE ALBUQUERQUE, *História do direito português*, pp. 563-564, e A.L. DE CARVALHO HOMEM, *O desembargo régio: 1320-1422*, vol. I, Porto 1985, pp. 168-71.

⁽²³²⁾ M.J. DE ALMEIDA COSTA, *sub. v. Ordenações*, in *Dic. Hist. Port.*, III, Lisboa 1968, p. 206; *Ordenações Del-Rei Dom Duarte*, M. DE ALBUQUERQUE- E. BORGES NUNES (a cura di), Lisboa 1988, p. 200; I.M. POVEDA VELASCO, *Ordenações Do Reino De Portugal*, in *RFDSão Paulo*, 89 (1994), pp. 11-57, spec. p. 18.

Con l'introduzione delle *Ordenações Afonsinas* (1446-1447) ⁽²³³⁾, si afferma, l'obbligatorietà dell'esperimento di un preventivo tentativo di conciliazione all'inizio di ogni procedimento giudiziale. La *ratio* di tale norma, inserita nel corredo di Ordinanze dal sapore procedurale e civilistico (l'attenzione corre rispettivamente ai libri III per la procedura, e al V per il diritto civile e la contrattualistica), deve rinvenirsi nel tentativo di deflazionare dei carichi giudiziali attraverso la mediazione contrattuale ⁽²³⁴⁾.

Anche se in questo caso il giudice non è interessato alla transazione, ma al suo solo tentativo (*tentativa de conciliação*), non si può ignorare come la composizione amichevole della lite, designata come 'trafaçam' ⁽²³⁵⁾, costituisca un'eccezione perentoria, non suscettibile di appello.

«§ 2 [...] porque a sentença, que antre os ditos litigantes affy feja dada, ou avença, e trafaçam, que entre elles feja feita, nom póde prejudicar, nem empecer a quaefquer outros nõ chamados, a que effe negocio poffa tanger, fe achado for que em

⁽²³³⁾ CAETANO, *História do direito português*, pp. 529-551, ma anche ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, pp. 309-332; DE ALMEIDA COSTA, *sub. v. Ordenações*, pp. 206-210; ID., *História do direito português*, pp. 273-281; POVEDA VELASCO, *Ordenações Do Reino De Portugal*, pp. 17-21.

⁽²³⁴⁾ *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1792 (rist. anast. per iniziativa della Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998, disponibile all'indirizzo <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>), Lib. III, Tit. XX, *Da ordem do Juizo, que o Juis deve ter, e guardar em seu Officio*, pp. 75-83. Secondo J. DUARTE NOGUEIRA- S. ALVES (*O direito processual civil português - Linhas gerais*, in *Est. em homenagem ao Prof. Dr. Pedro Soares Martinez*, Vol. 1, Coimbra 2000, pp. 379-418, spec. p. 392) si tratta della più grande innovazione relativa al diritto processuale dei secoli precedenti.

⁽²³⁵⁾ J.O. DE CASTRO FILHO, *A conciliação no processo civil*, in *RFD*, 1953, pp. 276-288. *Ordenações Afonsinas*, Lib. III, Tit. LXXX, *Quando poderám apelar dos autos, que se fazem fora do Juizo*, pp. 306-314 e Tit. LXXXI, *Dos que nom devem ser recebidos a apelar*, 315-317: «[...] porque a sentença, que antre os ditos litigantes affy feja dada, ou avença, e trafaçam, que entre elles feja feita, nom póde prejudicar, nem empecer a quaefquer outros nõ chamados, a que effe negocio poffa tanger, fe achado for que em alguuma parte lhes he prejudicial». Per tutto, vd. CAETANO, *História do direito português*, pp. 588-590.

alguuma parte lhes he prejudicial» ⁽²³⁶⁾.

In questo campo, la regola era, infatti, che la transazione ponesse fine alla domanda senza possibilità di ulteriore riproposizione della medesima per le parti ricorrenti. Potevano appellarsi solo i terzi, basandosi sul richiamo della frode, sull'intervenuto inganno, o sul ricorso alla malizia.

«A excepçam perentoria he chamada aquella, que remata todo o negocio principal: e deitas affinadamente fam três, que embarguam a conteftaçãõ; a faber, Sentença, Trafauçam, e Juramento» ⁽²³⁷⁾.

Nelle *Ordinanze Manuelinas* (1522), che conservano l'impianto sistematico delle precedenti ⁽²³⁸⁾, solo il linguaggio si è evoluto ⁽²³⁹⁾. Con le *Ordinanze Filippine* ⁽²⁴⁰⁾, nel XVII secolo (1603), la transazione, ora linguisticamente più vicina al lessico attuale, viene citata nel libro IV, relativo alla legge civile ⁽²⁴¹⁾ («Do que quer desfazer a venda, por

⁽²³⁶⁾ *Ordenações Afonsinas*, Lib. III, Tit. LXXXV, *Dos que podem apelar das Sentenças dadas antre as outras partes*, 324-326.

⁽²³⁷⁾ *Ordenações Afonsinas*, Lib. III, Tit. LV, *Das Excepções perentorias*, 183-187.

⁽²³⁸⁾ DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, pp. 281-285, spec. sulla sistematizzazione e sulla tecnica legislativa, pp. 283-284; ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, p. 314; L.C. DE AZEVEDO, *O Reinado De D. Manuel e as Ordenações Manuelinas*, in *RFDSão Paulo*, 95 (2000), pp. 19-32; POVEDA VELASCO, *Ordenações Do Reino De Portugal*, pp. 21-22; B. ARANHA, *Ordenações de El-Rei D. Manuel*, in *DBP*, Lisboa 1894, v. 17, pp. 121-128.

⁽²³⁹⁾ *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1797 (rist. anast. per iniziativa della Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998), Lib. III, Tit. LXII, p. 231: «Quando poderam apellar dos autos, que fe fazem fóra do Juizo, e de que affecto feram as proteftões, que fe fazem fóra»; *ibidem*, Tit. LXVII, p. 248: «Dos que podem apellar das fentenças dadas antre as outras partes».

⁽²⁴⁰⁾ DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, pp. 288-393; POVEDA VELASCO, *Ordenações Do Reino De Portugal*, pp. 22-25; N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas*, in *Bol. do Min. da Just.*, n. 264, pp. 5 ss.

⁽²⁴¹⁾ TEIXETEIRA DE FREITAS A., *Consolidação das Leis Civis, anotada da Martinho Garcez*, Rio de Janerio, B. L. Garnier, Livreiro editor do instituto historico, 1876. Cfr. P.J. DE MELLO FREIRE, *Instituições de Direito civil português tanto público*

ser enganado em mais da metade do justo preço» ⁽²⁴²⁾ con un'evidente ricaduta sulla qualificazione contrattuale dell'intera fattispecie.

«Nos contractos em que se dá, ou deixa huma cousa por outra» ⁽²⁴³⁾.

Nel periodo tra l'ultima delle Ordinanze e il Codice Seabra ⁽²⁴⁴⁾, di chiara ispirazione napoleonica, la nostra fattispecie diviene oggetto di una regolamentazione specifica.

Così, mentre nel 1774, la legge del 31 maggio stabilisce che chiunque voglia impugnarla per lesione enormissima debba depositare quanto abbia ricevuto per suo tramite, al fine di disincentivarne il ricorso al rimedio rescissorio ⁽²⁴⁵⁾. Il decreto del 17 luglio 1778 ribadisce, una volta di più, la forza di giudicato delle vertenze decise in sede transattiva ⁽²⁴⁶⁾.

Mentre in ambito commerciale possiamo trovare il Regolamento Generale della Legge sulle ipoteche, che riconosce, all'articolo 98, la transazione quale titolo valido per la registrazione della proprietà ⁽²⁴⁷⁾.

Anche in dottrina la transazione non viene dimenticata.

Infatti, i principali esponenti del periodo del giusrazionalismo

como particular Libro IV Das Obrigações e acções, M.P. DE MENESES (traduzione di), in *BMJ*, 168 (1967), pp. 27-165, spec. p. 69, sembra affermarlo.

⁽²⁴²⁾ *Ordenações Filipinas in Ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas per mandado del rei D. Filipe o Primeiro. Decima edição*, To. III, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1833, Lib. IV, Tit. XIII, pp. 23-26, da cui la citazione.

⁽²⁴³⁾ *Ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas per mandado del rei D. Filipe o Primeiro. Decima edição*, To. I, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1833, Lib. I, Tit. LXI, 219-222.

⁽²⁴⁴⁾ Per il Codice vd. *infra* nt. 264.

⁽²⁴⁵⁾ M.F. THOMAZ, *Repertorio geral ou indice alfabético das leis extravagantes do reino de Portugal: publicadas depois das Ordenações, comprehendendo tambem algumas anteriores, que se achão em observancia. Tomo Segundo L-Z*, Coimbra-Lisboa, Na Real Imprensa da Universidade, 1819, 382.

⁽²⁴⁶⁾ *Ordenações Filipinas libri IV e V*, Lisboa 1985, *additamentos* ad Lib. IV, pp. 1036-1038.

⁽²⁴⁷⁾ Approvato dal Decreto del 4-agosto 1864, DG n. 182. Cfr. *Legislação complementar doCodigo Civil Portuguez (coord. pelo lente catedrático da 6.ª cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Coimbra 1891, p. 370.

(²⁴⁸), dopo la Riforma Pombalina dell'Università del 1771-1772 (²⁴⁹), affrontano la figura, fondando le proprie posizioni sia sul diritto patrio, piuttosto che sul diritto romano.

Cominciamo con Pascoal José de Mello Freire (1738-1798), uno degli esponenti della riforma del Pombaline (²⁵⁰), tramite il suo lavoro più noto, le *Istituzioni Iuris Civilis Lusitani*, ufficialmente adottate nell'insegnamento dei corsi di diritto civile fino alla metà del diciannovesimo secolo (²⁵¹). Nel Titolo II (*Dos Pactos*) del Libro IV (*Das Obrigações e acções*) delle sue *Instituições do direito civil*, Mello Freire dedica alla materia ben sette paragrafi (²⁵²), esponendo

(²⁴⁸) L.M.T. DE MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações/Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, Coimbra 2001, pp. 52 e ss., spec. pp. 29-31. In particolare, in materia di transazione, cfr: M.M. DA SILVA BRUSCHY, *Manual do Direito Civil português*, 2 voll., Lisboa 1869, p. 20; M. BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal, avendo tre libri I. Das pessoas II. Das cousas III. Da obrigações e acções*, Tomo I, Lisboa, António José da Rocha, 1851, pp. 72 e 277, e V.J. FERREIRA CARDOSO DA COSTA, *Que he o código civil?*, Lisboa, Antonio Rodrigues Galhardo, 1822, 171.

(²⁴⁹) Per un confronto fra il XVI secolo e il XVII secolo vd. R.M. DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina. Alguns aspectos fundamentais*, Coimbra 1990, pp. 9 ss.; DE MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações*, pp. 38-52; ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, pp. 473-478.

(²⁵⁰) Si distacca Luis António Verney (1713-1792), il cui lavoro (*Verdadeiro Metodo de Estudar*, s.e., Valência 1746), e suggerimenti ispirarono il Marchese di Pombal, autore delle grandi riforme del Pombaline.

(²⁵¹) Pascoal José de Mello Freire. «Figura mítica na Jurisprudência nacional» (P. FERREIRA DE CUNHA, *Mello Freire advogado. Notícia de un manuscriptom in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XV (1992-1993), pp. 33-46), illustre storico, giurista e professore universitario, dopo aver completato gli studi in Legge presso l'Università di Coimbra, nel 1763 entra nel Collegio dei Tre Ordini Militari, riservato ai più notevoli spiriti di formazione giuridica. Dei suoi studi trae un'*História do Direito Civil Português* e in seguito le *Instituições do Direito Civil e Criminal Português*, considerate le chiavi di volta per la costruzione di un diritto autenticamente portoghese. Il suo lavoro fu oggetto di un commentario sistematico da parte di M. DE ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO), *Notas de uso práctico e críticas, addições, e remissões sobre todos os titulos e todos os do livro primeiro das Instituições do direito civil lusitano do doutor Pascoal José de Mello Freire*, 4 voll., Lisbona, Na Impressão Régia, 1816. Cfr. F. DA SILVA, M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Pascoal José de Mello (Freire)*, in *DHP*, LX, III, p. 14; A.M. HESPANHA, *Razões de decidier na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Un emsaio de análise de conteúdo*, in *QF*, 59 (2010), pp. 109-151, spec. p. 118, nt. 29.

(²⁵²) FREIRE, *Instituições do Direito Civil e Criminal Português*, pp. 46-50.

diffusamente il tema dell'incertezza quale requisito qualificante della fattispecie, spiegandone la duplice natura quale *eventum incertum iuris* o *litis* ⁽²⁵³⁾ ed arrivando a definire la transazione come quel

«pacto, pelo qual se decide uma questão duvidosa, dando, retendo, ou prometendo alguma coisa, e nisto difere dos outros pactos que se celebrem sobre coisa certa» ⁽²⁵⁴⁾.

Anche gli autori che commentano le opere di Mello Freire continuano ad occuparsi di transazione.

Tra costoro, Manoel de Almeida e Souza (1744-1817) ⁽²⁵⁵⁾, conosciuto come Lobão, anche se non si occupa direttamente delle Obbligazioni e quindi dell'istituto della composizione amichevole delle

Questo autore allude ulteriormente alla transazione, in una prospettiva più procedurale, nelle istituzioni del diritto civile portoghese, sia pubblico che privato (cont.), in *BMJ* n. 171 (1967), pp. 69-168, spec. p. 126 (come eccezione), pp. 141-142 e 148 (appello extragiudiziale).

⁽²⁵³⁾ FREIRE, *Instituições do Direito Civil e Criminal Português*, p. 47.

⁽²⁵⁴⁾ Ivi, p. 46.

⁽²⁵⁵⁾ Manuel de Almeida e Sousa. (1774-1817). Formatosi presso l'Università di Coimbra, ottiene la laurea in *utroque iure* nel 1762. Membro attivo dell'ordine forense, compone in tarda età un trattato sui *morgados*, pubblicato nel 1807 (*Tratado practico de morgados*, Lisboa, Impressão Regia, 1807; ed. rivista e accresciuta nel 1814²). Da quel momento, fino alla sua morte, si dedica assiduamente alla scrittura, dando vita a una produzione di buon livello, anche se non troppo accurata, come ha modo di sottolineare il collega Coelho da Rocha «Os seus muitos e variados escritos, que compreendem todas as partes da jurisprudência, além das notícias sólidas do direito romano e canónico, abundam em conhecimentos profundos da história e das leis pátrias, e sobretudo da prática do foro: respiram extraordinária leitura, e às vezes o mau gosto dos antigos praxistas. Em alguns lugares de suas obras nota-se-lhe falta de dedução e clareza; descuidos de redacção e de estilo, e uma erudição ou série de citações, que vai até cansar. Escrevia com prontidão, mas não tinha paciência para corrigir. Não obstante estes defeitos, as suas obras para o uso do foro suprem uma livreria». Cfr. HESPANHA, *Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX*, p. 120, nt. 34; J. PINTO LOUREIRO, *O jurisconsulto Manuel de Almeida e Sousa*, in *Separata do Bol. da Faculdade de Direito*, 18 (1942), 93 ss.; *Índice geral das obras de Manuel de Almeida e Sousa Lobão*, J. DE ALMEIDA NOVAIS E SOUSA (a cura di), Lisboa, Impressão Régia, 1829; A. HERCULANO, *Estudos sobre o casamento civil por ocasião do opúsculo do Sr. Visconde de Seabra sobre este assumpto*, Lisboa 1866, pp. 119 e ss.; A. CORREIA, *Manuel de Almeida e Sousa, de Lobão, e outros Jurisconsultos de antes Código Civil (1744-1817)*, disponibile all'indirizzo <http://arlando-correia.com/020806.html>.

liti, sottolinea la capacità dispositiva della transazione ⁽²⁵⁶⁾.

In questo periodo, anche, Corrêa Telles (1780-1849) si distingue con il suo *Digesto portugues* ⁽²⁵⁷⁾.

La particolarità del lavoro consiste nel negare natura contrattuale alla transazione e nell'inquadrarla nel XVI titolo, fra i '*Modi di estinzione dell'obbligazione*' («modos de fazer cessar os direitos e obrigações»), insieme al pagamento o alla rinuncia al diritto, piuttosto che nel X titolo, dedicata ai '*Diritti e obblighi derivanti dai contratti*'.

Una soluzione originale, e minoritaria, dunque, del tutto in linea con quella adottata dall' ALR – un testo che, evidentemente, Corrêa Telles dimostra non solo di conoscere, ma anche di padroneggiare –.

Secondo questo autore, infatti, mancherebbe alla nostra fattispecie l'unità volitiva caratteristica del contratto, il *quorum in idem placitum consensum*. La causa potrebbe anche essere unitaria fra le parti, ma diverso sarebbe comunque l'oggetto delle volizioni: in questo modo la transazione si segnalerebbe come l'incontro di due negozi reciprocamente condizionati, dei quali l'uno sarebbe la rinuncia, o il riconoscimento, totale o parziale, della pretesa altrui ⁽²⁵⁸⁾.

⁽²⁵⁶⁾ M. DE ALMEIDA E SOUSA (DE LOBÃO), *Tractado pratico e critico de todo o direito emphyteutico conforme a legislação e costumes d'este reino e uso actual das nações*, tomo II, Imprensa Nacional, Lisboa, 1857, p. 4.

⁽²⁵⁷⁾ José Homem Correia Telles (1780-1849), fu un giurista, giudice e politico portoghese. Nato nel 1780 a Santiago de Besteiros, studiò diritto canonico a Coimbra e successivamente divenne avvocato. Ha partecipato alla redazione del Codice Civile portoghese tra il 1827-1828. Ha svolto la funzione di Juiz de Fora e fu socio onorario dell'Associazione degli Avvocati di Lisbona. Morì nel 1849. Nel 1824 pubblica un *Commentario Critico a lei da Boa Razão em data de 8 agosto de 1769*, Lisboa, Tip. de M.P. de Lacerda, 1824. La sua opera principale è tuttavia il *Digesto portugues ou tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1835 (opera digitalizzata nella biblioteca digitale ARDIES - <http://www.fd.unl.pt/>), probabilmente scritta nella seconda metà degli anni '20. Tradotta in italiano con il titolo *Digesto Portugues o il Trattato di Diritti e Obblighi civili accolti alle leggi e alle abitudini della Nazione Portoghese per fungere da sovvenzione al nuovo Codice Civile, Tomo I*, Lisboa 1909, pp. 158-161. Cfr. HESPANHA, *Razões de decidier na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX*, pp. 118 ss.; J.-M. SCHOLZ, voce *Correia Teles*, José Homem, *JBL*, p. 146.

⁽²⁵⁸⁾ CORRÊA TELES, *Digesto portugues*, p. 158.

Oltre le *Institutiones* di Mello Freire, dopo la riforma di Passos Manuel e la creazione della Facoltà di Giurisprudenza ⁽²⁵⁹⁾, si deve alla dottrina di Coelho De Rocha (1793-1850) il maggiore sviluppo in Portogallo della dottrina transattiva ⁽²⁶⁰⁾.

Responsabile di uno dei corsi di Diritto Civile tra il 1838 e il 1849, Coelho De Rocha, sulla falsa riga di Mello Freire, pubblicò un lavoro autonomo dal medesimo titolo: *Instituições de Direito civil portuguez* ⁽²⁶¹⁾, ove dedicò alla nostra materia la Sezione II del libro III (*Dos direitos, em quanto aos actos juridicos*).

Nonostante possano sorgere alcune perplessità in ordine alla titolazione del paragrafo (*Dos contractos em geral, e das transacções*) De Rocha restituisce dignità giuridica autonoma alla nostra fattispecie, dedicando un capitolo a sé stante alla qualificazione, comparando tutte le fonti, tanto le più antiche che i codici ottocenteschi, da cui attinge a piene mani come si dimostra dalla citazione riportata.

«Transacção é o contracto, pelo qual duas, ou mais pessoas decidem por meio de concessões recíprocas uma contestação, sobre que disputam, ou receiam disputas» ⁽²⁶²⁾.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. Decreto de 5-dic.-1836, DG n. 293, de 10-dic.-1836, art. 78.

⁽²⁶⁰⁾ Manuel António Coelho da Rocha nasce a Covelas nel 1793 e ivi morì nel 1850. Laureato in Giurisprudenza, fu ordinato sacerdote nel 1820. Nel 1822 cominciò insegnare presso la Facoltà di Legge, ben presto, però, fu allontanato dall'ateneo per le sue aperture politiche innovative. Ritiratosi nella sua città natale, esercitò l'avvocatura e le funzioni sacerdotali. Con la vittoria del liberalismo, tornò a insegnare a Coimbra nel 1834 e, due anni dopo, venne eletto deputato. Scrisse le *Instituições de Direito Civil Portuguez. Tomo II*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886 (da cui la consultazione), e l'*Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, para servir de introdução ao estudo do direito patrio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1851 (da cui la consultazione). Cfr. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, p. 496, nt. 1; *Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha*, H. DE BRITO CÂMARA- M.D. DE ANDRADE- G. BRAGA DA CRUZ, in *Bol. Fac. Direito Coimbra*, 26 (1950), pp. 275-301; J.J. LOPES, *Estudos sobre o Código Civil*, fascículo I, Coimbra 1870, capitolo I; HESPAÑA, *Razões de decidier na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX*, pp. 120 ss, spec. p. 120, nt. 38.

⁽²⁶¹⁾ DE MENEZES LEITÃO, *O ensino do Direito das obrigações/Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, pp. 71-74.

⁽²⁶²⁾ COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito civil portuguez tomo II*, p. 588.

Allo stesso modo, Liz Teixeira (1790-1847), responsabile di uno dei corsi di diritto civile tra il 1840 e il 1842, pubblica le sue lezioni nel 1845. A differenza del maestro da Rocha però, Teixeira insiste sull'aspetto fiduciario dell'accordo transattivo:

«A transacção, ou convenção que resolve o direito duvidoso entre as partes, pois que importa alienação e renúncia [...]» ⁽²⁶³⁾.

Con il Codice Seabra ⁽²⁶⁴⁾ siamo nel sistema di diritto napoleonico.

La transazione trova la sua sistemazione definitiva in sede di disciplina. In realtà, il legislatore, conformemente al suo ruolo, regola l'istituto, più che definirlo. È infatti compito dell'interprete, come si è visto, delineare le fattispecie sulla base dei regolamenti legislativi.

In termini di concetto, tuttavia il Codice portoghese, va però esente da quelle mende che avevano colpito l'impianto transalpino: probabilmente perché Oliveira Pinto, già a conoscenza delle critiche che avevano colpito l'articolo 2044 del *Code civil*, in merito all'omissione di ogni riferimento alle concessioni reciproche, decide di porvi rimedio. Da qui la consacrazione della frase '*prometendo um ao outro alguma cousa*', prevista dall'art. 1710 CS.

La formula nazionale, tuttavia, non è del tutto felice: da un lato, perché ammettendo che soltanto uno dei transigenti '*cedesse*' (*cedendo um delles, ou ambos*), sembra azzoppare la sinallagmaticità del

⁽²⁶³⁾ A.R. DE LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil portuguez para o anno lectivo de 1843-1844 ou Commentario ás instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito, Parte segunda divisão 2.ª do direito das cousas com relação á propriedade illimitada*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1848, p. 52.

⁽²⁶⁴⁾ Si tratta del primo codice civile portoghese, il cui progetto, iniziato nel 1850 da António Luís de Seabra (1798-1895), giudice della Corte d'Appello di Porto, fu promulgato nel 1867 ed entrò in vigore l'anno seguente. Ispirato al *code civil* francese, ma con richiami anche all'ABGB austriaco e all'ALR prussiano, restò in vigore fino al 1967. Cfr. M.J. ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil Português*, in *BDF*, 37 (1961), pp. 138-160; J. H. SARAIVA, *Storia del Portogallo*, Milano 2004, pp. 261-262. Sul punto vd. anche M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012.

contratto, dall'altro perché la dizione avrebbe potuto condurre la definizione della transazione ad essere intesa, più come atto di disposizione, che come contratto a prestazioni corrispettive ⁽²⁶⁵⁾.

Pur valutando tutti questi aspetti, tuttavia, la nozione dell'articolo del Codice Seabra, che deriva da una combinazione dell'articolo 2044 del *code civil* (prima parte) e dell'articolo 1764 del codice 1865 (seconda parte), non pare del tutto commendevole ⁽²⁶⁶⁾. Migliora entrambe le dizioni di partenza, superando le asperità e le difficoltà incontrate da entrambi i legislatori nazionali, sia il francese che l'italiano e soddisfacendo un'esigenza peculiare della tradizione giurisdizionale portoghese.

La ricostruzione degli istituti, si presenta nel foro, come nel codice (del resto lo si è appena visto) come il frutto del dialogo tra studiosi e legislatore nazionale, impiegato a respingere o accogliere, in tutto o in parte, costruzioni dottrinali e soluzioni legislative straniere, prospettate come le principali espressioni dei sistemi giuridici comunicanti. Dal canto loro, i giudici subiscono l'influenza della dottrina e citano nelle loro sentenze gli autori più prestigiosi a sostegno della motivazione della decisione. Tale abitudine è incentivata dal fatto essi stessi sono contemporaneamente professori universitari, in quanto la legge, allo scopo di avere giudici colti, consente che si possa rivestire contemporaneamente un doppio ruolo. I giudici citano così precedenti nazionali e, per giustificare soluzioni innovative, sentenze straniere, riprendendo e mantenendo viva la tradizione più risalente ⁽²⁶⁷⁾.

⁽²⁶⁵⁾ M. A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Lições de processo civil*, in *Lezioni di procedimenti civili, scritti da T. Moreno, Sousa Sêco e P. Augusto Junqueiro* (col. Pessoa Vaz), Coimbra 1945, p. 525, ma anche A. VARELA (*Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, s.l., 1955, p. 78, nt. 3) che fornisce come esempi la remissione del debito, la rinuncia a una servitù e la dilazione del prezzo.

⁽²⁶⁶⁾ Inoltre nel Codice di Seabra vi è una precisa distinzione tra la transazione giudiziale ed extragiudiziale con la relativa differenziazione in termini di forma, ex artt. 1711 al 1713, che non è presente in nessun altro Codice di quest'epoca.

⁽²⁶⁷⁾ Il regime dell'art. 1722 del Codice Seabra rappresenta una specificità del regime portoghese.

CAPITOLO II
L'ETÀ DELLA CODIFICAZIONE FRANCESE.
SPUNTI PROBLEMATICI E CENNI APPLICATIVI

SOMMARIO: 1. «*Laisser faire, laisser passer*»: una vischiosa utilizzazione degli schemi del passato fra suggestioni rivoluzionarie e reminiscenze di diritto comune. - 2. *Communication Officielle e Communication Officieuse: la balance de bonne foi et avec le désir de la conciliation*. - 3. La transazione invalida nella prospettiva del *code civil* e nella giurisprudenza delle corti. Un istituto alla prova dei fatti.

1. «*Laisser faire, laisser passer*»: una vischiosa utilizzazione degli schemi del passato fra suggestioni rivoluzionarie e reminiscenze di diritto comune.

Come in altre parti del volume, le problematiche transattive qui trattate sono state specificamente selezionate al fine di evidenziare l'insopprimibile nesso tra il diritto e la sua dimensione spazio-temporale. Con la precisazione che trattandosi di dimensione storica, essa non ha la pretesa di abbracciare un periodo di tempo troppo esteso, ancorché limitato alla sola area francese. Se così fosse, ciò verosimilmente finirebbe per cancellare, o limitare fortemente, l'incidenza delle novità introdotte sull'oggetto studiato. In particolare, anche se ragioni troppo ovvie per essere qui riprese hanno condotto ad individuare nello studio del diritto romano il sostrato dell'esperienza giuridica d'oltralpe, è altresì plausibile ritenere che questa influenza sia stata meno incisiva di quella esercitata sulla mentalità giuridica francese nel momento in cui la comunità, identificandosi con tutta la Nazione, e nel *Code civil* come norma di carattere generale, rimase assoggettata

dalla «fascinazione dell'autorità della legge e dello Stato» ⁽¹⁾.

Va da sé che la scelta di dedicare una trattazione autonoma a tale esperienza, non esclude la possibilità di considerarla come parte della più ampia vicenda intellettuale che investe appieno la *transaction*, con la possibilità di collocarla in uno spazio giuridico più esteso rispetto ai confini geo-politici della Francia, in un tempo in cui non si è ancora del tutto affermata la dimensione nazionale del fenomeno giuridico ⁽²⁾.

Su queste premesse, ad avviare il tentativo di una riflessione sulla composita natura e l'essenza multiforme dell'istituto compositivo un momento fondamentale è rappresentato, già dal finire XVII secolo, dalla legislazione di *Ancien régime* che, consapevole della sua importanza, non aveva lesinato il proprio interesse per il tema d'oggetto. Il *Code Michaud* (Paris, Janvier 1629) ⁽³⁾, infatti, in un quadro di generale snellimento della procedura, aveva indicato chiaramente quali fossero le intenzioni del legislatore per decongestionare le udienze e accelerare lo svolgimento dei giudizi; e così pure l'*Ordonnance civile* del 1667 ⁽⁴⁾, stabilendo che tanto le sentenze, quanto i contratti *passé sus le Scel Royal* dovessero essere *executoires* in tutto il Regno e godere della forza attribuita alla transazione in termini di giudicato, aveva offerto un contributo alla causa negoziale della nostra fattispecie, preparando il

⁽¹⁾ P. LEGRAND, *Notes inspirées par une gene persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'Etat dans les facultés de droit françaises*, in *R.T.D. Civ.*, (1998), pp. 299-302.

⁽²⁾ C. AMODIO, *Mentalità giuridica e comparazione*, in *Polemos*, vol. 4, n. 1 (2010), pp. 173-189, spec. pp. 173 ss.

⁽³⁾ *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 423 jusqu'à la Révolution de 1789*, par T. DECRUSY – F.A. ISAMBERT – A.H. TAILLANDIER, vol. XIV (mai 1610-mai 1643), Paris, Belin-Lépreux, Libraire Éditeur, 1829, 223-344. Per il problema dell'*Ordonnance* di Carlo IX, quale testo antecedente in materia transattiva, si vd. *infra* nt. 33.

⁽⁴⁾ Per il testo dell'*Ordonnance civile* del 1667, cfr. *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667. Nouvelle édition, augmentée de l'Idée de la justice civile. Par M. Jousse, conseiller au presidial d'Orleans*, To. I, Paris, chez Debure l'ainé, 1767, oltre che *Code Louis. Ordonnance Civile 1667*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, To. I, N. PICARDI- A. GIULIANI (a cura di), Milano 1996. Sul punto, X. GODIN, *Ordonnance civile de 1667*, in *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVIe-XIXe siècle). Recueil de textes, présentés et commentés*, J. HAUTEBERT- S. SOLEIL (sous la direction des), Rennes 2011, pp. 47-67.

terreno per i suoi successivi ammodernamenti ⁽⁵⁾.

Indicazioni ulteriormente rilevanti si possono infine trarre dal clima che accompagna la rivoluzione, con il suo andamento a parabola, fatto di picchi e ricadute, fortemente caratterizzato da una valenza simbolica, che non poteva non incidere sugli istituti giuridici prima di poter finalmente giungere al testo normativo codicistico, la cui centralità si vuole resistente sia allo sviluppo successivo della legislazione ⁽⁶⁾, che

⁽⁵⁾ Una felice descrizione di questo contratto «balance de bonne foi, et avec le désir de la conciliation, l'avantage qui résulterait d'un jugement favorable et la perte qu'entraînerait une condamnation; elle sacrifie une partie de l'avantage qu'elle pourrait espérer pour ne pas éprouver toute la perte qui est à craindre; et lors même que l'une d'elles se désiste entièrement de sa prétention, elle se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union, et de se garantir des longueurs, des frais et des inquiétudes d'un procès», in D. DALLOZ, *Jurisprudence générale. Répertoire methodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en droit matière civile, commerciale, criminelle, administrative, de droit de gens et de droit public*, Nouvelle édition, Paris, au Bureau de la Jurisprudence Générale, 1861, To. XLII, Pars I, sub. v. Transaction, Art. 1, n. 2, 638 (*Giornale delle udienze della Corte di Cassazione e delle corti reali, ovvero Giurisprudenza generale di Francia in materia civile, commerciale, criminale, amministrativa e di diritto pubblico, opera del Signor Dalloz Avvocato presso la Corte di Cassazione... versione italiana per cura di D. N. Commerci*, Napoli, dalla Tipografia dell'Ateneo, 1833, To. XII). Ma può essere utile uno sguardo anche a PH. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, H. Tarlier, Libraire-Éditeur, 1828, To. XXXIV, § V, I, 371 (trad. it. *Repertorio ragionato di Giurisprudenza e quistioni di diritto, versione italiana di una società di avvocati eseguita nello studio del collega Filippo Carrillo da lui diretta ed accresciuta*, Napoli, Marotta e Vanspandoch, 1824-1836 e poi come *Dizionario Universale ossia Repertorio ragionato di Giurisprudenza e quistioni di diritto*, sempre versione italiana diretta e accresciuta da Carrillo e colleghi, Venezia, presso Giuseppe Antonelli, 1842).

⁽⁶⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al codice civile*, in *Il codice civile, Atti del convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*: Roma 15-16 dicembre 1992, Roma 1994 (Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei Convegni Lincei, 106), pp. 43-71, anche in *RDC*, 39 (1993), pp. 531-555 (senza la bibliografia), e in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano 1994; U. PETRONIO, *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa 'completezza')*, *QF*, 27 (1998), pp. 83-115; A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, Milano 2001, pp. 85-129, ora accolto in *Id.*, *Scritti (1968-2002)*, vol. II, Napoli 2007, pp. 1079-1136; J.L. HALPÉRIN, *Le regard de l'historien*, in *Le Code Civil. 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, pp. 43-60; *Id.*, *A proposito di alcune difficoltà nell'applicazione dei codici napoleonici nei dipartimenti francesi d'Italia*, in E. TAVILLA (a cura di), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo: traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione: a 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon (1806-2006)*. Atti del Convegno internazionale di studi: Mirandola-Modena 19-20 ottobre 2006, Modena 2009, pp. 265-274; ancora U. PETRONIO, *Influenza*

alla sua diffusione extranazionale ⁽⁷⁾.

Quale è dunque la possibile corrispondenza fra l'articolato quadro dottrinale in materia transattiva che giunge nelle mani del legislatore rivoluzionario? Quale la posizione assunta da quest'ultimo? Ed, infine, le risultanze consegnate alla commissione napoleonica? Andiamo con ordine e facciamo un piccolo passo indietro.

A raccogliere l'eredità del passato prossimo e remoto è Jean Domat (1625-1696) ⁽⁸⁾ che, nel riflettere la frattura fra aree di diritto

del diritto francese in Italia dopo la promulgazione del Code civil, in L. MOSCATI (a cura di), *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Napoli 2013, pp. 153-174; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998, pp. 239-279; ID., *Imperialismo giuridico francese in difficoltà? (a proposito di Antonio Grilli, Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone, Frankfurt am Main, 2012)*, in QF, 42 (2013), pp. 701-717; ID., *L'edificazione del diritto privato italiano dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il bicentenario del codice napoleonico*: Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 20 dicembre 2004, Roma 2006, pp. 55-88, nello stesso volume P. GROSSI, *Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, pp. 1-42; e del medesimo autore *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, pp. 140-145; G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino 2015, pp. 3-25, ristampa per gentile concessione dell'Accademia dei Lincei, del saggio già comparso in *Napoleone e l'Italia*. Convegno (Roma, 8-13 ottobre 1969) 'Problemi attuali di scienza e cultura', Roma 1973, pp. 175-237.

⁽⁷⁾ A. TEISSIER-ENSMINGER, *Le droit privé en toute privauté: trois illustres du Code civil français*, in RRJ, 1 (1994), pp. 29-46; S. SOLEIL, *Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, in M. MECCARELLI- S. SOLIMANO- H.P. HAFERKAMP (a cura di), *Percezioni e impieghi del diritto francese come modello giuridico nell'Europa del XIX secolo*, in *Forum Historiae Iuris*, 2005, pp. 1-46, disponibile all'indirizzo <http://www.forhistiur.de/2005-03-soleil/>; C. STORTI, *Le code Napoléon a-t-il voulu déroger à ces principes. L'ancienne jurisprudence e l'applicazione della disciplina del code Napoléon in tema di domicilio*, in *L'arte del difendere: allegazioni, avvocati e storie di vita a Milano tra Sette e Ottocento*, M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), Milano 2007, pp. 119-163; ancora S. SOLEIL, *'Ces sages lois quel es autres peuples s'empresment à l'envie d'adopter...'. Le recours à l'étranger dans la formation du concept de 'modèle juridique français'*, in RHDF, 86 (2008), pp. 225-244; S. SOLIMANO, *Bonaparte et les îles Ioniennes. Francisation juridique en difficulté. Notes pour un approfondissement*, in F. COPPEIN- F. STEVENS-L. WAELEKENS (a cura di), *Modernisme, tradition et acculturation juridique, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit*: Louvain, 28 mai-1 juin 2008, in *Iuris Scripta retorica*, 27 (2011), pp. 245-266.

⁽⁸⁾ Per un quadro biografico del giurista di Clermont-Ferrand (1625-1696) si vedano, oltre al testo scoperto dal COUSIN (*Documents inédits sur Domat*, in *Fragments Littéraires par M. V. Cousin*, Paris, Didier, Libraire-éditeur, 1843, pp. 220-280, spec.

consuetudinario e diritto romano dimostra la volontà di attingere alle diverse opzioni offerte dal diritto più antico nella misura in cui il risultato complessivo possa apparire congeniale al suo progetto.

In un quadro preciso ed informato, in linea con una visione ‘individualistica’ ed ‘aristocratica’ del sistema giuridico ⁽⁹⁾ – per alcuni persino conservatrice ⁽¹⁰⁾ – descrive nelle *Loix Civiles* ⁽¹¹⁾ la più efficace sintesi delle due tradizioni normative della Francia secentesca, rappresentando la transazione in questi termini:

«La transaction est une convention entre deux ou plusieurs personnes, qui, pour

224 ss.), i comunque risalenti: R.-F. VOELTZEL, *Jean Domat, 1625-1696. Essai de reconstitution de sa philosophie juridique précédé de la biographie du jureconsulte*, Paris 1936, p. 35 e pp. 40-84, su cui, W. SCHÖNFELD in ZSS, GA, 57 (1937), p. 691; N. MATTEUCCI, *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Bologna 1959, p. 7 e L. GORLA, *Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Diritto Pubblico e scritti vari*, V, Padova 1970, pp. 334-338. A noi più vicini: C. SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, Torino 1995, pp. 85-137; F. MARINELLI, *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova 2004, pp. 11-23; A. CAVANNA, *Storia del Diritto moderno in Europa. Le Fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 2005, p. 357. Più di recente la ricostruzione di M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ in *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris 2003, la voce *Domat Jean*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 337-338 e quella di M. FIORAVANTI, in *Le potestà normative del governo: dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, Milano 2009, spec. p. 11 nt. 22 oltre che il ritratto di BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato*, p. 114, nt. 52 e p. 117, nt. 57.

⁽⁹⁾ Cfr. F. TODESCAN (*Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Milano 2014, pp. 7-8) per descrivere l'atteggiamento di larghe frange di ceti elitari francesi aderenti ai costumi di Port-Royal (fra cui troviamo lo stesso Domat, esponente di un giansenismo moderato) al di là della storia tormentata della singola personalità.

⁽¹⁰⁾ BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 133 e B. BAUDELLOT, *Un grand jureconsulte du XVII^e siècle: Jean Domat*, Paris 1938, p. 123.

⁽¹¹⁾ Più specificamente: «Les conventions étant engagements volontaires, qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connoissance et avec liberté; et si elles manquent de l'un ou de l'autre de ces caracteres, comme si elles sont faites par erreur, ou par force, elles font nulles [...]. Personne ne eut en faire pour un autre [...]. Et on peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tierces personnes. [...] Tout les clauses de convention ont leur sens borné au sujet dont on y traite, et ne doivent pas être étendues à des choses où on n'a pas pensé». DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv. I, Tit. I, *Des conventions en general*, Sec. II, nn. 2-3, 21, e n. 23, 24). Su tutto, cfr. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, pp. 105-106, anche in italiano con il titolo di *Le origini dottrinali del Codice civile francese*, M. VILLEY (prefazione di), M. BONAVITA, F. DE RENSIS (traduzione di), Napoli 2005) e MATTEUCCI, *Jean Domat*, pp. 44-45.

prévenir ou terminer un procès, reglent leur différend de gré à gré, de la maniere dont ils conviennent; et que chacun d'eux présere à l'espérance de gagner, joint eau péril de perdre»⁽¹²⁾.

Una dizione, dunque, che fatica a venir capo dell'insieme delle opere da secoli circolanti in materia, – solo di recente, come si è visto nel precedente capitolo, si era cercato di porre ordine in quella *moltitudo antiqua* –, ma comunque in grado di offrire una lettura contrattuale dell'istituto compositivo, inserita all'interno di una teorica generale delle obbligazioni create dal giusrazionalista per rispondere concretamente alle esigenze di unificazione dello stato assoluto.

Critico verso la giurisprudenza degli *arrêts* – definita il regno del disordine⁽¹³⁾ – ed incline a rafforzare l'identificazione fra diritto e legge – una scelta, questa, di chiaro stampo giusnaturalista – Domat sceglie così di attirare l'attenzione sui contenuti 'tecnici' a scapito di quelli 'metafisici' e, segnatamente, sulle formalità necessarie perché la volontà contrattuale giunga ai suoi destinatari più chiara e limpida possibile.

L'uomo, la cui natura viene ripensata in funzione del sistema giuridico è, infatti, sempre alla ricerca di un fine e poiché le leggi sono le regole della sua condotta, conoscere il *finis ultimus* significa capire la massima tensione cui egli aspira, la causa efficiente di ogni fattispecie rendendola accettabile e meritevole agli occhi dell'ordinamento (la

⁽¹²⁾ DOMAT, *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv. I, Tit. XIII, *De transactions*, Sec. I, n. 1, 146. Ma si veda anche la definizione del *Legum delectus*: «Transactio, quecumque sit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur. [...] Ei, qui nondum certus ad se querelam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversariis pacto transegit, tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur. His tantum transactio obest, quamvis major annis vigintiquique eam interposuit, de quibus actum probatur. Nam ea quorum actiones competere (ei) postea compertum est, iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non docetur» in ID., *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum Scholae et Fori. Accedunt singulis legibus suae summae earum sententiam brevi complexae, Editio secunda*, Amstelaedami, ex officina Wetsteniana, 1703, Liv. I, Tit. XV, *De transactionibus*, XII e XIV, 35 (trad. it. *Scelta di leggi*, Venezia, co' tipi di Antonio Bazzarini & co., 1834).

⁽¹³⁾ Così GORLA, *Studi in onore*, pp. 343-346.

cosiddetta *good consideration*)⁽¹⁴⁾. Ciascuno, del resto, «contrae secondo le occasioni e le circostanze nelle quali si incontra»⁽¹⁵⁾, in forza dell'*esprit* e motivato dal *cœur*⁽¹⁶⁾.

Per quanto inserita in un filone 'conservatore', dunque, la struttura di questo '*contratto dei litiganti*' ruota intorno ad un forte recupero dei principi di diritto naturale. E ciò non senza conseguenze. Si tratta della riduzione delle fonti privatistiche ad un ordine sistematico ricavato da quello naturale, filtrato però, dall'elaborazione giurazionalistica⁽¹⁷⁾.

Uno spunto – poi raccolto dalla Commissione napoleonica – per un'equiparazione fra l'analisi teorica e quella dinamica dei testi d'apertura della rubrica giustiniana⁽¹⁸⁾, che riduce la portata della fattispecie compositiva orientandone, in qualche modo, l'efficacia.

Nelle *Loix civiles* la transazione investe, infatti, solo i rapporti cui le parti sono specificatamente interessate («una transazione è limitata alle questioni che si sono agiate e non si estende ad altre delle quali non si tratta»)⁽¹⁹⁾. L'eventuale dichiarazione contraria non significa affatto che essa coinvolga tutte le contese in potenza fra i contraenti, malgrado la possibile ampiezza dell'espressione.

⁽¹⁴⁾ Distinzione di fondo, questa, che rappresenta la tendenza di Domat a non assolutizzare il dominio della *ratio* nella lettura degli istituti, a tutto vantaggio di «una incoercibile inclinazione verso l'Assoluto», TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, p. 29.

⁽¹⁵⁾ DOMAT, *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis*, Liv. I, Tit. XIV, *De pactis*, II e IV, 28.

⁽¹⁶⁾ H. GOUHIER, *Le coeur qui sent le trois dimensions. Analyse d'un pensés de Pascal*, in *La passion de la raison. Hommage à Ferdinand Alquié*, J.-L. Marion, Parigi 1983, pp. 203 e ss. e ancora, per uno sguardo complessivo, ID., *Blaise Pascal: conversion et apologétique*, Paris 1986, pp. 54 e ss.

⁽¹⁷⁾ J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, P. CHAUNU (préface de), Paris 1992, p. 65.

⁽¹⁸⁾ L'espressione è di Tarello, (G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle Loix Civiles di Jean Domat*, in *MSCG*, 2 (1972), pp. 125-157), ma si veda anche ARNAUD, *Le origini dottrinali del Codice civile francese*, pp. 105-106; BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, nt. 159, p. 137 e MATTEUCCI, *Jean Domat*, pp. 44-45.

⁽¹⁹⁾ «Transactio quaecumque sit, de his tantum de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur, L. 9, ff. de transactionibus», DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv. I, Tit. I, *Des conventions en general*, Sec. II, n. 23, 24, spec. (r), ma anche ID., *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis*, Tit. XV, *De transactionibus*, XII e XIV, 35. Per il testo, vd. *supra*, nt. 12.

«La transazione si limita sembra al suo oggetto, e non regola che le controversie compresevi (artt. 2048 e 2049)» ⁽²⁰⁾ dirà anche il *code* e la dottrina su di esso costruita ⁽²¹⁾.

L'accordo compositivo vincola, così solo le parti, mentre i terzi,

⁽²⁰⁾ TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du mandat, du cautionnement et des transactions; ou commentaire des titres XIII, XIV et XV du Livre III du Code civil*, Bruxelles, Société Typographique Belge, Ad. Wahlen et compagnie, 1846 (anche in versione italiana *Del mandato, della fidejussione e delle transazioni. Commenti dei tit. XIII, XIV e XV del Lib. III del Cod. Civ. di Troplong. Prima versione italiana, con la giunta di parecchie note del confront con le leggi per lo regno delle due Sicilie e delle citazioni delle leggi romane*, Napoli, Stabilimento tipografico di C. Batelli, 1846), n. 108, 179: «Les art. 2048 et 2049 contiennent des règles d'interprétation relatives à l'effet de la transaction. La transaction doit se renfermer dans l'object que le parties ont eu en vue. Fruit de la volonté, elle ne saurait s'étendre à des contestations auxquelles cette volonté est restée étrangère. *Lites*, disait Ulpian, *de quibus cogitatum non est, in suo statu retinentur*».

⁽²¹⁾ «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. — Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement ou pour les causes autorisées par la loi. — Elles doivent être contractées et exécutées de bonne foi. Elles obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation, d'après sa nature. Ces règles fondamentales sont entièrement applicables aux transactions, ainsi que celles que trace le Code civil sur l'obligation de donner, sur l'obligation de faire ou de ne pas faire [...] Outre ces effets généraux qui lui sont communs avec toutes les autres conventions, la transaction produit encore, entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayans- cause, certains effets qui lui sont propres.[...] son effet principal est et doit être d'éteindre la contestation née ou à naître qui en a été l'objet. [...] Elle l'éteint irrévocablement [...] La transaction est un véritable jugement, un jugement d'autant plus sacré, d'autant plus irrévocable, que les parties elles-mêmes l'ont prononcé dans leur propre cause. Aussi les transactions ont entre les parties contractantes l'autorité de la chose jugée en «dernier ressort» (2052), et, dans certains cas même, elles ont plus de force qu'un jugement qui aurait acquis l'autorité de la chose jugée en dernier resort. [...] La transaction, en tant que convention, a déjà *force de loi* entre les parties contractantes. A cette force, l'article 2052 ajoute *l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*; que faut-il donc entendre par cette autorité que le législateur semble mettre au-dessus de celle de la loi même? La loi fait le droit; le juge le consacre: en vain la loi serait pour vous si le juge vous condamne: le juge est donc, entre les parties, plus puissant que la loi même; la chose jugée plus puissante que la loi [...] sans cela les procès seraient interminables, car celui qui souvent reste le plus souvent convaincu qu'il avait la loi pour lui», J.-B. MARBEAU, *Traité des Transactions d'après les principes du code civil*, Paris, Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1832, Liv. III, *De l'effet des transactions*, Cap. I, *Effets généraux des contrats*, n. 217, 147-148, e Cap. II, *Effets particuliers du contrat de transaction*, n. 218, 148; Cap. II, Sec. I-III, nn. 219-221, 148-149.

per poterne approfittare, dovranno dichiararlo esplicitamente ⁽²²⁾.

Altra è la questione complessa, ovverosia il contrasto da sedare. Una contrapposizione in senso processuale o, al contrario, un fenomeno più ampio?

Problema già da tempo dibattuto e mai completamente sopito, esso si rivela ora più che mai essenziale, non solo per identificare i requisiti in base ai quali ravvisare la presenza di una transazione, ma anche per stabilirne l'operatività e la capacità preclusiva in ordine alla situazione litigiosa ⁽²³⁾. E' infatti ben chiaro al giurista che laddove richiesta l'oggettività del contrasto, sarebbe rimasta sempre aperta la via

⁽²²⁾ Così recepito nel *Code* all'art. 2051. «A parité de raison pour transiger une fausse conséquence, si l'on en induisait que la transaction faite seulement avec l'un de ceux qui ont le même intérêt doit avoir son effet à l'égard des autres. Il est d'ailleurs de règle générale que les obligations n'ont de force qu'entre ceux qui les ont contractées, et que si celui qui n'a point été partie dans un acte ne peut pas s'en prévaloir, cet acte ne doit pas aussi lui être opposé», PH. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, Videcoq Libraire, 1827 (rist. anast. Osnabrück 1968), To. XV, Liv. III, Tit. XV, *De Transactions. Présentation au Corp Législatif et exposé de motifs*, par. M. Bigot-Préameneu, art. 2051, 108 (trad. it. *Motivi, rapporti e discussioni che si fecero al corpo legislativo francese per la formazione del codice Napoleone. Traduzione italiana col testo del codice in originale francese*, Milano, Tipografia di Francesco Sonzogno di G., 1805-1807). Per maggiori riferimenti alla rilevanza della transazione nei confronti dei terzi, sia consentito il rinvio anche al mio, 'Quidquid ex testamento petunt scriptum heredem convenire debent'. *Initial comments on the inheritance transaction in the ius commune and the modern era*, in *Succession Law, Practice and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, M.G. DI RENZO VILLATA (edited by), Berlin 2018 cds. Per qualche riferimento alla *Présentation au Corp Législatif et exposé de motifs*, par. M. Bigot-Préameneu, cfr. F.J.J. BIGOT-PRÉAMENEU, *Discours devant le Corps-Législatif à l'occasion de la nouvelle édition du Code*, 22 août 1807, in PH. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, To. I, CXIX e ss.; SOLEIL, *Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, spec. ntt. 29-30.

⁽²³⁾ «De ce que la transaction est un contrat par lequel les parties préviennent ou terminent une contestation (2044), il s'ensuit que, pour transiger, il faut qu'il y ait entre les parties contestation née ou à naître, c'est-à-dire qu'il y ait procès ou matière à procès, au moins dans l'esprit des parties: sans cela point de transaction [...]. La transaction feinte n'aurait que la qualité de l'acte caché [...] Or, toute contestation suppose des prétentions respectives opposées entre elles: pour transiger, il faut donc ou que chacune des parties restreigne ses prétentions de manière à ce qu'elles puissent se concilier ensemble, ou que l'une des parties renonce entièrement aux seines», MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, nn. 11-12, 4-5.

all'impugnativa dell'accordo al fine di provare l'infondatezza della pretesa. Laddove ritenuta invece sufficiente una valutazione solamente discordante fra le parti, la successiva dimostrazione dell'irrelevanza delle pretese non avrebbe travolto il contratto.

Come sappiamo l'influenza di Domat sul *Code* verrà solo in minima parte intaccata dalla soppressione del requisito delle concessioni reciproche, peraltro recuperate in sede interpretativa, ma per quanto invece concerne l'essenza strutturale del negozio, non vi è dubbio: Domat insegna ed il *Code* raccoglie.

L'incertezza in merito alla fondatezza delle proprie ragioni non è, né ora, né poi, una peculiarità della transazione ⁽²⁴⁾.

Le parti normalmente litigano nell'assoluta convinzione di aver diritto e che la loro controparte, invece, abbia torto ⁽²⁵⁾. La *res* qualificante in questa convenzione è, quindi, indubitabilmente, quella *litigiosa* per il giansenista francese. *Res litigiosa* e *voluntas* circoscrivono anzi il perimetro conoscitivo e dispositivo delle parti contraenti, a prescindere dai sacrifici reciproci ⁽²⁶⁾.

«Ce qui est dit dans cette loi 38 C. *de transactionibus*, qu'il n'y a point de transaction, si l'on ne donne, et ne promet rien, ou si on ne retient quelque chose, ne doit pas être pris à la lettre; car on peut transiger sans rien donner, et sans rien promettre, ni rien retenir. Ainsi celui qu'on prétendroit être caution d'un autre, pourroit être déchargé de cette demande par une transaction, sans que de part ni d'autre il fût rien donné, rien

⁽²⁴⁾ Una consonanza di intenti si avrà con la codificazione, come dimostra il passo di Troplong qui riportato. Per tutto, TROPLONG, *Le Droit civil expliqué*.

⁽²⁵⁾ «Dummodo qui agit, vel defendit credat iustam causam se fovere» scrivevano tanto i canonisti quanto i primi civilisti. Il giunto di svolta è quindi di stampo teologico ma investe in pieno la buona fede dei contraenti anche sul piano processuale come ci dimostrano i primi legisti qui citati (AZZONE, *Summa super Codicem*, Papie, per Bernardinum & Ambrosius frates de Rouellis, 1506 (rist. anast. Augustae Taurinorum 1966), Lib. II, *De transactionibus*, 26 e ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, Venetiis, per Baptistam de Tortis, 1488 (rist. anast. Augustae Taurinorum 1969), gl. *qui transigit*, D. 2.15.1, *de transactionibus*, 45v). Sul punto, vd. 'Omne, quod non est ex fide, peccatum est'. *The relevance of good faith in canonical transactio*, pp. 423-447.

⁽²⁶⁾ In merito a *res dubia* e *res litigiosa* sia consentito il rinvio alle considerazioni fatte in PARINI VINCENTI, *La res dubia nella transazione dal Diritto comune ai codici: un problema aperto*, in A. PADOA SCHIOPPA, M.G. DI RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO (a cura di) *Amicitiae Pignus: studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano 2003, pp. 1745-1793.

promis, ni rien retenu» ⁽²⁷⁾.

Dalla felice intuizione di Domat all'adesione consapevole di Pothier corre poco tempo:

«Transactio est conventio, quam, litis motae aut movendae decidendae causam, aliquid datur aut promittitur, aut retinetur. Hic differt a pacto donationis causam: nam qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit [...]» ⁽²⁸⁾.

Tuttavia, la distanza è notevole.

La *convention* enucleata da Pothier non solo torna a riproporre la necessità che «aliquid datur aut promittitur, aut retinetur», ma focalizza l'interesse proprio sugli elementi essenziali della fattispecie, mentre il suo proposito di mantenere una continuità storica con il diritto che lo aveva preceduto, nel solco tracciato prima di lui da Domat, si spiega con la consapevolezza che l'opera del primo contenesse inevitabili lacune, le quali, tuttavia, potevano ben essere colmate ricorrendo, opportunamente, a principi e 'non detti' esterni alla trattazione.

Certo, ora possiamo affermare che la scelta di non misurarsi, fra i vari trattati, con uno appositamente dedicato alla transazione ⁽²⁹⁾, finisce

⁽²⁷⁾ DOMAT, *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv. I, Tit. XIII, *De transactions*, n. 2, (b), 147.

⁽²⁸⁾ R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae cum legibus codicis, et novellis, quae jus pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, Liv. I, Sec. I, Art. I, 87. È interessante notare come Pothier non tratti mai in sede monografica la transazione. Recente la ricostruzione bibliografica in FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo: dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, p. 11, nt. 22.

⁽²⁹⁾ Pothier (1699-1772), si dedicò sia alla magistratura che all'insegnamento. Autore, nel 1740, di un commentario alla Coutume di Orléans, qualche anno dopo (1748-1752) nelle *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae* realizzò un'esposizione dei principali giunti del diritto romano seguendo l'ordine sistematico del Digesto, integrando il tutto con notazioni personali. Deve principalmente la sua fama ai numerosi trattati di diritto privato, pubblicati a partire dal 1761, tra i quali, tuttavia, manca una sintesi monografica sulla transazione. Dove, invece, Pothier trattò del nostro istituto fu nelle *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*. Qui la nostra convenzione è definita nei termini sopra riportati al fine di dare o promettere qualcosa per decidere o scongiurare una controversia, lite in atto, o potenziale che fosse (M.A. FINO, *L'archetipo contrattuale transattivo: radici storiche e ruolo attuale nell'ordinamento*, in RSDR, I (2001), pp. 405-459). Fu, perciò, la chiarezza e la capacità

inevitabilmente per pesare sul titolo omonimo del *code*, ma la stessa predilezione per un linguaggio generalista e il richiamo dei punti saldi dell'istituto affermatasi nei secoli e lungamente discussi in dottrina, si rivela cruciale nell'assicurare al *code civil* quella capacità di trascendere i dibattiti secolari, a favore della realtà economica e politica del suo tempo ⁽³⁰⁾.

La soppressione di alcune specifiche della *convention* è fatta, in questo fine secolo, all'insegna della riduzione della transazione alla legge ed alla sua polarizzazione intorno a contenuti coerenti con il principio dell'unica validità della regola di diritto, all'interno del contratto, fissata dalle parti.

In particolare, la completezza del *code*, sembra proprio trovare riscontro nel silenzio della legge su alcuni nodi, per secoli, dichiarati oscuri – e forse mai nemmeno sciolti – perché questo non consente alle parti il pretesto dietro il quale trincerarsi per invocare qualsivoglia forma di invalidità del nostro negozio. I tempi, tuttavia, all'epoca di Pothier, non sono ancora del tutto maturi per un riordino *funditus* della materia. Ciò avverrà solo dopo la parentesi rivoluzionaria.

Se, quindi, in dottrina si rinvengono spunti significativi ed eloquenti, soprattutto in merito all'indifferenza transattiva verso il rapporto che legava originariamente le parti, e poi contestato, – e la giurisprudenza sul punto è assai chiara – ⁽³¹⁾ dovremo ancora attendere

di sintesi di quest'opera che spinse maggiormente i codificatori napoleonici ad attingervi a piene mani. (Vd. J.-L. THIREAU, voce *Pothier, Robert-Joseph*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 832-835, PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, pp. 374-375; CAVANNA, *Storia del diritto*, pp. 365-367).

⁽³⁰⁾ Disamina interessante, per non dire una vera e propria esaltazione del 'non detto' nel *code civil*, si legge in F. TERRÉ, *Inestimabile code civil*, in AA.VV., *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004, p. 907 e ID., *Persistenza del passato. Previsione del futuro*, in *Il bicentenario del codice napoleonico*. Ma vd. anche, A. TEISSIER-ENSMINGER, *La fortune esthétique du Code Civil des Français*, Paris 2004.

⁽³¹⁾ Secondo TROPLONG, che rinvia a VALERON (*Tractatus de transactionibus*, Tit. V, *Quaest. II*, n. 1, 217) l'interpretazione dell'art. 2051 deve avvenire *strictissimi juris* (TROPLONG, *Droit civil expliqué*, n. 109 [4], 179), e il suo contenuto può essere imposto solo alle parti, intendendosi per queste ultime tanto i contraenti, quanto i mandanti e i successori a titolo universale (COUR DE PARIS, 11 giugno 1864, *Dailly c. Laforge*, *Journal du Palais*, 1865, p. 324; COUR DE CAEN, 15 maggio 1865, *Lequex c.*

per verificare l'aderenza del testo normativo alla natura essenziale della fattispecie contrattuale in genere, e compositiva in specie ⁽³²⁾.

Durante l'Illuminismo e, specificatamente, nell'*Encyclopedie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* ove è definita come:

«Est un accord ou convention faite entre deux ou plusieurs personnes, pour prévenir ou terminer un procès. L'incertitude de l'événement et le bien de la paix sont ordinairement les motifs des *transactions* [...]. Les *transactions* ont la force des choses jugées, tellement que suivant l'ordonnance de Charles IX de l'an 1560, elles ne peuvent être rescindées pour cause de lésion, mais seulement pour dol et force» ⁽³³⁾

permane ancora una visione della composizione amichevole delle liti quale accordo atto a favorire la pacificazione sociale e, quindi, irrevocabile, se non in casi estremi – dolo o violenza –.

Nella sua precipua funzione di espandere le qualità e le potenzialità dell'individuo, largo senso inteso, il contratto solo con il decennio rivoluzionario diverrà il vero e proprio terreno di coltura e

Chauvin et Comp. De l'Ouest, Journal du Palais, 1865, p. 1023; COUR DE PARIS, 16 Luglio 1870, *Nelliger c. Chabrière*; Journal du Palais, 1871, p. 657). I terzi, semmai, potranno giovare della transazione dichiarando di volerne profittare (TROPLONG, *Droit civil expliqué*, n. 120, 182 e COUR DE CASSATION, 31 maggio 1871, *Liquid. Maurin c. Détrie*, Journal du Palais, 1872, p. 228).

⁽³²⁾ Durante l'Illuminismo e segnatamente nell'*Encyclopedie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, pubblicata a partire dal 1751, permane, sostanzialmente, la dizione della transazione come accordo fatto per favorire la pacificazione sociale.

⁽³³⁾ A.G. BOUCHER D'ARGIS, *sub. v. Transaction*, in *Encyclopedie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, D. DIDEROT et J. LE ROND D'ALEMBERT (éditée), Paris, chez Briasson- David-Le Breton- Durand, 1751, To. XVI (1751), 544-545. In realtà la citazione dell'*Ordonnance* è frutto di un errore mutuato, per via tratlizia, da Merlin, la cui opera è stata vera e propria fonte di ispirazione per la dottrina dell'epoca, (cfr. PH. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, To. XXXIV, § V, I, 371). Carlo IX, infatti, successe al fratello Francesco II (alla tenera età di 10 anni e mezzo) solo il 5 dicembre 1560, reggente la madre Caterina de' Medici, e morì nel '74. L'ordinanza cui i giuristi francesi fanno riferimento dev'essere perciò *Édit relatif aux transactions sur procès entre mineurs*, Fontainebleau, avril 1561, in *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 423 jusqu'à la Révolution de 1789*, 104-105. Per i dizionari ed enciclopedie del Settecento e secondo Ottocento, vd. PETRONIO, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, p. 102, nt. 126.

sviluppo dell'uomo ⁽³⁴⁾).

La legge nel *droit intermédiaire* è vista, infatti, come espressione della volontà generale, mentre il vincolo negoziale rappresenta la voce dei singoli. È veicolo dell'azione umana, liberata dalle maglie costrittive dell'*Ancien régime*. Tuttavia, pur in questo fecondo contesto, la disciplina della composizione amichevole delle liti sul piano tecnico non subisce modificazioni radicali ⁽³⁵⁾.

Principale fonte di ispirazione delle tematiche privatistiche e contrattuali, il movimento intellettuale che anima le coscienze dei rivoluzionari per i quali i concetti di *libertà (être libres!)* ⁽³⁶⁾ e *soggetto*

⁽³⁴⁾ «Nous avons dit que la convention n'existait pas sans un concours de volontés, elle exige encore le consentement libre des parties [...] il résulte que l'effet des conventions est borné à leur objet et à ceux qui ont concouru à les former», FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, To. I, *Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq Cents. Lors de la présentation du 3^e projet de Code Civil, faite au nom de la commission de la classification de lois*, Messiodor an IV, 170.

⁽³⁵⁾ Essa non trovò uno spazio specifico nei progetti *Cambacérès*, ma tale mancanza rilevata dai Tribunali d'appello e di quello di Cassazione, allorché venne loro sottoposto il progetto del *code Napoleon* fu proprio alla base del desiderio di dedicarvi un titolo specifico ed autonomo (J.G. LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire de complément des codes français*, To. XV, Paris, Treuttel et Würtz, Libraires, 1828, Liv. III, Tit. II, *Des transactions, notice historique*, 393-394; trad. it. *Legislazione civile, commerciale e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi...opera del barone Locré, voltata in italiano per cura di G. Cioffi*, Napoli, nello stabilimento letterario-tipografico di Giuseppe Cioffi, 1842, To. VII). Ipotesi poi abbandonata in sede di discussione finale presso il Consiglio di Stato (V. MARCADÉ e P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, commentaire-traité des ètits contrats par P. Pont, continuateur de V. Marcadé*, Paris, Delamotte et fils editeurs, 1867, To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § I, nn. 451-453, 220-221; § II, nn. 454-455, 221-222 (trad. it. *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone contenente l'analisi critica degli autori e della giurisprudenza per V. Marcadé e P. Pont*, Napoli, Giuseppe Marghieri, Francesco Giachetti, 1878, To. IX). Per essere più specifici ne abbiamo una menzione (*Transaction sociales*) nel I libro insieme allo stato civile, al regime delle persone e della proprietà tra i rapporti regolati dal diritto privato (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, To. I, *Troisième projet du Code Civil*, Liv. I, *Des Personnes*, Tit. I, *De l'Etat Civil*, § I, Art. 1, c. 3, 178) e nel terzo progetto nel *Discours préliminaire*.

⁽³⁶⁾ «La volonté des parties étant la première loi des contrats, ils doivent être susceptibles de toutes sortes de dispositions; cette liberté s'arrête aussitôt que l'ordre public et l'ordre moral peuvent avoir à en souffrir», Ivi, *Discours préliminaire sur le*

giuridico⁽³⁷⁾ – che peraltro sono le migliori lenti attraverso cui leggere ogni provvedimento legislativo – portano in superficie robuste costanti del panorama giuridico e linguistico attinente alla nostra convenzione, niente di più.

Sotto questo profilo il riesame dei *punti minimi* – un’espressione di Paolo Grossi⁽³⁸⁾ – che si è scelto di utilizzare per ricondurre la ricerca sulla transazione all’interno di un’ininterrotta linea storica, consentono certo di meglio apprezzarne la complessità. Tuttavia, è ancora evidente come dietro l’elaborazione di raffinate teorie si celi una persistente vaghezza nella determinazione della sfera giuridica di appartenenza del nostro tipo di accordo. Le discussioni tenutesi all’interno nelle Assemblee legislative, nei tribunali e nelle corti⁽³⁹⁾ –

troisième projet, 171. I tre Progetti usualmente attribuiti in via esclusiva a Cambacérès e, come tali denominati, furono, nei fatti, ispirati da molti altri giuristi riuniti, dapprima, nel Comitato di legislazione della Convenzione e poi nel Commissione di Classificazione delle leggi del Consiglio dei Cinquecento. Fra i molti si ricordano: Merlin de Douai, Garran-Coulon, Oudot e Berlier che presenterà il progetto sulla transazione. Per un riferimento, vd. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, pp. 109-131, spec. p. 117; J. BOUDON, *Les projets de code civil 'de Cambacérès' et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804)*, in *Droits*, 39 (2004), pp. 91-106 e E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, Torino 2000, pp. 19 e ss. Per una ricostruzione biografica di Cambacérès, vd. invece O. DEVAUX, *Cambacérès Jean-Jacques-Régis de*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 154-155; sulla sua ‘elasticità politica’ è, invece, opportuno far riferimento a J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Paris 1998, p. 442 e, ancora ad HALPÉRIN (*L'impossible Code civil*, p. 118), che, con riferimento al politico-giurista di Montpellier, afferma che «sa prudence et son habilité s'étaient manifestées dans les lutes politiques opposant Girondins et Montagnards. Dans le procès du roi, il était arrivé, par un tour de force, à prendre partie successivement pour l'incompétence de l'assemblée, la culpabilité du roi, sa détention comme otage avec menace de le mettre à mort en cas d'invasion, le sursis [...] puis, une fois celui-ci repoussé, l'exécution dans les vingt-quatre heures: il fut ainsi considéré comme regicide, sans l'être réellement».

⁽³⁷⁾ «Les hommes, en réglant entre eux les transactions sociales, s'imposent des engagements, qu'ils forment, étendent, limitent et modifient par un consentement libre», FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, To. I, *Discours préliminaire sur le troisième projet*, 169.

⁽³⁸⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007, p. 128.

⁽³⁹⁾ Nel LAURENT (*Principes de droit civil*, To. XXVIII, Tit. XVI (Tit. XV du Code Civil), *Des transactions*, Ch. I^{er}, Sec. I, n. 322, 328) leggiamo che «la loi sur l'organisation judiciaire de 1790 et qui se fut reproduite par la constitution de l'an III; elle portait que 'le législateur s'interdisait de faire aucune disposition qui tendrait à

che ben si adattano alla natura transizionale tipica del diritto di quel tumultuoso periodo storico – non segnano significativi passi avanti per la disciplina transattiva ed il suo sviluppo.

Individuare *the pastness of the past* ⁽⁴⁰⁾, verificarne la *good consideration* ⁽⁴¹⁾ e vanificare ogni sospetto di *blackmail* ⁽⁴²⁾, per prendere a prestito una terminologia anglosassone quanto mai calzante nell'icasticità della sua capacità definitoria, sono dunque i veri banchi di prova su cui misurare la flessibilità dell'istituto, non solo quale strumento deflattivo del contenzioso, ma per dimostrarne la mai sopita vitalità della transazione. Si tratta infatti di punti nodali da sciogliere per procedere finalmente alla redazione codicistica, dove il contrasto fra gli interpreti, dovrà per forza cedere il passo alla chiarezza delle norme.

In merito alla prima questione – un prestito da Thomas Eliot, *the*

diminuer soit le faveur, soit l'efficacité des transactions'». Per i testi delle norme rivoluzionarie vd. P. BUCHEZ- P.-J. BENJAMIN, *Histoire parlementaire de la Révolution française, ou Journal des assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815: contenant la narration des événements... précédée d'une introduction sur l'histoire de France jusqu'à la convocation des États-Généraux*, Paris, Paulin Libraire, 1834-1838, consultabile on line <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb312626069>.

⁽⁴⁰⁾ «Notre législation doit au contraire imprimer le sceau de la stabilité aux actes faits sous ses auspices [...] Qu'on ne dise point que les motifs qui sont détruire la convention, quand il y a dol, violence ou erreur [...]. Là où il n'y a point parité de raison, il ne saurait y avoir égalité de droit [...] Le paiement est le moyen le plus naturel et plus simple d'éteindre les obligations» FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, To. I, *Discours préliminaire sur le troisième projet*, 170-172.

⁽⁴¹⁾ La *good consideration* guarda alla connessione tra la volontà negoziale trasfusa nel contratto di transazione e il più generale meccanismo di circolazione della ricchezza al fine di sottoporla ad un giudizio causale unitario, che ne apprezzi la meritevolezza e, di conseguenza, ne garantisca la tutela in relazione alla *ratio* economica del trasferimento reciproco di utilità fra le parti [A. LAS CASAS, *La volontà e le ragioni del diritto: promessa, consideration e enforcement*, in *Modernità del pensiero giuridico* di G. Criscuoli, A. MIRANDA (a cura di), Torino 2015, To. III, pp. 227-260 e M. SERIO, *Note su consideration e causa*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, pp. 385 e ss, spec. 395-396].

⁽⁴²⁾ «any contract which has been concluded with a party constrained by a physical o psychological violence is to be considered as totally null and void», S. BORRELLI, F. LENZERINI (ed.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International law*, Leiden-Boston 2012, spec. p. 171.

pastness of the past ⁽⁴³⁾ – per verificare quanto, nei fatti, la transazione riesca, effettivamente, a chiudere con il passato.

Non sono più i tempi per riprendere l'annosa questione della reviviscenza dell'antico rapporto controverso – come sostenuto da glossatori e commentatori ⁽⁴⁴⁾ – quanto, piuttosto, di verificare la definitività della transazione a prescindere da ogni rapporto retrostante fra le parti. Il che conduce, inevitabilmente, ad analizzare il terzo problema proposto, ovvero sia al sospetto di ricatto, sopraffazione e sopruso che, in occasione di accordi conclusi in assenza di controllo giudiziale, può essere in qualche modo perpetrato ai danni del contraente più debole, approfittando del suo stato di 'bisogno', 'necessità' o inferiorità a qualsiasi titolo. Un sospetto, nel caso di specie, assai più grave che in altre ipotesi contrattuali, proprio per la forza cogente e la vincolatività rafforzata di cui la transazione gode rispetto a tutti gli altri mezzi solutori delle controversie.

La revisione storico-filologica del Digesto e la crisi inarrestabile del *ius commune* aveva insomma fatto vacillare quello che per secoli era stato il principale pilastro del diritto europeo. Era giunto dunque il momento di innovare e superare quelle colonne d'Ercole ⁽⁴⁵⁾.

2. Discussion Officieuse e Communication Officielle: la balance

⁽⁴³⁾ «The historical sense involves a perception, not only of the pastness of the past, but of its presence», T.S. ELIOT, *Tradition and individual talent*, in *The Egoist*, Part I, Vol. 6, n. 4 (Sept. 1919), p. 55.

⁽⁴⁴⁾ «Ex parte actori non datur actio ex transactione, ut ei detur vel fiat quod convenit dari vel fieri, ut recedatur a lite: et est vero, quia actori superest vetus actio, ad quam redire potest. Et si obiiciatur exceptio, replicabit actor: Non debet ei fides servari, qui vult contra pacta versari», AZZONE, *Summa super Codicem* Lib. II, *De transactionibus*, n. 7, 27. Cfr. anche il mio *Transactionis causa*, I, nt. 21, p. 21.

⁽⁴⁵⁾ «Caratterizzato, in applicazione di un'esigenza di diretta fruibilità di matrice tipicamente illuminista, da una forma espositiva di singolare limpidezza, da un linguaggio di concisa chiarezza e da una terminologia di immediata accessibilità, non indirizzata ai soli tecnici del diritto», è il codice civile dei francesi, DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, p. 63, cui si rinvia per un'ampia, esauriente ed aggiornata bibliografia. Sul processo di formazione del *Code civil* e sull'influenza esercitata dall'instaurazione del Terrore, S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, *passim*.

de bonne foi et avec le désir de la conciliation.

«Législateurs, le principal objet que la loi se propose, en donnant aux citoyens des règles sur leurs intérêts respectifs, c'est de maintenir entre eux, par une juste connaissance de leurs droits, la paix et l'harmonie. Quand cette harmonie est troublée, il est pour la rétablir trois moyens ouverts aux parties: la voie judiciaire [...] la voie du compromis ou de l'arbitrage [...] enfin la voie des transactions, qui les rend elles-mêmes leurs propres arbitres, et qui résout leurs différends par les dispositions qu'elles trouvent bon d'arrêter ensemble» ⁽⁴⁶⁾.

Con queste parole il legislatore francese, nel dare per la prima volta unità al diritto civile dei territori 'nazionali', non solo, infatti, compie una drastica virata politica, ma interrompe, anche, la tradizione di diritto comune, tacitando, dietro un'apparente continuità semantica, le esperienze legislative e dottrinali che avevano animato un plurisecolare dibattito, per destinarlo alla verifica sul campo: una prassi giudiziaria più snella il cui scopo principale avrebbe dovuto scongiurare con ogni mezzo l'ingresso dei cittadini nelle aule di tribunale ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ *Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le Tribun Gillet*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, To. XV, 125.

⁽⁴⁷⁾ La pressante necessità di uno snellimento della giustizia civile si era già evidenziata nei *cahiers* d'antico regime [Cfr. U. PETRONIO, *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di procedura Civile del 1806, I codici napoleonici*, I, *Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del Processo*, Milano 2000, N. PICARDI- A. GIULIANI, (a cura di), spec. pp. X-XX] per poi risentire di una più ampia eco nella legislazione rivoluzionaria, come si evince dalla particolare attenzione da essa dedicata alla regolamentazione dell'arbitrato, quale strumento ideale sia per il contenimento dei costi della giustizia, oltre che freno alla vorace rapacità di giudici ed avvocati. Ma oltre ai mezzi di definizione amichevole delle liti anche la certificazione del tentativo di conciliazione presso il giudice di pace viene identificata quale valido deterrente all'ingresso nelle aule giudiziarie, tanto che il Codice del 1806 non ne suggerisce più il ricorso, ma lo impone, sanzionando l'obbligo in capo alle parti di tentare la via dell'accordo, prima di impegnare la società a sostenere le lungaggini e tutti i costi di un giudizio. L'esperimento del tentativo, disposto dagli artt. 48/58, conferma quindi il ruolo principale quanto ineludibile di questo strumento compositivo «senza di che l'istanza non è ammessa», (*Codice di procedura Civile del 1806*, in *Testi e documenti*, p. 16). Utile riferimento per lo storico è ancora il fortunato commento al codice del 1806 di N.E. PIGEAU, *Istituzioni del Codice di Procedura Civile*, (opera tratta dall'*Introduzione allo studio della procedura del Sig. Pigeau e ridotta conforme alle leggi del Regno dall'Avv. L.A.*, Tomo I, Napoli, presso Antonio Garruccio, 1812, pp. 22-49), laddove illustra i quattro mezzi, ovvero le offerte, la transazione, il compromesso e il preliminare di conciliazione. Per una valutazione del

«Il n'en est pas ainsi des transactions: par elles les procès sont terminés ou avortés; mais ce sont les parties elles-mêmes qui, éclairées sur leurs droits respectifs, se rendent volontairement la justice qu'elles jugent leur être due, ou se déterminent, par lassitude ou par, soit à se départir en tout ou en partie de leurs prétentions, soit à se relâcher de leurs droits, et à s'affranchir par des sacrifices offerts et acceptés librement des peines et des inquiétudes auxquelles une plus longue lutte les eut laissées exposées»⁽⁴⁸⁾.

Il riflesso dell'illuministica contrapposizione fra ragione e tradizione e l'entusiasmo legicentrico trascendono, tuttavia, l'orizzonte polemico che aveva sempre caratterizzato la storia dell'istituto ed è così che il 6 marzo 1804 (15 ventoso anno XII) Berlier – Bigot-Préameneu era assente – espone al Consiglio di Stato, dinnanzi a Napoleone, un titolo *Delle Transazioni*, suddiviso in ben 17 articoli, che sarebbe poi stato inserito nel libro III del *Code civil* ⁽⁴⁹⁾.

In tale sede, alcuni articoli del progetto originario furono soppressi (artt. 16-17), altri emendati (artt. 2,5,6,9-15), mentre la sezione di Legislazione, ove venne discusso pochi giorni più tardi, fece osservazioni minime ⁽⁵⁰⁾.

Il testo decisivo, adottato e portato al Corpo Legislativo, fu comunicato al Tribunato che, dopo la relazione di Albisson ⁽⁵¹⁾, ne votò l'adozione. Con il discorso del Tribuno Gillet – seduta del 20 marzo 1804 (29 ventoso anno XII) – venne quindi stabilita senza troppi indugi

progetto Pigeau vd. S. SOLIMANO, *Alle origini del Code de procédure civile del 1806: il progetto Pigeau. Prime note*, in *Studi di storia del diritto* II, Milano 1999, pp. 729-772.

⁽⁴⁸⁾ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, To. XV, *Rapport fait par le Tribuns Albisson*, 113-125.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, *Discussion du Conseil d'État. (Procès-verbal de la séance du 15 ventose an XII 6 mars 1804)*, 91-99. Ma vd. Anche LOCRI, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, To. XV, Liv. III, Tit. XV, *Des transactions, notice historique*, 393-394.

⁽⁵⁰⁾ «Le conseil l'adopte en ces termes», in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, To. XV, *Rédaction définitive du Conseil d'État (procès-verbal de la séance du 22 ventose an XII- 13 mars 1804)*, spec. 101 per le mezzionate osservazioni.

⁽⁵¹⁾ Ivi, *Rapport fait par le Tribun Albisson*, 113-125.

la data di promulgazione per il 30 marzo (9 germinale) ⁽⁵²⁾.

Frutto di una tradizione sapienziale germogliata in epoca antica, avente nel proprio sostrato l'influenza omogeneizzante del diritto romano, la nozione della composizione amichevole delle liti – «un contract par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître» (art.1) – non si presenta, però, come un semplice recupero del passato, ma quale oggetto di una precisa scelta legislativa.

Un'entrata nella modernità, propiziata indubbiamente dal vento rivoluzionario ⁽⁵³⁾ che aveva segnato la conclusione di un'epoca, a favore di un unico e solo formante legale ⁽⁵⁴⁾. Tale definizione, accolta integralmente, senza suscitare particolari discussioni, designa la natura composita dei gangli decisionali di un potere, ripartito fra legge e Nazione, che aveva ormai superato, e vittoriosamente, la lotta fra il sovrano e le sue corti – tipica dell'ultima fase dell'*Ancien Régime* –.

Un'unica pecca, forse: l'assenza di chiarezza sul significato da attribuire al termine '*contestation*'⁽⁵⁵⁾ quale elemento alla base della struttura causale dell'istituto. *Contestation* (artt. 2044 e 2053) – sostantivo utilizzato nelle più recente letteratura scientifica da Domat e

⁽⁵²⁾ Ivi, *Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le Tribun Gillet*, 125-129, spec. 129, da cui la citazione «Le décret du Corps Législatif fut rendu le même jour, et la promulgation de la loi a eu lieu le 9 germinal an XII (30 mars 1804)».

⁽⁵³⁾ Ivi, *Discussion du Conseil D'Etat*, 91. Tale nozione confluì, poi nel Code (Code Civil des Français, édition originale et seule officielle, Paris, de l'imprimerie de la République, 1804, Liv. III, Tit. XV, Des transactions, Art. 2044, 492; Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia, Milano 1806 (rist. anast. Padova 1989), G. CIAN (con presentazione di), P. CAPPELLINI (note storiche e introduttive di). In merito al tacito requisito delle reciproche concessioni, cfr. E. DEL PRATO, *Transazione (dir. priv.)*, in *ED*, XLIV, Milano, 1992, nt. 7, p. 814; ID., *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino 2016, pp. 2 e ss.

⁽⁵⁴⁾ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 21 e ss.

⁽⁵⁵⁾ Così scrive Troplong riguardo all'utilità di questo contratto in rapporto alla sua funzione compositiva: «C'est par lui, en effet, que les procès sont prévenus on amiablement terminés, que les affaires se traitent sans aigreur, et que l'on règle avec des sentiments de paix les intérêts les plus ardents, les plus prompts à la discorde. Les procès affligent la vie de nombreux tourments; ils sont souvent la ruine des familles. La transaction qui les étouffe est le pacte du sage», TROPLONG, *Droit civil expliqué*, n. 1, [3], 156.

Pothier – viene talvolta sostituito nel *code* da *affaires* (art. 2057) e *différend* (art. 2048 e 2049) ⁽⁵⁶⁾, senza che con detti lessemi si voglia fare riferimento ad una precisa realtà empirica, quanto piuttosto al fatto che il legislatore abbia inteso impiegarli come sinonimi ⁽⁵⁷⁾.

Ma i lavori preparatori – più precisamente, i già menzionati rapporto del tribuno Albisson e il discorso al Corpo legislativo di Gillet – dimostrano, senza eccessivi ripensamenti, come l'orientamento seguito richiedesse indubitabilmente una contestazione, non necessariamente legata al *procès engagé*, ma solo al suo potenziale sviluppo.

Da qui, evidentemente, anche il pluralismo linguistico ⁽⁵⁸⁾.

«Cette contestation roule donc sur un ou plusieurs objets connus et déterminés dès le commencement ou dans le cours du litige; et ce sont ces objets, et non d'autres, sur lesquels les parties entendent mettre fin au litige» ⁽⁵⁹⁾

⁽⁵⁶⁾ Indicati nel *code* come *affaires* (art. 2057); *différend* (art. 2048 e 2049) e *contestation* (art. 2044 e 2053), *Code Civil*, pp. 492 e 495-496, COUR ROYAL DE BOURDEAUX, 21 luglio 1830, *Bourbon c. Renier*, S. 1831, II, 236 (in M. SIREY-L.M. DE VILLENEUVE, *Jurisprudence du XIX^{me} siècle ou table decennale du recueil général de lois et des arrêts de 1831 à 1840*, Paris, Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1841); COUR DE CASSATION, 7 luglio 1812, *Ritzenthaler c. le General Thureau*, S. 1813, I, 80.

⁽⁵⁷⁾ TROPLONG, *Droit civil expliqué*, n. 3, 157.

⁽⁵⁸⁾ «[...] qu'il importe à la société que la sollecitude et les dangers des procès aient un terme; mais elle ne peut rien sur les ressentimens particuliers que peut faire naître l'application, même la plus juste e la plus impartiale de son autorité», *Rapport fait per le Tribuns Albisson*, e *Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le Tribun Gillet*, «Enfin la voie des transactions, qui les rend elles-mêmes leurs propres arbitres, et qui résout leurs différends par les dispositions qu'elles trouvent bon d'arrêter ensemble», entrambi in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, To. XV, rispettivamente, art. 2044, 113 e 125. Sul punto anche DALLOZ (*Jurisprudence générale du Royaume: Recueil périodique et critique de législation*, Art. 8, n. 170, 677: «Que décider à l'égard d'une transaction faite dans l'ignorance de titres postérieurement découvert? Il faut distinguer: si la transaction est générale, elle reste valable, à moins que les titres n'aient été retenus par l'une des parties; alors il y aurait dol de sa part; si elle est spéciale, la découverte de titres constatant que l'une des parties n'avait aucun droit, sera toujours une cause de rescision (c. nap. 2057). Mais, avant le code, des pièces nouvellement découvertes ne pouvaient, si elles n'avaient pas été retenues par le dol de la partie, déterminer la rescision d'une transaction, lors même que ces pièces seraient des quittances de la créance, qui a fait la matière de la transaction [...] Sous le code civil, le contraire devrait être décidé, en vertu de l'art. 2057 § 2».

⁽⁵⁹⁾ Questo il discorso completo, di cui, nel testo, è riportata solo la parte finale: «Tribuns, je viens, au nom de votre section de législation, vous porter son suffrage sur le

Già in queste prime relazioni, dunque, la transazione non si connota quale «contrat qui termine *une contestation née*» (art. 2048) ⁽⁶⁰⁾, ma appare *dans une acception plus générale*, che consente di concepire e prevenire, evitandolo, ogni «litigio che si teme di intraprendere» ⁽⁶¹⁾.

Considerato nel suo sviluppo, l'interesse ad agire del contraente, che normalmente poteva sorgere a violazione avvenuta e a pregiudizio manifestatosi, assume, nella dizione normativa napoleonica, una valenza del tutto nuova, segno non solo che la costruzione delle fattispecie non dovesse più necessariamente passare da un catalogo di espressioni tralatiziamente riportate dalla dottrina, ancorché secolare, quanto piuttosto che essa dovesse promanare da un atto legislativo capace di incorporare e definire tutte le regole dei rapporti privatistici ⁽⁶²⁾, come già sostenuto da Pothier:

«Dans les principes de la loi romaine, l'incertitude qui rendait une transaction

projet de loi relatif aux transactions [...]. Les transactions sur procès (car, dans le projet dont il s'agit, c'est dans ce sens particulier que doit s'entendre le mot de *transaction*, employé quelquefois dans une acception plus générale), ces transactions, dont le caractère particulier est de mettre fin aux procès ou de les prévenir, méritent particulièrement à ce titre la faveur de la loi, dont le but final doit être d'entretenir la paix parmi les citoyens. En effet, si les jugemens terminent les contestations civiles, si la prescription les absorbe, ce n'est pas le plus souvent sans laisser des regrets à la partie vaincue ou repoussée, sans jeter entre les contendans des germes d'animosité dont, tôt ou tard, les développemens pourront leur être également funestes», FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Rapport fait par le Tribuns Albiisson, art. 2044, 113.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, art. 2048, 117.

⁽⁶¹⁾ «Mais il faut que cette crainte soit réelle et fondée, et non feinte pour colorer un autre acte du nom de transaction, *nec litem fingere licet ut transactio fiat*; car alors, elle n'aurait que la qualité de l'acte caché», J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Paris, Garnery-Laporte, 1807, To. XIV, Liv. III, Tit. XV, *Des transactions*, Art. 2044, 128 (*Analisi ragionata della discussione intorno al Codice Civile...traduzione italiana del signor Giorgio Ricchi*, Milano, dalla tipografia di Francesco Sonzogno, 1808, To. X). Si veda in proposito anche la giurisprudenza: COUR DE CASSATION, 10 prairial an XII, *Bouchot c. Lagarde* («Il suffit pour la validité d'une transaction que le droit en litige ait été douteux au moment où elle est intervenue») in *Journal du Palais*, an XII-XIII, p. 18.

⁽⁶²⁾ HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, p. 234.

possible pouvait résulter de circonstances diverses et assez nombreuses [...] mais encore sur des droits qui n'avaient rien de litigieux [...]. Il n'en pas de même sous le Code Napoléon. Les droits douteux sur lesquels la transaction peut intervenir s'entendent exclusivement des droits litigieux... Seulement, cette définition, qui implique bien l'incertitude du droit, le doute sur le résultat... motive la transaction et constitue la condition première de sa légitimité» ⁽⁶³⁾.

In tema di transazione si doveva, insomma, sostituire e preferire la «balance approximative de l'équité [...] à la balance exacte de la justice» ⁽⁶⁴⁾. Le voci di dissenso, che pure non mancano – è vero – tanto nei lavori quanto nelle discussioni, si appuntano, semmai, sull'assenza nel dettato legislativo di un opportuno riferimento ai sacrifici reciproci.

«Cette définition, extraite du projet proposé par le Tribunal de cassation, qui lui-même avait emprunté la définition à Domat, est incomplète et ne saurait être prise à la lettre» ⁽⁶⁵⁾.

Una denuncia grave, indubbiamente, sul cammino dell'unificazione della composizione amichevole delle liti e della sua disciplina, che avrebbe finito per compromettere il distacco della transazione da altre forme di carattere conciliativo in grado di definire il processo («qu'elle laisse dans l'oubli les caractères propres à la transaction, et ne fait pas connaître les éléments par lesquels ce contrat se distingue d'autres opérations qui, telles que la renonciation, le désistement, l'acquiescement, peuvent également aboutir soit à prévenir,

⁽⁶³⁾ MARCADÉ e PONT, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § IV, n. 471, 229-230. Un'articolata trattazione del diritto litigioso quale presupposto della transazione ed una confutazione dell'autonomia del diritto dubbio sono svolte nel commento all'art. 2046, sull'oggetto della transazione ai nn. 569-573, pp. 282-284. Per tutto, ancora un richiamo a PARINI VINCENTI, *La res dubia nella transazione dal Diritto comune ai codici: un problema aperto*, qui più volte citato.

⁽⁶⁴⁾ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, *Discussion devant le Corps Législatif*, *Discours prononcé par le Tribun Gillet*, 125.

⁽⁶⁵⁾ Secondo Marcadé e Pont, la definizione dell'art. 2044 era troppo generale e generalista. «Manque de précision, en ce qu'elle laisse dans l'oubli les caractères propres à la transaction, et ne fait pas connaître les éléments par lesquels ce contrat se distingue d'autres opérations [...]». Il est donc nécessaire d'ajouter à la définition de la loi et de la compléter», MARCADÉ e PONT, *Explication théorique et pratique*, To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § I, n. 457, 224.

soit à terminer un procès») ⁽⁶⁶⁾, se non fosse stata opportunamente e subitaneamente colmata per via interpretativa.

Sulla linea di un'appassionata difesa delle novità giuridiche in tema di procedura ⁽⁶⁷⁾, non era infatti più il momento di «nasconder il debole sotto una massa di Dottrine» ⁽⁶⁸⁾ e neppure di eludere il

⁽⁶⁶⁾ «pour notre part, nous définissons la transaction: 'un contrat par lequel les parties, *traitant sur droit litigieux*, terminent un contestation née ou préviennent une contestation à naître, *au moyen de concessions ou de sacrifices réciproques*'», *Ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ Molte le novità con l'introduzione del *Metodo Giudiziario* che segna importanti novità, laddove al Titolo XXX (475-496) pone fine alla tradizione *rigorosamente* scritta. Ancorchè, infatti, il processo ordinario sia ancora cartaceo, vi è un evidente favore per quello orale, sia sommario che 'sommarrissimo', sempre opzionabili dalle parti, obbligate a ricorrervi nei casi espressamente prescritti e per le vertenze di modesto valore e, comunque, vivamente sollecitate anche nel corso di quello scritto ad astenersi da ripetizioni e prolissità (*Metodo Giudiziario*, Titolo II, artt. 37-46 e Titolo IV, art. 106). Per il testo completo del *Metodo giudiziario Civile adottato dalla Legge 14 Aprile 1804, Anno III*, vd. *Bollettino delle Leggi della Repubblica italiana*, Anno III, nn. 1-11, Milano 1804, pp. 212-427 o in ASMi, *Giustizia Civile*, p.m., cart. 14. Sull'attività codificatoria antecedente vd. P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un Codice Civile della Repubblica italiana (1802-1805)*, Milano 1971, pp. 207 ss.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, pp. 62-69; E. DEZZA, *Il Codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova 1983, pp. 31 ss.; G. VOLPI ROSSELLI, *Il progetto di Codice di Procedura Civile del regno d'Italia (1806)*, Milano 1988; M.-J. TULARD, *Code de procédure civile (1806)*, in *Dictionnaire Napoléon*, Paris 1995, p. 435; U. PETRONIO, *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di procedura Civile del 1806*, pp. VII-L; G. LEYTE, *Le Code civil et les autres codifications napoléoniennes, in 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, pp. 126-127; A. WIJFFELS, *French Civil Procedure (1806-1975)*, in *European Traditions in Civil Procedure*, C.H. VAN RHEE (ed.), Antwerp-Oxford 2005, pp. 25-47; X. GODIN, *Les antécédents du Code de 1806. L'ordonnance de 1667 et l'œuvre des jurisconsultes*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, To. I, *Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe. Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe*, J. HAUTEBERT-S. SOLEIL (sous la direction des). Actes du colloque tenu à la cour d'appel de Rennes les 9 et 10 novembre 2006: Paris 2007, p. 9-31, e nello stesso volume S. SOLIMANO, *Le rôle de Pigeau dans l'élaboration du Code de procédure civile del 1806*, pp. 33-56.

⁽⁶⁸⁾ Per le suggestioni dell'oralità nel diritto penale di primo Ottocento, cfr. E. DEZZA, *L'avvocato nella storia del processo penale*, in *Un progetto per la storia dell'avvocatura*, G. ALPA-R. DANOVI, Bologna 2003, p. 119; nel diritto francese, invece, cfr. M. CAPPELLETTI, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano 1971, pp. 54 ss. Il manoscritto delle *Leggi organiche giudiziarie*, in ASMi, *Miscellanea Storica*, cart. 85. Un' edizione in *Le Costituzioni italiane*, A. AQUARONE, M. D'ADDIO, G. NEGRI (a cura di), Milano 1958; da ultimo, in parziale controtendenza rispetto alla linea storiografica

confronto con la concreta applicazione del diritto per vagliarne la reale capacità operativa, quanto piuttosto di circoscrivere il ragionamento fra *transactio proprie et improprie sumpta* entro confini tecnici rigorosi e di più immediata comprensione.

«Dans notre langage, le mot transaction, comme le mot *transactio* chez le Romains, est pris dans deux acceptions, l'une vulgaire, large, un peu vague; l'autre technique, restreinte et nettement précisée. Dans sa première acception, il signifie la conclusion d'une affaire quelconque, et il est employé comme synonyme de *convention* ou de *contrat*, pour varier le style [...] Dans sa seconde acception, dans son acception restreinte, le mot transaction est pris pour désigner exclusivement le contrat par lequel on termine un procès déjà né, ou on prévient un procès à naître. Le mot latin *transactio* a été employé en ce sens technique dans les rubriques du Digeste et du Code de Justinien; le mot transaction est pris en ce même sens [...] par le Code Napoléon» ⁽⁶⁹⁾.

Troplong scrivendo che:

«Le mot *transaction*, dans son acception la plus large, signifiait chez le Romains toute conclusion définitive d'une affaire. Mais il avait une autre acception plus précise et plus restreinte, et on l'employait particulièrement pour désigner la convention qui met fin à un procès commencé, ou prévient un procès près de naître» ⁽⁷⁰⁾

dominante, M.G. DI RENZO VILLATA, *In un turbine di modelli. Il processo civile in Lombardia tra fervore progettuale, realtà normativa e pratica (1801-1806)*, in *La formazione del primo Stato italiano e Milano capitale 1802-1814. Convegno internazionale: Milano, 13-16 novembre 2002*, A. ROBBIATI BIANCHI (a cura di), Milano 2006, pp. 151-205. Per la citazione si veda, specificatamente, l'allegazione di cui alla Segn. 67.XI.C.057.33, *Alla Regia Corte d'Appello, Deduzioni per la Congregazione della Carità di Milano, rappresentante l'Ospitale Maggiore della stessa città...* sempre Sezione di Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università di Milano.

⁽⁶⁹⁾ L'adesione al significato più ristretto del termine adottata dal Code è sottolineata con vigore da MARCADÉ e PONT, *Explication théorique et pratique*, To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § I, n. 456, 224.

⁽⁷⁰⁾ TROPLONG, *Droit civil expliqué*, Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2044, n. 3 [1-2], 157. Per la metodologia seguita da Troplong, occorre riandare alla sua attiva militanza nelle file della *École de l'Exégèse*. Secondo lo schema di E.-D. GLASSON, cui si deve, per l'appunto, la paternità del termine esegesi, i seguaci di questa corrente interpretativa erano «qui ont consacré leur vie scientifique à l'étude ou à l'enseignement du Code civil [...]». Ce sont avant tout des commentateurs du Code civil, pleins de déférences pour son texte, suivant sa méthode pas à pas, article par article, s'inspirant sans cesse de ses intentions», *Le centenaire du Code civil 1804-1904*, Paris 1904, p. 41. Per la Scuola dell'Esegesi ed i suoi esponenti, ancora imprescindibile, il saggio di G. TARELLO, *La 'Scuola dell'Esegesi' e la sua diffusione in Italia*, apparso nel 1969 negli *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, pp. (239-276) e poi inserito Id., *Cultura*

sottolinea un carattere «sans lequel il n'y a plus de transaction»⁽⁷¹⁾.

«L'art. 2044 omet, en effet, un des caractères les plus saillants de la transaction, savoir: la chose donnée, retenue ou promise, l'aliq[uo] dato, vel retento seu promisso».

Nella prospettiva di esaltazione della volontà individuale la dottrina formatasi sul *code* egli colloca infatti nei sacrifici reciproci (*chose donnée, retenue ou promise*) addirittura il fondamento del vincolo, quale elemento qualificante della convenzione, sostenendone il ruolo fondante del contratto e delle obbligazioni da esso scaturenti⁽⁷²⁾.

In altre parole, se l'atteggiamento reverenziale nei confronti del *code* e la decisa autolimitazione che gli Esegeti programmaticamente si imponevano, sono agli antipodi quanto alla possibilità di proporre soluzioni giuridiche di ampio respiro, e sistemi vasti ed articolati, non vi sono nemmeno repentini cambi di rotta nella costruzione degli istituti, solidamente ancorati alla loro struttura secolare ed al buon senso pratico.

Questa tendenza che aveva tratto alimento dalla vaghezza e dalla confusione del diritto vigente in Francia prima dell'emanazione del *Code civil*, si era infatti profusa in uno sforzo ermeneutico e sistematico

giuridica e politica del diritto, Bologna 1988, pp. 69-101; per gli influssi esercitati sulla cultura giuridica nazionale si vedano invece A. CAVANNA, *L'influence juridique française en Italie au XIXe siècle*, in *RHFD*, Sc. Jur., 15 (1994), pp. 87 ss. e R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil, la science del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano 2002. Più di recente, G. CAZZETTA, *Civilistica e 'assolutismo giuridico' nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'Esegesi (1865-1881)*, in *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, pp. 399-418; MARINELLI, *La cultura del Code Civil*, pp. 97-138; e, infine, ancora, G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 119-141.

⁽⁷¹⁾ TROPLONG, *Droit civil expliqué*, Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2044, n. 4 [5], 157.

⁽⁷²⁾ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, To. I, *Premier projet du Code Civil de Cambacérés*, Liv. III, *Des contrats*, Tit. I, *Des obligations*, Pars I, § I, n. 2 e 4, 65.

in grado di soddisfare alcune richieste di base emerse, sia durante l'Illuminismo, che durante la Rivoluzione, prima di tutte un diritto scritto ed un linguaggio chiaro ed accessibile, ma anche in commentari, in cui la comunità giuridica potesse riconoscere non solo le norme, ma il distillato degli ideali razionalisti che le avevano ispirate.

Tornando, dunque, al nostro contratto, ed al suo aspetto per così dire 'oneroso', secondo Troplong (1795-1869) ⁽⁷³⁾ si doveva guardare ai fatti più che alle idee, senza strumentalizzare la neo-nata disciplina per distruggere l'effetto irretrattabile delle cose transatte col pretesto delle nuove disposizioni o, peggio ancora del loro inspiegabile silenzio ⁽⁷⁴⁾. Ne emerge così un contratto

«du droit des gens comme la plupart des conventions [...] synallagmatique ... puisqu'il contient obligation réciproque de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose, ne fût ce que de ne point élever ou faire revivre la contestation qu'il prévient ou qu'il termine consensuel, [...], commutatif, car chacune des parties entend y trouver un avantage équivalent au sacrifice qu'elle fait» ⁽⁷⁵⁾

sottoposto alle stesse regole e distinzioni delle convenzioni in generale. Ovverosia, la capacità di contrattare, il consenso delle parti contraenti, un oggetto certo che forma la materia della convenzione e

⁽⁷³⁾ Raymond-Théodore Troplong. Definito «l'oracle juridique» di Napoleone III (E. OLLIVIER, *L'Empire libéral*, Paris 1895-1918, 3, 8), fu uno dei maggiori giuristi della sua epoca. Giunse alla magistratura dopo essere stato avvocato e, nel nuovo ruolo, fu prima presidente della Corte d'Appello di Parigi e quindi, sino alla morte, presidente della Corte di Cassazione. Autore di numerose opere legali, contraddistinte da uno stile vivace, pieno di immagini e divagazioni non sempre pertinenti, quali *Des privilèges et hypothèques* (1833), *De la vente* (1834), *De la prescription* (1835), e il *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, (27 voll., 1835-55), suo principale lavoro, la sua metodologia si caratterizzò per uno storicismo e un eclettismo volti all'unico e dichiarato scopo di supporto e giustificazione del codice. Come notano J. CHARMONT e A. CHAUSSE (*Les interprètes du Code Civil*, in *Le Code Civil. 1804-1904, Livre du Centenaire*, To. I, Paris 1904, pp. 131-172, spec. p. 151) «la vérité est que Troplong était à la passionné et préoccupé du but; il avait une tendance à subordonner les motifs à la thèse». Per uno sguardo biografico aggiornato, vd. C. GAU-CABÉE, *sub v. Troplong Raymond-Théodore*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 983-985.

⁽⁷⁴⁾ TROPLONG, *Droit civil expliqué*, Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2044, n. 4 [5], 157.

⁽⁷⁵⁾ MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. I, *Définition de la transaction*, Tit. I, nn. 5, 6 e 9, 3-4.

una causa lecita nell'obbligazione.

Per transigere, dichiara l'art. 2045 c. c., è necessario che si abbia la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione. Una capacità relativa, dunque, commisurata all'età e alle qualità dell'individuo, oltre che all'oggetto della transazione ⁽⁷⁶⁾.

Anche la prova testimoniale, generalmente ammessa, qui è sostituita dalla scritturazione, «più capace della memoria a fissare il senso e la estensione di una convenzione quasi sempre complicata, ed il cui scopo svanirebbe ove la sua sorte dipendesse da una pruova testimoniale, la quale spesso non produce che incerti e pericolosi risultamenti» ⁽⁷⁷⁾.

3. La transazione invalida nella prospettiva del code civil e nella giurisprudenza delle corti. Un istituto alla prova dei fatti.

E proprio il rifiuto di resuscitar controversie già estinte «col fatto delle parti» ⁽⁷⁸⁾, o di porre nel nulla transazioni talvolta eseguite, è uno dei grandi temi affrontati dalla giurisprudenza delle pronunce che, nell'avviarsi all'uso quotidiano della codificazione voleva ormai «portare in aula [...] solo il peso delle ragioni anziché il numero de'

⁽⁷⁶⁾ L'art. 2045 porte: «Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'art. 467 autitre de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation, et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur sur le compte de tutelle que conformément à l'art. 472 au même titre. Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse de l'empereur». Ainsi, comme tout autre contrat, la transaction est assujettie aux mêmes règles et ménies distinctions que lcs conventions en général. Ces conditions sont: la capacité de contracter et de disposer de l'objet de la transaction, le consente ment des parties contractantes, un objet certain qui fasse la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. Il résulte de là que la capacité nécessaire pour transiger est relative tout à la fois, et à la qualité de la personne, et à l'objet même de la transaction», DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Art. 4, n. 42, 650.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, Art. 5, n. 70, 653.

⁽⁷⁸⁾ Segn. 67.XI.C.062.27, *Osservazioni delle Sorelle Tron sul ricorso introdotto alla Suprema Corte di Cassazione dal sig. senator Cav. Mocenigo*, p. 2.

Digesti»⁽⁷⁹⁾.

Fra le molte questioni sollevate, al centro del dibattito interpretativo, un posto di spicco viene così riservato all'art. 9 del progetto⁽⁸⁰⁾, poi confluito nell'art. 2052 del *code civil*, secondo alinea, in forza del quale

«[Les transactions] ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion⁽⁸¹⁾».

Era del resto opinione corrente che la disciplina generale dei vizi del consenso dovesse subire alcuni temperamenti in questa specifica

⁽⁷⁹⁾ Segn. 67.XI.C.047.34, *R. Tribunale di Prima Istanza, Riflessi per il Marchese Don Giovanni Parravicini nella causa colla Damigella Donna Giuseppa di lui figlia*, per l'eredità del fratello minore Don Cesare assegnata a quest'ultima anziché al padre. Per la citazione, vd. S. PARINI, *La dinamica della conflittualità civile: processi e transazioni fra antico regime ed età dei codici*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *L'arte del difendere: allegazioni, avvocati e storie di vita a Milano tra Sette e Ottocento*, pp. 601-667, spec. p. 611.

⁽⁸⁰⁾ Originariamente, il dettato dell'art. 9 prevedeva: «Les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée». Ed il 10: «Il y a lieu à rescission lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. La transaction ne pourra être attaquée pour cause d'erreur dans la nature du droit litigieux, ni pour cause de lésion. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol», FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, To. XV, *Discussion du Conseil d'Etat*, 92. Può meglio chiarire gli intenti del Legislatore questa sentenza, cfr. COUR DE CASSATION, 19 dicembre 1865, *Salguès c. Louvrien et Rampon*, *Journal du Palais*, 1866, p. 784. Il caso in questione concerne una transazione fra gli eredi della Salguès per porre termine alle controversie *post mortem*. A transazione avvenuta, infatti, Louvrien et Rampon impugnarono il contratto di matrimonio della defunta, sostenendone un diverso regime patrimoniale; in conseguenza di ciò ritennero dovesse spartirsi l'eredità in modo differente e, di conseguenza rescindere anche la transazione su quelle premesse effettuata. La Corte, al contrario, affermò che l'errore in questione non era di fatto, ma di diritto e, pertanto, non costituiva causa di rescissione della composizione amichevole della lite ex art. 2052. Vd. Sul punto anche, I. FROMESCO, *L'erreur dans la transactions*, Paris 1923.

⁽⁸¹⁾ *Code Civil des Français*, Liv. III, Tit. XV, *Des transactions*, Art. 2052, 494. Il problema della lesione ricorre con particolare frequenza nelle sentenze. «La transaction est encore un véritable jugement, un jugement qui prononce sur un procès, et qui prononce définitivement et en dernier ressort; un jugement d'autant plus sacré, que les parties elles-mêmes l'ayant spontanément rendu, ne sauraient être admises à critiquer leur propre ouvrage; en un mot c'est un jugement qui jouit de toute l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (2052)», MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. I, *De la transaction considérée elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction*, n. 20, 9.

materia.

In particolare, si tendeva a precludere il rimedio rescissorio per due di essi: l'annullamento per l'errore di diritto ⁽⁸²⁾ e per lesione, veri e propri paladini della vincolatività rafforzata della transazione. In entrambe le ipotesi, tuttavia, è possibile rilevare una certa carenza nello stile redazionale della previsione normativa, forse frutto di una certa fretta nella composizione del titolo XV *Delle transazioni* ⁽⁸³⁾.

La disposizione di cui all'*article* 9, che «consacre son effet entre les parties en donnant la force et l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et la mettant à l'abri de toute attaque sous prétexte d'erreur de droit et de lésion» ⁽⁸⁴⁾, si rivela così equivoca.

Tratta dell'errore di diritto, senza nulla affermare in merito all'errore di fatto mentre gli interpreti, – uno per tutti, Marbeau – ritengono che tutti i tipi di 'errori' dovrebbero soggiacere alla medesima

⁽⁸²⁾ «D'après l'art. 2052, les transactions ne peuvent être annulées pour cause d'erreur de droit. C'est n une exception aux principes admis en matière de conventions», DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Art. 8, n. 136, 667 e, ancora, MARBEAU, (*Traité des Transactions*, Liv. I, *De la transaction considérée elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction*, nn. 23-24, 10-11) «La transaction, dans ces deux cas, est plus solide qu'un jugement en dernier ressort. Les transactions ont donc un caractère plus sacré que les jugemens? demande le premier consul. Le citoyen Tronchet répond que ce principe est notoire; qu'il est fondé sur ce que, dans les transactions, les parties se jugent elles-mêmes» (*Voyez la discussion au conseil d'état, sur l'article 14 du projet.*) Quatrième différence. Un jugement passé en force de chose jugée peut être cassé ou rétracté quant à l'un de ses chefs seulement, s'il y a lieu; et, dans ce cas, ses autres dispositions produisent tout leur effet, à moins qu'elles ne soient dépendantes de la disposition anéantie (480 et 482 du Cod. de proc. civ.). Dans les transactions, au contraire, la nullité de l'une des dispositions entraîne la nullité de toutes les autres. (Arg. de l'art. 2055.). La raison de cette différence est que toutes les parties d'une transaction sont corrélatives entre elles; au lieu que, dans les jugemens où les magistrats, rigoureux applicateurs des lois, ont prononcé ou dû prononcer sur chaque point, conformément aux règles précises du droit, ce qui vicia l'un des chefs peut n'influer en rien sur les autres, puisque chacun est ou doit être mor tiré sur la loi même, et sans égard aux différens rapports qui pouvaient exister entre eux. C'est dans, les jugemens qu'on peut dire *tot capita, tot sententiae*. Mais si les transactions ont quelquefois, entre les parties contractantes, plus de force que les jugemens en dernier ressort, elles en ont toujours moins à l'égard des tiers».

⁽⁸³⁾ J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé (droit belge)*, Bruxelles 1967, I, n. 30.

⁽⁸⁴⁾ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, To. XV, *Rapport fait per le Tribuns Albisson*, art. 2052, 118.

disciplina se ciò che si vuole veramente sanzionare è «l'ignorance sur l'existence, sur le ses ou sur la manière d'appliquer la loi».

« [...] on ne peut donc pas dire que cette ignorance annule le consentement donné à la transaction, puisque c'est précisément cette ignorance qui en a été le motif: les parties ont mieux aimé transiger aux conditions convenues que d'approfondir leur doute et de courir la chance de gagner ou de perdre [...]. Il est donc l'essence des transactions de ne pouvoir être attaquées pour cause d'erreur de droit» ⁽⁸⁵⁾.

In altri termini, si tenderebbe veramente a prevenire l'insorgenza di conseguenze irragionevoli, solo proibendo, a tutti coloro che in dubbio sulla fondatezza del proprio diritto, arrivassero a transigere su di esso, tentando poi di porre nel nulla l'accordo raggiunto sulla base di una presunta falsa conoscenza di una norma di legge o della sua asserita ignoranza. Il vero *discrimen*, qui, infatti, non attiene alla diversa natura del malinteso, ovverosia dal trovarsi dinnanzi ad un errore di diritto o di fatto, quanto, piuttosto, alle circostanze su cui esso cade ⁽⁸⁶⁾.

Già il Tribunale Gillet nel suo discorso davanti al Corpo Legislativo aveva escluso la rilevanza dell'errore di diritto in sede transattiva («L'erreur de droit, quoi qu'elle puisse être en certains cas un motif de

⁽⁸⁵⁾ MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. I, *Définition de la transaction*, Tit. I, n. 17, 7; sulla stessa linea, M. DE MONTALI, *Analyse des Pandectes de Pothier, en français: servant aussi de table analytique et alphabétique des matières, également applicable au digeste*, Paris, Librairie Nationale et Étrangère, 1824, 2, 280; K.S. ZACHARIAE VON LINGHENTAL, *Cours de Droit Civil Français par C.S. Zachariae, traduit de l'Allemand sur la Cinquième édition (1839) et revu et augmené avec l'agrément de l'auteur, par Aubry et Rau. Second édition*, To. II, Bruxelles, Meline, Cans et Comp., Libraires-éditeurs, 1850, § 420, 69-70. (trad. it. *Corso di diritto civile francese. Prima traduzione italiana eseguita nello studio dell'Avv. Vincenzo de Matteis... fatta sull'ultima edizione Parigina degli anni dal 1854 al 1861, tradotta sulla quinta edizione tedesca annotata e ridotta secondo l'ordine del codice Napoleone da G. Massé, giudice del tribunale di Reims, e Vergé e viceversa per facilitare le ricerche, cose che mancano nelle edizioni finora pubblicate*, Napoli, Giuseppe Marghieri Librajò editore, 1862, To. V).

⁽⁸⁶⁾ «On a déjà vu que l'erreur de droit ne vicie point les transactions. Si cependant l'erreur de droit était une erreur générale, comme dans ce cas il ne peut plus y avoir présomption de non-ignorance de la loi, il a été jugé que celle des parties à laquelle cette erreur préjudicierait pourrait attaquer la transaction», MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. I, n. 34, 16.

casser les jugemens, elle n'en pas un de rescinder les transactions»)⁽⁸⁷⁾. Per quanto concerne l'errore di fatto, è l'art. 2053 a disporre che l'errore caduto sull'oggetto della controversia o sulla persona dell'altro contraente sia causa di rescissione⁽⁸⁸⁾.

In merito alla lesione, la problematica – peraltro di lungo corso – origina invece dall'indeterminatezza del rapporto deciso con la composizione amichevole e dall'aleatorietà dell'*eventum litis*, in ragione dei quali sarebbe, se non del tutto impossibile, quantomeno arduo, accertare quello squilibrio fra le reciproche concessioni, necessario per stimare l'*enormitas* della *laesio* idonea a caducare un contratto⁽⁸⁹⁾ che si vuole a tutti i costi intangibile⁽⁹⁰⁾.

La regola contenuta nell'art. 2025 del *Code* riveste dunque un'importanza centrale, ma la sua interpretazione impone cautela.

L'articolo, come si è visto, afferma che la transazione non può essere impugnata per causa di lesione e la lettura che ne viene data porta generalmente a ritenere che la Commissione napoleonica abbia voluto precludere ai transigenti tanto l'azione rescissoria, quanto ogni sindacato circa la congruità economica del contratto, una volta che lo stesso sia stato validamente concluso. Sarebbe infatti insita nella natura stessa della transazione l'impossibilità di configurare uno dei presupposti dell'azione rescissoria, ovverosia la sproporzione fra le prestazioni.

⁽⁸⁷⁾ *Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le Tribun Gillet*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, 128.

⁽⁸⁸⁾ DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, To. XIV, Liv. III, Tit. XV, *Des transactions*, Art. 2053, 134; MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. II, *L'action en nullité ou en rescision, Des conventions en general*, 199 e ss.

⁽⁸⁹⁾ La difficoltà insita nella *probatio leasionis* era già stata sottolineata con particolare vigore dalle fonti contrarie all'applicazione del rimedio: «cum transactionis tempore lis pendeat, eiusque incertus sit finis...consequens est, ut non magis apparere possit, quota vel quanta laesio in transactione intervenerit [...] quo nihil est incertius propter varios iudiciorum eventus», (VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Tit. VI, Quaest. II, n. 4, 257-258). Lo stesso concetto si ritrova anche nell'ORCEOLI, *Tractatus de transactionibus*, Quaest. XCIV, n. 7, 358.

⁽⁹⁰⁾ LOCRIÉ, *La Législation civile*, To. XV, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, Part. II, § V, *rapport*, n. 5, 433.

Ragionando in termini puramente astratti, possiamo in primo luogo osservare come il regime delle invalidità rappresentato nel *Code* non appaia del tutto coerente ⁽⁹¹⁾.

Per quanto infatti la scelta di evitare una regolamentazione casistica e di prediligere la generalità del linguaggio si sia rivelata, e in questo, più di altri casi, cruciale nell'assicurare a tale monumento legislativo – vista la sua concreta messa in opera da parte degli interpreti, in particolare dei giudici – la capacità di trascendere la realtà economico-politica del suo tempo, tuttavia va anche considerato che nel clima culturale di quegli anni non tutte le decisioni siano state maturate in ossequio alle pretese doti di precisione e completezza del nuovo testo, anche a prescindere dal fatto che poi ad esso siano state o meno attribuite.

A livello semantico tutti sappiamo che per *nullità* si intende un vizio che impedisce all'atto di produrre i suoi effetti, mentre la rescissione ha a che fare con un ambito assai più ristretto. La rescissione è, infatti, la *rétractation des acts, ou des contracts*, vale a dire la *rétractation* di atti giuridici o contratti a prestazioni corrispettive, nei quali è possibile che si verifichino anomalie genetiche o funzionali del sinallagma.

La nullità, quindi, concerne potenzialmente ogni atto (negoziale o meno) che presenti gravi difformità rispetto al paradigma legale.

La rescissione, invece, solo atti che risultino potenzialmente pregiudizievoli rispetto alle ragioni creditorie di determinate categorie di soggetti che li hanno conclusi. L'uno e l'altro vizio impediscono all'atto di produrre il proprio effetto, ma in modo differente («L'une et l'autre empêchent l'acte de produire son effet») e con risultati assai diversi.

«La première en le faisant rétracter, la seconde en le faisant considérer comme non venu. L'une et l'autre sont le résultat d'un vice qui se trouve dans l'acte; et 3° l'une et l'autre remettent les parties au même état où elles étaient avant l'acte annulé ou rescindé.

Mais elles diffèrent en ce que: 1° Lorsqu'il y a nullité, celui qui l'oppose n'est

⁽⁹¹⁾ COUR DE CASSATION, 14 marzo 1832, *La Junquière c. Bonneval*, Journal du Palais, 1831-1832, p. 853.

point obligé de prouver qu'il a été lésé; la rescision, au contraire, ne peut être prononcée que lorsqu'il est établi qu'il y a eu lésion: d'où il suit que, 2° Le juge, appréciateur de la lésion, peut impunément rejeter l'action en rescision, tandis qu'il ne pourrait, sans encourir la cassation, rejeter la demande en nullité» ⁽⁹²⁾

L'opzione del silenzio, dietro il quale il giudice non può più trincerarsi col pretesto di non giudicare, sembra qui veicolare opzioni interpretative di segno contrario fra loro e che possono, o potrebbero, nascere di fronte ad una certa discontinuità delle pronunce.

Riprendendo le fila del nostro ragionamento, quindi, possiamo dire che in merito alla nullità, *nulla questio*, o almeno così parrebbe. «Le texte de la loi n'est pas ambigu. L'erreur est une cause de nullité (1110); la violence est une cause de nullité (1113); le dol est une cause de nullité (1116) que veut once plus clair?» ⁽⁹³⁾.

Circa la rescissione per lesione, a livello dottrinale, sembrerebbe rilevarsi qualche perplessità in più. Il rimedio rescissorio nasce per i contratti sinallagmatici, a prestazioni corrispettive, il cui valore sia in qualche modo evincibile dal regolamento negoziale ⁽⁹⁴⁾.

Nel medioevo la sua disciplina viene estesa ad altri contratti che non siano la vendita. Ma solo per lesioni qualificate *ultra dimidium*. Ed è questa la lettura che dobbiamo pensare che sia stata accolta anche in sede di transazione nella disciplina codicistica.

Tuttavia, «le législateur, après avoir frappé de nullité la convention contractée par erreur, violence ou dol, a cru devoir ajouter qu'une pareille convention n'est point nulle de plein droit: qu'elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision; et c'est ce qu'il a dit dans l'article 1117. Mais que nous apprend cet article?

Que la nullité, dans ces cas, n'a pas lieu de plein droit. qu'il faut qu'elle soit prononcée par le juge en connaissance de cause; qu'on doit

⁽⁹²⁾ MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. II, *De l'action en nullité ou en rescision des conventions en general*, Cap. II, nn. 270-271, 200-201.

⁽⁹³⁾ Ivi, Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. II, *De l'action en nullité ou en rescision, Des conventions en general*, Cap. III, *Quels sont les vices qui emportent nullité*, Sec. I, *Si le dol, l'erreur ou la violence donnent lieu seulement à une action en rescision*, n. 276, 204.

⁽⁹⁴⁾ C. 4.44. 2 *secunda* e 8 *de rescidenda venditione*.

se pouvoir par voie d'action pour la faire prononcer» ⁽⁹⁵⁾.

Quindi tirando le fila del discorso non pare che vi sia una vera differenziazione fra un rimedio e l'altro, come ben spiega Marbeau, dal momento che entrambe conducono all'annullamento della convenzione sussistendone i requisiti:

«Eh parcourant le Code civil et les discours des orateurs qui ont concouru à sa rédaction, je me suis convaincu qu'en effet il n'existe plus de différence réelle entre ces deux actions, dont le résultat est d'ailleurs le même, l'anéantissement de la convention. Si j'ai conservé les distinctions entre ces deux actions, c'est parce que les principes de la rescision s'appliquent aux actes des mineurs, comme je le dis plus bas: mais, ces actes exceptés, la rescision et la nullité me semblent réglées aujourd'hui par les mêmes principes [...] tout ce qu'il dit de l'une il le dit de l'autre, et par le memes disposition» ⁽⁹⁶⁾.

Secondo l'interpretazione più rigorosa propensa alla conservazione della transazione ⁽⁹⁷⁾, la negazione dell'*auxilium*

⁽⁹⁵⁾ MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. II, *De l'action en nullité ou en rescission, Des conventions en general*, Cap. III, *Quels sont les vices qui emportent nullité*, Sec. I, *Si le dol, l'erreur ou la violence donnent lieu seulement à une action en rescision*, n. 276, 204. Ma vd. anche, A. DURANTON, *Cours de droit français, suivant le code civil* par M. Duranton, Paris, G. Thorel-E. Guibert, 1844 (trad. it. *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, a cura di P. LIBERATORE, Napoli, 1844). Per l'apporto offerto da Duranton alla Scuola dell'Esegesi si richiama il lavoro di Tarello, qui citato, *La scuola dell'Esegesi in Francia*, pp. 71-101, e, più specificamente, per le edizioni delle sue opere, p. 73, nt. 9., ma anche MARINELLI, *La cultura del Code Civil*, spec. p. 111, nt. 37.

⁽⁹⁶⁾ MARBEAU, *Traité des Transactions*, Liv. IV, Tit. II, *De l'action en nullité ou en rescision des conventions en general*, nt. 1, 207. Particolarità possono discendere solo dalla specifica natura della transazione Ivi, Liv. IV, Tit. III, *De l'action en nullité ou en rescision des transactions en particulier*, 249-254.

⁽⁹⁷⁾ In forza della disciplina romanistica nella compravendita le parti avevano ampia libertà di contrattare sul prezzo ed il rapporto fra quest'ultimo e il valore della cosa era pressochè insignificante, ancorchè il concetto di prezzo giusto non fosse totalmente sconosciuto al mondo romano. Le costituzioni che pertanto ammettevano la possibilità di rescindere i contratti non solo erano limitate (due ipotesi solamente), ma poggiavano altresì l'azione rescissoria sulla minaccia o sull'inganno posto in essere dal compratore, dando un rilievo del tutto marginale alla discrepanza fra prezzo e valore del bene. (Cfr. in tema, K. VISKY, *La lesione enorme nel pensiero di Bartolo*, in *SS*, 84 (1972), pp. 402-426, spec. pp. 409-413). Sulla base di questa tesi, poiché la costituzione, C. 4.44 *de rescindenda venditione*, l. 2 non fa menzione di altro contratto oltre alla compravendita, i rigoristi, sinteticamente ricordati da Troplong attraverso la citazione del *Tractatus* del Vinnen, escludono l'applicazione estensiva dell'azione alla

rescissorio nel caso specifico del nostro contratto deriverebbe da tre motivazioni principali, integrate da altre valutazioni concorrenti.

In primo luogo, dall'inattaccabilità stessa della transazione ⁽⁹⁸⁾; secondariamente, vi si opporrebbe l'assimilazione della composizione amichevole delle liti al giudicato, anch'esso – com'è noto – non rescindibile per lesione ⁽⁹⁹⁾. Infine, ne escluderebbe l'applicazione la meritevolezza dello scopo perseguito ⁽¹⁰⁰⁾.

L'analisi delle motivazioni 'contro' non si appunterebbe, dunque, su ragioni di incompatibilità logica, quanto, piuttosto, su di una scelta di carattere politico, che, una volta di più, vuole escludere la possibilità di ridiscutere la congruità del rapporto una volta composta la lite, dando all'*in integrum restitutio* il ruolo solo di rimedio di carattere eccezionale ⁽¹⁰¹⁾.

transazione. (Cfr. A. VINNEN, *Tractatus varii*, nn. 11- 13, pp. 147-148 e, per il suo ruolo in tema di *transactio*, ancora a PARINI VINCENTI, *La res dubia nella transazione dal Diritto comune ai codici: un problema aperto*, spec. p. 1789, spec. nt. 145).

⁽⁹⁸⁾ La disposizione normativa su cui questa tesi poggia è di sapore assai antico, ovvero, la l. *fratris tui* C. 2.4.10, che si basa sull'assunto, per cui «quod semel transactum est, iterum prioribus subijcere iurgiis [...] Quodque hac de causa transactionis firmitas nulla laesione conquassari debeat, suadere videntur», (ORCEOLI, *Tractatus de transactionibus* [nt.59], *Quaest. XCIV*, nn. 1-2, 357-358).

⁽⁹⁹⁾ «Veniens autem contra rem iudicatam sub praetextu laesionis numquam auditur, ergo neque adversus transactionem», (*Ibidem* n. 3, 358).

⁽¹⁰⁰⁾ «Quia transactio dicitur recessus a lite, quoniam eo ipso quod transigitur, nihil aliud consideratur, quam a lite discedere, a qua discedens magnum lucrum consequitur propter dubium litis eventum, quia est inaestimabilis, et tanti ponderis, ut nulla laesionis mensura circumscribi valet», (*Ibidem*, n. 7, 358). Una linea interpretativa autonoma, rispetto al diritto comune classico, si era già manifestata nel '400 con il Maino che, in proposito, aveva infatti scritto: «[...] quis transigit si postea reperiat se graviter leasum etiam ultra dimidium non per hoc potest rescindere transactionem [...] hoc est favore litium finitarum, ne amplius instaurent», (GIASON DEL MAINO, *In primam, secundam, Codicis partem commentaria, Comm. ad C. 2.4.10 de transactionibus*, Venetiis, apud Iuntas, 1590, l. *fratris tui*, 100, n. 2). Cfr. ancora al riguardo S. CAPRIOLI, voce *Rescissione del contratto* (storia), in *ED*, XXXIX, Milano 1988, pp. 933-966; ID., *Iniquitas rei. Studi preparatori ai contratti rescindibili nell'età di diritto comune. I Casi di rescissione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Perugia 1974, pp. 95-202; ora in edizione rivista e ampliata, ID., *Indagini sulla rescissione*, Perugia 2001, 11-145.

⁽¹⁰¹⁾ La problematica è complessa, poiché normalmente, secondo il dettato romanistico, l'*actio* competerebbe solo per i contratti conclusi da soggetti di età inferiore ai XXV anni, anche quando non sia menzionato nelle fonti un danno effettivo o

Glossa e Commento, più inclini a dare un'interpretazione meno letterale delle fonti ⁽¹⁰²⁾, avevano militato a favore della possibilità di una valutazione in senso oggettivo delle prestazioni dedotte nella composizione amichevole della lite per bilanciarle ⁽¹⁰³⁾. Ciò avrebbe consentito di invocare la frode, ricorrendo in via presuntiva (*iuris et de iure*) ad uno squilibrio fra quanto dato e quanto ricevuto («cum laesio in ventre ex sua natura dolum contineat») ⁽¹⁰⁴⁾. In questo modo si sarebbe anche potuta utilizzare l'*exceptio doli* ⁽¹⁰⁵⁾. Ma – ricordiamolo – entrambe le scuole avevano sempre escluso la natura contrattuale della transazione.

L'unica linea ricostruttiva *magis recepta* – secondo l'Orceoli –

giudizialmente dimostrato, e mai comunque in rapporto alla transazione (*contra transactionem ordinarie non dati restitutionem in integrum*). La dottrina dell'età intermedia, invece, adottando una lettura revisionista, ammetteva l'*in integrum restitutio* anche in caso di contratto transattivo, richiedendo, tuttavia: per i minori, una *laesio intra vel ultra dimidium*; per i maggiorenni, invece, una *enormissima*. «Negant plures Doctores transactionem rescindi posse propter enormem vel enormissimam laesionem [...] verum haec opinio non admittens laesionem in transactione fuit [...] impugnata et probatum fuit per laesionem enormissimam rescindi transactionem ex veriori et receptiori sententia», (ORCEOLI, *Tractatus de transactionibus, Quaest. XCV*, nn. 4 e 5, 367).

⁽¹⁰²⁾ «Quod transactio propter enormem laesionem, et fortius propter enormissimam possit rescindi probatam tamen, et iustificatam [...] fuit opinio Bart & glos.», (*Ibidem, Quaest. XCIV*, n. 13, 359. Il problema dell'equilibrio del sinallagma è particolarmente sentito dal diritto comune, da sempre alla «ricerca della concreta giustizia che è intrinseca ai rapporti umani» cui va necessariamente commisurato il '*praeceptum*' giuridico. Per una rappresentazione di questa tensione vd. S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di 'regula iuris' nel pensiero dei Glossatori*, in *Annali di Storia del Diritto*, 5-6 (1961-62), pp. 221-374 e più recentemente, M. BELLOMO, *I giuristi, la giustizia e il sistema del diritto comune*, in *Medioevo edito e inedito*, II, Roma 1997, pp. 109-122; P. GROSSI, *Aequitas canonica*, in *QF*, 27 (1998), pp. 379-396. Infine, una più ampia trattazione del tema della lesione nel pensiero dei Commentatori, ancora in VISKY, *La lesione enorme nel pensiero di Bartolo*, pp. 402-426.

⁽¹⁰³⁾ Quest'idea nasce dalla lettura della l. *propter spem*, *D. Familiae Erciscundae*, (D.10.2.23), «qui recte probat dubium litis eventum posse estimari», (ORCEOLI, *Tractatus de transactionibus, Quaest. XCIV*, n. 10, 358).

⁽¹⁰⁴⁾ «Probata laesione praesertim in magnu excessu, qui dolo ex proposito comparatur, dolo re ipsa intercedere videtur [...] quod ubi in contractu, etiam iurato, intervenit enormissima laesio, dicatur ex illa dolo re ipsa resultare, qui est sufficiens ad rescissionem perinde ac si ipse dolo contractui inesset...», (*Ibidem* n. 11, 358).

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *AUPA*, XXVII (1961), pp. 173-321 e VISKY, *La lesione enorme nel pensiero di Bartolo*, p. 416.

(¹⁰⁶) e *verior in praxi* – a parere del Valeron (¹⁰⁷) – che era riuscita ad aprire la via alla rescissione della transazione, ancorché con qualche *temperamento* (¹⁰⁸), era quella che leggeva la possibilità del ricorso al rimedio rescissorio in presenza di una lesione qualificata *ultra duplum*, *vel triplum justis pretij* (¹⁰⁹), da valutarsi sulla base del complessivo valore economico del contratto, non stimato *a valore rei*, però, bensì sulla base *dubius litis eventus* (¹¹⁰).

In una simile quanto articolata cornice teorico-dottrinale, dipanatasi nel corso di secoli di accesi dibattiti, la semplificazione operata dalla cornice normativa francese, e dall'icasticità degli artt. 1131 e 2052, non contribuisce certo a favorire un clima di protezione e riguardo verso la parte debole del rapporto, nè di sanzione di contegni eventualmente scorretti nell'interrelazione fra le parti contraenti.

L'autentica fascinazione esercitata dal *code* sugli operatori del diritto, non impedì, ma anzi occultò, e legittimò allo stesso tempo l'utilizzo di tecniche retoricamente efficaci attraverso le quali talune soluzioni venivano fatte apparire come derivanti per qualche via, a volte misteriosa, dal testo.

La stessa regola contenuta nell'art. 2052 e la sua interpretazione, che come detto in apertura, impone prudenza, fornisce un esempio eclatante di come, con il pretesto di offrire una riproduzione fedele al loro oggetto di studio, gli Esegeti spesso introducevano principi dai quali inferire nuove soluzioni atte a ribaltare il concetto codicistico di partenza, la cui spiccata laconicità non poteva che far entrare in crisi

(¹⁰⁶) ORCEOLI, *Tractatus de transactionibus*, Quaest. XCIV, n. 17, 359.

(¹⁰⁷) VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Tit. VI, Quaest. II, n. 46, 263.

(¹⁰⁸) «Ex his tribus sententiis, ea uti verior et magis recepta retinenda est, quae docet, transactionem ex causa enormissimae lesionis rescindi posse, attento tamen dubio litis eventu, eoque inspecto, et considerato, una cum omnibus litis expensis factis, et faciendis, prout eam signanter», (ORCEOLI, *Tractatus de transactionibus*, Quaest. XCIV, n. 17, 359).

(¹⁰⁹) *Ibidem*, n. 16.

(¹¹⁰) «In aestimanda laesione inspicere debeat non solum vetus valor rei in lite existentis, sed etiam dubius litis eventus» e benchè tale prova non sia di facile raggiungimento, «hoc non esse impracticabile et impossibile» valutando elementi circostanziali portati comunque all'attenzione del giudicante, (Ivi, n. 24 e nn. 31-33, 360-361).

molti dei postulati su cui era retta.

Ancor più che per ragioni di carattere logico-formale, è l'evoluzione del competitivo ambiente economico-sociale napoleonico a troncare ogni perplessità e a proibire del tutto l'impugnativa del nostro contratto per lesione, adottando una linea di forza a tutto vantaggio della fattispecie compositiva, lasciando scoperto l'aspetto sociale.

Ed in quest'ottica vanno letti i provvedimenti su nullità e rescissione.

«Quant'à la lésion énorme, il n'y a pas de raison, quoi qu'en aient dit Bartole et sa nombreuse école, pour en faire une cause de rescision de la transaction» ⁽¹¹¹⁾.

Ma del resto siamo in un contesto commerciale e di mercato profondamente diverso dall'attuale che richiede l'assunzione di un momento interpretativo nel processo di formazione ed implementazione delle regole giuriche ⁽¹¹²⁾. Nella transazione, infatti, spicca l'elemento soggettivo, quel valore che essa assume per il singolo contraente, il quale ottiene il vantaggio di evitare i fastidi del processo ed il rischio della sua sconfitta.

Se, quindi, con riguardo ad altri tipi di contratto queste considerazioni e pregi possono anche a degradare a 'motivi' e, come tali, ad aspetti del tutto soggettivi e normalmente irrilevanti, nel nostro specifico caso l'*aestimationis huius dubii litis eventus* – cioè «quanto la ragione dedotta in giudizio possa singolarmente essere apprezzabile secondo la comune estimazione, ed il prezzo di tal dubbio» ⁽¹¹³⁾ – ha uno spessore di cui il legislatore tiene conto proprio nell'area dei rimedi accordati in sede di giustizia contrattuale.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. TROPLONG, *Droit civil expliqué*, Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2052, n. 139, [3], 186, col. b. Sulla stessa linea, ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Cours de Droit Civil Français*, § 422, 72-73.

⁽¹¹²⁾ I temi trattati in questi anni non esauriscono tutti gli argomenti, ma si appuntano maggiormente su alcuni istituti che più vivacemente si oppongono ai criteri di giustizia, equità e uguaglianza provenienti d'oltralpe. Per le proposte e le iniziative di codificazione avanzate nell'Italia settentrionale dall'ingresso delle armate francesi nel 1796 alla chiusura dei Comizi di Lione nel 1802, si veda PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana: (1802-1805)*, pp. 143-217.

⁽¹¹³⁾ TROPLONG, *Droit civil expliqué*, Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2052, n. 137, 186.

Ragionando diversamente, ovvero concentrandosi su ipotesi di comportamenti prevaricatori e profittatori di una parte nei confronti dell'altra, si faticherebbe a comprendere, l'esclusione del rimedio dall'area transattiva. Pur con le sue particolarità, nemmeno la transazione più squilibrata può autorizzare condotte illecite.

Una transazione invalida può essere ammessa, una transazione senza lite, per mancanza di *caput controversum*, no ⁽¹¹⁴⁾.

Una volta di più è la *non minor auctoritas quam rerum iudicatarum*, a dirimere la vertenza, a sciogliere ogni dubbio, se esso ancora sussista «dopo la conclusione giurata dell'accordo, le costanti ratifiche della composizione, il silenzio e l'acquiescenza per anni» ⁽¹¹⁵⁾.

I profili problematici che si segnalano in questo rapido sondaggio sono molteplici e non sempre investono direttamente la natura della *transactio*, per porre l'accento sul rinnovamento dell'ordine espositivo articolo per articolo attraverso cui inquadrare e riveditare il diritto.

La proposizione di un nuovo modello intellettuale, corredato di un altrettanto innovativo metodo di interpretazione, forse non è del tutto propria della Scuola Esegetica, tuttavia, pur nella finzione della completezza e dell'autosufficienza del nuovo strumento normativo, quale è il *code*, compare una rappresentazione di inizio secolo che offre un quadro di una transazione lontana dall'immagine deformata, ma ancora in parte riflessa dai commentari di diritto comune, impegnati nella ricostruzione di una fattispecie il cui spessore causale, sovente sovradimensionato nella sua importanza, aveva finito per ingenerare pericolose confusioni in ordine alla prestazione dedotta, la nascita di obblighi concreti e, soprattutto, al valore giuridico del *quid novi* posto in essere.

Il cambio di prospettiva offerto dal nuovo emblema del potere napoleonico testimonia come la composizione amichevole delle liti elaborata in dottrina e discussa dagli avvocati rispondano ad esigenze

⁽¹¹⁴⁾ Una trattazione del dubbio fra *code civil* e *ABGB* è già stata fatta in *La res dubia*, *supra* nt. 124, a cui ci si permette di rinviare.

⁽¹¹⁵⁾ COUR ROYAL DE BESANÇON, 9 febbraio 1830.

differenti.

La prima indubbiamente risente degli effetti negativi di una certa rigidità nella lettura delle fonti più antiche, la seconda si concentra su aspetti di più stretta attinenza applicativa, piuttosto che essere lo specchio fedele di un immutabile sostrato normativo.

Nel complesso, però, la linea evolutiva del contratto è stata tracciata, non interessano più molto, dopo il *code*, le singole tappe intermedie. La bilancia propende per la concretezza.

La giurisprudenza nelle pronunce si rivela invece più stabile dei governi che la sollecitano, e se finirà per mostrare le incoerenze dei propri assunti, sarà così perché traspariranno, dietro ad essa, le smagliature di una trama teorica non sufficientemente robusta per resistere agli strappi quotidiani della prassi (¹¹⁶).

(¹¹⁶) PARINI, *La dinamica della conflittualità civile: processi e transazioni fra antico regime ed età dei codici*, spec. p. 667, da cui la citazione in testo.

CAPITOLO III

TRANSAZIONE E RAPPORTI ETERODETERMINATI NELL'ESPERIENZA DELL'ITALIA UNITA

SOMMARIO: 1.- *Res e lis*: la tautologia di una definizione. 2.- Un'incursione nella tradizione di area tedesca. 3.- Costitutività e dichiaratività nel Codice unitario: la fine di un disagio terminologico?

1. *Res e lis*: la tautologia di una definizione.

Prima di poter giungere all'esame della disciplina che la transazione assume nella codificazione unitaria, pare opportuno riprendere le fila di un dibattito più volte accennato, ma mai veramente concluso, in ordine ad uno degli elementi essenziali della fattispecie transattiva, ovverosia la *lis incerta*.

Apparentemente *lite* e *incertezza* dovrebbero essere infatti concetti distinti. Tuttavia, da parte di alcuni il vincolo è stato percepito così strettamente che la linea di demarcazione – sottilissima – talvolta, si è addirittura perduta, fondando un dogma di totale sovrapposizione fra *incertezza* e '*lite che può sorgere*' in ambito transattivo, valido anche per il diritto vigente. È dunque su questo terreno che la disputa, alle soglie dell'unità, dev'essere valutata, e correttamente ripresa.

Sembra pertanto imprescindibile, sia per meglio declinare i requisiti qualificanti della fattispecie all'esame, che la sua causa contrattuale, riprendere l'analisi di alcune problematiche che, rispetto alla questione sottesa, rivestono carattere di sicura pregiudizialità. Si è

infatti avuta la sensazione che tale questione, rimasta insoluta, potesse in qualche modo minare le basi di molte deduzioni, per quanto all'apparenza corrette.

In linea diacronica, la corrente che fa capo alla dizione normativa di cui all'art. 2044 del *code civil* ⁽¹⁾ e dal quale prendono le mosse tanto l'art. 1965 del codice vigente ⁽²⁾ quanto, per via mediata, l'art. 1764 del codice unitario ⁽³⁾ – oltre che l'art. 2083 del codice albertino ⁽⁴⁾, l'art. 1809 del codice spagnolo ⁽⁵⁾, l'art. 1248 del codice portoghese ⁽⁶⁾, l'art.

⁽¹⁾ In merito alla scarsa preoccupazione di distinguere fra l'incertezza determinante la lite (incertezza soggettiva) e quella inerente alla lite (*incertus litis eventus*), o dipendente dal timore della lite, vd. LOCRI, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, To. XV, Liv. III, Tit. XV, 395; BAUDRY-LACANTINERIE – WAHL, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione* p. 1651, n. 1200; DURANTON, *Cours de droit civil français*, Vol. XVIII, n. 535; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae par MM. Aubry et Rau*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence Cosse, Marchal et C^{ie}, Imprimeurs-Éditeurs, 1871, Vol. IV, § 418, *Notion de contrat*, 656; LAURENT, *Principes de droit civil*, To. XXVIII, Tit. XVI (Tit. XV du Code Civil), *Des transactions*, Ch. I^{er}, Sec. I, n. 324, 330. Sull'ambiguo rapporto con il testo francese, vd. R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB in L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia*, pp. 344-345.

⁽²⁾ *Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al Disegno di legge sul valore giuridico della Carta del Lavoro*, I^a ed. stereotipa del testo ufficiale, Roma Istituto Poligrafico dello Stato, 1943, 522-524 e *Relazioni e Raffronti del Codice Civile Italiano colla Legge Romana e coi Codici Olandese, Prussiano, Francese, Bavarese, Albertino, Austriaco, Napoletano, Parmense ed Estense, con richiamo alle affini disposizioni legislative vigenti nel Regno e alle principali massime della dottrina e della giurisprudenza per l'avvocato A. Bianchetti*, Torino-Napoli, Società l'Unione Tipografico Editrice, 1871, 450.

⁽³⁾ *Processi Verbal. Lavori importanti del Codice Civile Italiano, Componenti e Compilatori di detto Codice*, Milano, Stamperia Reale, 1866, XIV, 180, spec. nt. 5, XV, 180-181; VI, 216; *Codice Civile del Regno d'Italia*, Torino, stamperia reale, 1865, Lib. III, *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*, Tit. XII, *Della transazione*, 415.

⁽⁴⁾ *Codice Civile per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1837, Lib. III, *Dei vari modi coi quali si acquista la proprietà*, Tit. XIX, *Delle Transazioni*, Art. 2083, 553. Approfondimenti in I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto degli Stati sabaudi: le fonti (secoli XV-XIX)*, Torino 2001, pp. 151 ss; G.S. PENE VIDARI, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino 2007, pp. 140 ss.; ID., *Circolazione delle conoscenze giuridiche nell'età dei codici*, in RSDI, 81 (2008), pp. 77-110.

⁽⁵⁾ Código Civil español, Art. 1809, per cui vd. *supra* PREMESA, nt. 26. Sul codice civile spagnolo vd. J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1992 e recentemente E.J. DE BENITO FRAILE, *La codificación*

832 del codice argentino ⁽⁷⁾ e l'art. 840 del brasiliano ⁽⁸⁾ – origina da lontane dottrine, che dai glossatori ⁽⁹⁾, attraverso un filone dell'umanesimo giuridico ⁽¹⁰⁾ e il percorso seicentesco illustrato, giunge sino Domat e Pothier ⁽¹¹⁾.

Questa formula, tuttavia, non è stata ricevuta e analizzata dagli interpreti con la medesima acribia ⁽¹²⁾ ma, al più, per assimilare la transazione al negozio di accertamento, allo scopo di verificare divergenze strutturali e funzionali esistenti tra il meccanismo negoziale tendente a rimuovere l'incertezza e quello avente il fine di comporre la lite ⁽¹³⁾. Molte, dunque, le pagine che, nel corso dei secoli, sono state dedicate al 'dubbio', al fine di vagliarne l'autonomia sul terreno logico-giuridico, o la sua esistenza.

civil y los derechos forales (1808-1833), in *Cuadernos de Historia del Derecho*, 19 (2012), pp. 65-97 e M.S. VALLEJO, *La codificación civil española y las fuentes del derecho*, in *AHDE*, 82 (2012), pp. 11-37. Per una ricostruzione diacronica e diatopica dell'istituto transattivo, vd. R. VALDÉS SANCHEZ, *La transacción: solución alternativa de conflictos*, Bogotá 1997, *passim*.

⁽⁶⁾ Código Civil Português, Art. 1248, per cui vd. *supra* Premessa, nt. 26.

⁽⁷⁾ «La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas». Sul Código Civil, vd. J. CABRAL TEXO, *Historia del Código Civil Argentino*, Buenos Aires 1920; A. LEVAGGI, *El método del Código Civil argentino y sus fuentes*, in *REHJ*, 10 (1985), pp. 159-175; A. GUZMÁN BRITO, *Historia de La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX-XX*, Santiago de Chile 2000; ID., *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeos-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid 2011, pp. 523-525. Sull'influenza del modello argentino sugli altri codici, vd. J.H. ALTERINI, *La Influencia del Código Civil Argentino en otras codificaciones*, in *La Codificación: raíces y prospectiva. II. La Codificación en América*, Buenos Aires 2004, pp. 183-201.

⁽⁸⁾ Código Civil Brasileiro: Art. 840, per cui vd. *supra* Premessa, nt. 26. Per un'introduzione alla storia della codificazione brasiliana, vd. G.B.S. ROBERTO, *Introdução a história do direito privado e da codificação: Uma análise do novo código civil*, Belo Horizonte 2011³, pp. 59-79.

⁽⁹⁾ Cfr. PARINI, *Transactionis causa*, I, pp. 76 e ss.

⁽¹⁰⁾ Ivi, Cap. 1, nt. 34.

⁽¹¹⁾ Ivi, Cap. 1, nt. 25, spec. pp. 73-78.

⁽¹²⁾ PARINI, *La res dubia nella transazione dal diritto comune ai codici*, p. 1769.

⁽¹³⁾ Il richiamo corre ancora una volta alla *Relazione del Ministro Guardasigilli*, ove si parla espressamente di «elemento funzionale della composizione della lite e elemento strutturale delle reciproche concessioni», *Codice Civile*, 522.

I sostenitori dell'autonomia del negozio di accertamento prendono le mosse per lo più dall'affermazione che quest'ultimo punta a sostituire una situazione incerta con una certa ⁽¹⁴⁾.

La transazione, a ben vedere, ha, invece, tutt'altro scopo, ovvero: comporre la lite. L'adesione all'una o all'altra delle ermeneutiche che si disputano il campo, e la conseguente classificazione della composizione amichevole che ne discende, pecca spesso per le impostazioni tautologiche di partenza, soprattutto legate alla definizione del concetto di incertezza. Per quanto concerne quest'ultima, si suole distinguere un'incertezza di diritto, da quella di fatto – intesa come futuro verificarsi di un evento – e come tale, esclusa tanto dalla transazione, quanto dal negozio di accertamento.

La corretta impostazione del problema non sembra consistere, invece, nella ricerca in astratto di un significato di indeterminatezza giuridicamente utilizzabile, quanto, piuttosto, nella investigazione della ragione che spinge le parti ad uscire da tale stato di ambiguità.

Seguendo questo filo rosso, peraltro già lucidamente additato da alcuni nel passato, come Roman E. Valeron – probabilmente forte di una preparazione canonistica, oltre che di una profonda conoscenza della materia che ci occupa – ⁽¹⁵⁾ si capisce come la rimozione della *res dubia* non abbia un valore specifico in sé e per sé, ma quale mezzo per raggiungere il risultato concreto perseguito dalle parti, ovvero la prevenzione della *lis*.

Puramente considerata è, infatti, un concetto giuridicamente inconsistente, mentre l'attività negoziale acquista concretezza solo nel momento in cui l'incertezza diviene potenzialmente litigiosa.

⁽¹⁴⁾ Cfr. HOTMAN, *Disputatio de transactionibus*, n. 14, 648: «primum meminisse oportet propriam transactionis materia in qua tamquam in subiecto versatur, esse rem incertam et ambiguam, sive ob litem iam institutam, sive ob aliud incertitudinis genus».

⁽¹⁵⁾ L'idea proposta dal Valeron era che si potesse sempre transigere ogni qualvolta si potesse litigare. Il campo della transazione e quello della lite erano infatti totalmente coincidenti, senza che ciò dovesse ritenersi un beneficio riservato per forza al solo litigante di buona fede. Questo condusse l'autore a limitare i presupposti qualificante della fattispecie da tre a due (*lis* e *aliquid datur vel retentum*), espungendo dal novero così la *res dubia*. Cfr. *supra*, Cap. I, spec. nt. 194 e nt. 210.

Allora sì che essa si trasforma in quello stato soggettivo per il quale il modo di essere di un rapporto giuridico si presta alla contestazione, la fomenta e diventa origine di un conflitto, cosicché la volizione negoziale non si concretizza nella sola pacificazione della controversia, ma colora l'incertezza, la riempie del suo contenuto, rendendo l'interesse alla sua rimozione giuridicamente rilevante e meritevole di tutela.

La causa negoziale transattiva non si esaurisce e soddisfa nel puro e semplice accertamento, ma diviene strumento di prevenzione della lite stessa. Ne discende che il vincolo genetico fra lite e incertezza si riflette nel rapporto, convertendosi da mezzo a fine, come ben dimostra l'art. 1764 del codice del 1865, il quale stabilisce che:

«La transazione è un contratto, con cui le parti dando, promettendo, o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere» ⁽¹⁶⁾,

a differenza, invece, rispettivamente del §405, dell'ALR ⁽¹⁷⁾, del §1380 dell'ABGB, del §779 del BGB ⁽¹⁸⁾ e, infine del § 1409 del codice civile sassone del 1863 ⁽¹⁹⁾. Ma andiamo con ordine.

⁽¹⁶⁾ È qui che l'espressione lite che può sorgere ad attirare la nostra attenzione ed ad essere divenuta centrale nel diritto processuale civile (P. CALAMANDREI, *Il Concetto di lite nel pensiero di Carnelutti*, in *RDPC*, I (1928), spec. pp. 3 e ss.).

⁽¹⁷⁾ Sulla difficoltà di leggere il *Landrecht* come un Codice, vd. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, pp. 135 ss. Per un resoconto bibliografico, vd. *infra*, nt. 18.

⁽¹⁸⁾ Il *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), § 779, Tit. XIX, *Della transazione* definisce il *Vergleich* come: «Ein Vertrag durch den der Streit oder die UngeWissheit der Parteien [...] beseitigt wird (Vergleich)», cioè «un contratto con cui viene eliminata la controversia o l'incertezza delle parti intorno ad un rapporto giuridico mediante reciproche concessioni (transazione) [...]». All'incertezza intorno allo stato delle cose è equiparata l'essere la realizzazione di un diritto incerta», (*Bürgerliches Gesetzbuch* (1896-1900) in *Codice dell'Impero germanico, promulgato il 18 agosto 1896, seguito dalla Legge introduttiva*, L. EUSEBIO (trad. it. a cura di), Torino, Utet, 1897, Lib. II, *Dei rapporti di debito*, Sez. VII, *Dei singoli rapporti di debito*, Tit. XIX, *Della transazione*, § 779, 112). Per i commentari al codice e in particolare sul § 779, vd.: PECHER, *sub* § 779 in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, pt. II, §§ 652-853, München 1986², pp. 1071 ss.; STOTTER, *Zur Rechtssystematischen Einordnung des § 779 BGB und des gemeinsamen Motivirrtums*, in *JZ*, (1963), pp. 163 ss.; P. MARBURGER, *sub* § 779 in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit*

2. Un'incursione nella tradizione di area tedesca.

Costruita intorno alla nozione di incertezza è, infatti, la funzione del negozio transattivo elaborata dal Codice Civile Generale Austriaco ⁽²⁰⁾, che, al § 1380, recita:

Einführungsgesetz und Neben mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 1986, §§ 779-811, pp. 476 ss.

⁽¹⁹⁾ Tre testi molto diversi fra loro per apparato e contenuto per i quali vd. *infra* ntt. seguenti da 20 a 25, uno sguardo complessivo invece in L. SCHNORR VON CARLSFELD, *Beiträge zur Lehre vom Vergleich*, Breslau 1929, anche se datato, e, più di recente, per un quadro riassuntivo, in E. DEL PRATO, *Fuori dal processo, Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*. La stessa linea teorica nella lettura della *transactio* accolta dall'ABGB si coglie altresì in: P. OERTMANN, *Der Vergleich im gemeinen Zivilrecht*, Berlin, Heymann, 1895 (rist. Aalen 1969), pp. 17 e ss., B. WINDSCHEID, *Lehrbuch d. Pandektenrechts*, Frankfurt Am Main, 1862, To. II, pp. 778 e ss. (trad. it. *Diritto delle Pandette*, C. FADDA e P.E. BENSÀ (a cura di), Torino 1925); C. F. GLUCK, *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia*, Direttori Filippo Serafini e Pietro Cogliolo, *Libro Primo, Tradotto e annotato da Contardo Ferrini, Professore nell'Università di Messina*, Milano, Vallardi Editori, 1888, II, § 345. Nello stesso solco dottrinale, K.L. ARNDTS, *Lehrbuch d. Pandektenrechts*, Munchen, Literarisch-artistische Anstalt der I. G. Cotta, 1859 (trad. it. *Trattato delle Pandette del Cav. Lodovico Arndts, Professore di diritto romano dell'università di Vienna, Prima versione italiana sulla settima edizione tedesca arricchita di copiose note, appendici e confronti, di Filippo Serafini, Professore di Pandette nella R. Università di Roma, Direttore dell'Archivio Giuridico*, Bologna 1872), E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, Bohlau, 1886-1889; H. DERNBURG, *Pandekten. Zweiter Band. Obligationenrecht*, Berlin, Berlag von S.B. Rüller, 1903 (trad. it. *Pandette*, F.B. CICALA (a cura di), Torino 1903). Per riferimenti maggiormente esplicativi sul ruolo che il negozio di accertamento riveste nella dottrina tedesca dopo l'opera del Bähr, invece *infra*, nt. 43.

⁽²⁰⁾ Sull'ABGB, Codice civile per i territori ereditari tedeschi della Monarchia asburgica, promulgato da Francesco I a Vienna, entrato in vigore 1 giugno 1811, il 1° gennaio dell'anno successivo, si veda innanzitutto il commento del suo stesso estensore, F. VON ZEILLER, *Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch: für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Bande I-VII*, Wien und Triest, Geistinger, 1811-1813 (trad. it. *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca del signor Francesco de Zeiller...tradotto dalla tedesca nell'italiana favella dal signor Francesco De Calderoni*, To. VI, Venezia, Picotti, 1816, da cui le citazioni). Fra i numerosi contributi si segnalano, poi: G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, Torino 1911, pp. 252 e ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna 1976, pp. 245 ss.; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*; WESENBERG - WESENER, *Storia del*

«il contratto di novazione, mediante il quale diritti controversi o dubbi vengono determinati in guisa che ciascuna delle parti si obblighi verso l'altra a dare, a fare o tralasciare qualche cosa, chiamasi transazione. La transazione appartiene ai contratti bilaterali, e si regola secondo gli stessi principi» ⁽²¹⁾

Secondo tale disposizione la transazione-novazione interviene per far cessare una situazione giuridica incerta fra le parti, di cui quella creatasi a seguito di una contestazione, o di un litigio, rappresenta solo uno dei casi possibili, ancorché il più frequente ⁽²²⁾.

Il legislatore austriaco ⁽²³⁾, dunque, estende la fattispecie ben oltre l'ipotesi di composizione di un rapporto litigioso, qualificandola come

diritto privato in Europa, pp. 218 ss.); M.R. DI SIMONE, *L'introduzione al codice civile austriaco in Italia, Aspetti e momenti*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano 1994, pp. 1015-1038; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998. Più di recente DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, pp. 137-162, che offre, inoltre, una ricca ed aggiornata bibliografia. M.R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia, secoli XVII-XX*, Milano 2006, EAD., *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino 2007.

⁽²¹⁾ *Codice Civile Generale Austriaco. Edizione seconda e sola ufficiale*, parte I, Milano, Dalla Cesarea Regia Stamperia, 1815, Parte III, *Delle disposizioni comuni ai diritti sulle persone e ai diritti sulle cose*, Cap. II, *Della mutazione dei diritti e degli obblighi*, § 1380, 336.

⁽²²⁾ L'esigenza, nell'ultimo secolo, di definire la *res dubia* trattandola come presupposto essenziale per la conclusione di un negozio transattivo discende dal § 779 del BGB, contenente l'esplicito riferimento all'*Ungewissheit*, basato sull'elaborazione civilistica tedesca del XIX secolo, è stata fatta per voler mantenere la centralità del frammento del Digesto (D. 2.15.1) di cui si è a lungo discusso nella prima parte di questo studio (*Transactionis causa*, I, pp. 13 e ss.). In realtà, però, la *res dubia* non ha questa funzione nelle parole di Ulpiano. Il sintagma, probabilmente, serviva a definire il contrasto fra posizioni divergenti non ancora sfociate in una lite giudiziale, vale a dire una situazione prodromica rispetto ad una *lis incerta neque finita*. La *res dubia* modernamente intesa risente dunque di sviluppi interpretativi che muovono le loro radici nella sovrapposizione ermeneutica fra transazione e accertamento tipico della dottrina tedesca dopo il 1850, felicemente ricostruita da Gitti (*La transazione*, pp. 13 e ss.) che ha posto l'*incertus* tra le situazioni cui la transazione pone rimedio.

⁽²³⁾ Il riferimento corre all'intera area tedesca, in quanto sia l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) - I, Tit. XVI, *Von den arten, wie rechte und verbindlichkeiten aufhören*, Sez. VIII, § 405, *Begriff*, 238 - che il Codice dell'Impero germanico portano l'incertezza fra gli elementi essenziali della fattispecie transattiva. Quanto all'ALR si vedano i contributi raccolti in *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, B. DÖLEMEYER – H. MOHNHAUPT, Klostermann, Frankfurt Am Main, 1995. Mentre relativamente al *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), leggiamo al § 779, Tit. XIX,

quel negozio che permette la soluzione dell'incertezza attraverso il compimento di sacrifici reciproci ⁽²⁴⁾.

Lo stesso poteva dirsi per l'ALR che nel già menzionato § 405 disponeva:

«Vergleiche sind Verträge, durch welche die Parteyen die bisher unter ihnen streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechte dergestalt bestimmen, daß wechselseitig etwas gegeben oder nachgelassen wird» ⁽²⁵⁾

Sebbene la seduzione della terminologia romanistica possa aver indotto in errore, e indubbiamente sia alla base di gravi equivoci

Della Transazione, che essa è: «un contratto, col quale la controversia o l'incertezza delle parti intorno ad un rapporto giuridico viene eliminata mediante reciproche concessioni (transazione), è inefficace se lo stato delle cose posto a base come sussistente secondo il tenore del contratto non risponde alla realtà e la controversia o l'incertezza, data la conoscenza dello stato delle cose, non sarebbe sorta. All'incertezza intorno allo stato delle cose è equiparata l'essere la realizzazione di un diritto incerta», *Codice dell'Impero germanico*, Lib. II, *Dei rapporti di debito*, Sez. VII, *Dei singoli rapporti di debito*, Tit. XIX, *Della transazione*, § 779, 112. Si tratta di codici che, 'abdicando deliberatamente alla comune comprensibilità a favore di un linguaggio teorico', non mostrano alcun interesse per una giustificazione pratica di quei principi che andavano tramutando in norme, preoccupati della sola rispondenza ai concetti del diritto romano. Il codice prussiano, infatti, «tenne conto del diritto romano nelle sue fonti giustiniane liberate dalle sottigliezze e contraddizioni in cui si avvolge [...] sostituendolo [...] nella qualità di diritto comune del regno di Prussia, ma il medesimo discorso vale per l'ABGB [...] sono testi che prende le mosse da una professione di fede filosofica, da principi astratti utilizzati dai compilatori del codice, e che si ripropongono come tali anche agli interpreti» SOLARI, *L'idea individuale*, pp. 79-80 e p. 257. Sul ruolo del codice generale prussiano e le peculiarità del sistema germanico, in rapporto ed a confronto con la disciplina francese e le influenze romanistiche, oltre a Solari, vd. anche: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato*, pp. 177 ss.; R. KOSELLECK, *La Prussia tra riforma e rivoluzione*, Bologna 1988, pp. 23 ss., K. ZWIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, I, Principi Fondamentali*, A. MAJO e A. GAMBARO (ed. it. a cura di), Milano 1992, §11, pp. 164 ss., da cui sono tratte le citazioni e P. BECCHI, *Le ideologie della codificazione in Germania*, Genova 1999 e, infine, D. CANALE, *La costituzione delle differenze: giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del 1700*, Torino 2000.

⁽²⁴⁾ Sarebbero del resto le stesse fonti, parlando più o meno esplicitamente di *res dubia*, a confermare questo assunto, oltre che ad offrire numerosi esempi di rapporti dubbi transigibili. *Della transazione*, pp. 49-59 e pp. 63 ss.

⁽²⁵⁾ *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, I, Tit. XVI, *Von den arten, wie rechte und verbindlichkeiten aufhören*, Sez. VIII, § 405, *Begriff*, 238.

interpretativi, dal momento che identiche espressioni sembrano essere utilizzate per spiegare concetti affatto diversi (*res dubia* e *lis incerta*), occorre esaminare un poco più a fondo questa singolare attrazione che ebbe a subire il legislatore d'area germanica.

I passi, evocati dagli autori moderni con tanta costanza e tenacia, meritano infatti, qualche sforzo ricognitivo in ragione dell'influenza che hanno esercitato, sia sotto il profilo del valore logico, sia per le ragioni addotte.

Che dietro le formulazioni codicistiche appena richiamate esista una dogmatica pronta a cogliere l'essenza dei «fatti della causa, per loro natura oscuri ed incerti, e delle dispute controverse difficili a risolversi con mezzi di prova deficienti e di lunga indagine» ⁽²⁶⁾ e per loro tramite a puntellare l'autonomia del *res dubia* con una serie di motivazioni digradanti dal più banale «risparmio delle spese de' litigi, e della perdita di tempo» financo «all'evitare i reciproci rancori, ed altri disagi gradevoli eventi» ⁽²⁷⁾, si evince dalla dottrina formatasi intorno alla norma in questione.

In base ad essa la transazione si evidenzia per essere un contratto per il quale principalmente si «dà fine all'incertezza dei diritti» ⁽²⁸⁾.

Ma volendo poi chiarire quando esattamente ci si trovi di fronte ad un diritto dubbio, validamente transigibile che non acceda

⁽²⁶⁾ A. BUTERA, *sub. v. Transazione* in *DI*, XXIII, Torino 1925, 1673-1678, spec. 1674; A. PALAZZO, *sub. v. Transazione* in *DDP*, XIX, Torino 1999, 386-415, spec. 387.

⁽²⁷⁾ F.A. VON ZEILLER, *Commentario sul Codice Civile Universale per tutti gli stati ereditari tedeschi della monarchia austriaca*, T. VI, p. 62).

⁽²⁸⁾ G. WINIWARTER, *Il diritto civile universale austriaco sistematicamente esposto ed illustrato dal dottor Giuseppe Winiwarter. Parte Quinta, Delle disposizioni comuni ai diritti delle persone ed ai diritti sulle cose. Seconda versione italiana nuovamente riveduta sulla seconda dell'originale tedesco per cura di Annibale Callegari*, Venezia, G. Antonelli, 1847, To. V, § 36, *Della transazione*, pp. 61-62. Dello stesso avviso, J. MATTEI, *I paragrafi del Codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde, schiariti e suppliti dalle opinioni dei più celebri scrittori di diritto, specialmente del Voet, Domat, Pothier, Fabro, Richeri, Merlin, Toullier, Duranton, Troplong, Delvincourt, ec.; dalle decisioni dei tribunali francesi ed austriaci e dalle patenti, sovrane risoluzioni, notificazioni, circolari, ec.*, Venezia, co' tipi di P. Naratovich, 1854, To. IV, § 1380, n. 4, 919, che, sottolineando la vera natura della transazione, ritiene che quest'ultima abbia il fine di togliere di mezzo un dubbio sussistente in ambedue, od almeno una delle parti.

necessariamente ad una fase litigiosa, quella stessa dottrina non è in grado di spiegarlo.

Né con precisione, né con univocità di intenti, e le ragioni del passato prossimo e remoto paiono diventare all'improvviso evanescenti ⁽²⁹⁾.

«Dubbie sono le cose quando vi è incertezza nel diritto o nell'evento.

E' poi lasciato alla saviezza dei giudici il decidere quando un punto presenti dubbietà per cui si abbia a ritenere che le parti mirarono ad una reale transazione; in dubbio però i giudici dovranno inclinare per la validità [...]» ⁽³⁰⁾.

È difficile soprattutto affermare se per il diritto giustiniano, o per quello romano classico, sia o meno necessario il requisito della *res dubia*, o solo sufficiente una *lis*, affinché si possa veramente ravvisare una transazione. A giudizio di interpretazioni secolari si deve propendere per la prima ipotesi, benché potrebbero anche esservi ermeneutiche di segno contrario ⁽³¹⁾.

Dal momento che il *Corpus Iuris Civilis* avvalla l'ipotesi di transazioni tanto per fattispecie atte a comporre la lite già sorta, che tendenti a prevenire quella *iam nata*, o che potrebbe anche solo sorgere, risulta inevitabile valutare l'esatta portata del concetto di lite eventuale che, nella teorica in esame, ha un ruolo ed una ricaduta decisiva (*res nondum in iudicio deducta*).

Già si è visto che lite e processo nell'elaborazione degli elementi qualificanti della transazione non coincidono ⁽³²⁾.

Come è dunque possibile individuare quella fase pre-processuale che può legittimare una transazione?

⁽²⁹⁾ In questa interpretazione si risente nettamente l'eco di un indirizzo propugnato dal movimento filologico della Scuola Culta. Già Cuiacio, infatti, aveva scritto che: «transactio refertur ad litem vel negotium aliquod ambiguum», J. CUJAS, *In praestantissimi operum priorum quam de iure fecit, tomus II seu Paratitla in libros Codicis Iustiniani*, Lutetiae Parisiorum, impensis societatis typ. librorum officii ecclesiasticii, 1658, *Paratitla in lib. II, IV de transactionibus*, 52.

⁽³⁰⁾ Uno per tutti, MATTEI, *I paragrafi del codice civile austriaco*, § 1380, n. 5, 919.

⁽³¹⁾ Cfr. PARINI, *Transactionis causa*, I, pp. 76-108.

⁽³²⁾ Ivi, p. 89.

Un dotto filone legislativo legge nella transazione novativa – già lo anticipiamo – l'evoluzione delle questioni trattate e del canone dell'incertezza, come la dizione del § 1380 sopra riportato ha dimostrato.

Zeiller, principale artefice della codificazione asburgica ⁽³³⁾, scrive, pertanto:

«Il contratto di novazione mediante il quale si diffiniscono diritti litigiosi o dubbi per modo che ciascuna delle parti si obblighi verso l'altra a dare, fare o tralasciare qualche cosa, chiamasi transazione. La transazione appartiene ai contratti bilaterali» ⁽³⁴⁾.

Chiarisce poi meglio che «la transazione viene stipulata sopra un *diritto litigioso o dubbio*». E, quindi,

«dicesi *contenzioso* però non solo allorché pende una vertenza, ma chiamasi anche 'dubbio' allorché [...] siavi timore che insorger possa una vertenza [...]. Nel primo caso lo scopo prossimo è di ultimare, o di evitare il litigio, e in ambedue i casi v'è desiderio di aver alcuna cosa di sicuro invece dell'incerto. Ma chiamasi anche tale quando è incerto se e per quanto tempo se ne godrà. Di tale specie è un diritto dipendente da una condizione sospensiva o risolutiva o circoscritto alla durata della vita [...] in questi termini la transazione è un contratto di novazione, cioè un nuovo rapporto subentra al primo» ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Allievo di Martini, professore di diritto naturale e di diritto romano, in seguito titolare della cattedra di diritto e procedura penale all'Università di Vienna, giudice di Corte d'Appello, Franz Alois von Zeiller, (1751-1828), appartenne alla generazione di giuristi austriaci attivi nell'età delle grandi codificazioni «che ebbe modo di valutare l'efficacia dei codici che tale attività riformatrice aveva prodotto», E. MONGIANO, L. PAULI (recensione di), *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte*, Wien-Graz, 1980, in *RSDI*, 55 (1982), pp. 300-302. Per un quadro più ampio si rammenta la raccolta di saggi tutti dedicati allo Zeiller, *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs-und Wissenschaftsgeschichte*, W. SELB, WALTER- H. HOFMEISTER (Hg.), Wien-Graz-Köln 1980. Infine si segnalano WESENBERG- WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, e DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, pp. 137-138, M.R. DI SIMONE, *Aspetti della cultura giuridica*, Roma 1984, p. 66, ed EAD., *Istituzioni e fonti normative in Italia*. Da ultimo con un ricco apparato bibliografico, R. FERRANTE, *Cultura giuridica e codificazione*, in *Clio@Themis*, 2 (2017), consultabile all'indirizzo <http://www.cliothemis.com/Cultura-giuridica-e-codificazione#nb85>.

⁽³⁴⁾ VON ZEILLER, *Commentario sul Codice Civile Universale*, p. 62

⁽³⁵⁾ *Ibidem*. La teorica delle obbligazioni di Zeiller che si riverbera nelle norme dell'ABGB e nei principi della sua più grande opera (*Das Natürliche PrivatRecht*, Wien, Wappler & Beck, 1802, di cui si fecero una traduzione latina (*Jus naturae privatum* –

Benché l'identificazione del dubbio non sembri destare perplessità nell'artefice e nei successivi commentatori del codice austriaco ⁽³⁶⁾ che, anzi, tendono a suffragare la propria tesi richiamando due specifici passi della compilazione romanistica ritenuti inequivoci esempi di accordi compositivi volti ad accertare una situazione giuridica non controversa, ma comunque incerta, i confini della *res dubia* non paiono tuttavia adeguatamente definiti, né del tutto convincenti.

L'indeterminatezza qui descritta, si riduce, infatti, o all'oggetto della lite, identificandosi, in buona sostanza, con il contenuto della vertenza su cui cade la contestazione, cioè l'oggetto della transazione.

«Risulta a tutta evidenza che la transazione è una 'convenzione', non gratuita sopra una cosa dubbia o una lite incerta che vien fatta dando, ritenendo o promettendo qualche cosa. Essa è quindi un contratto sinallagmatico, commutativo, ciascuna parte rinuncia a un preteso suo diritto, e la rinuncia dell'uno è compensata dal sacrificio dell'altra. Scopo precipuo è por fine ad una lite, o prevenire una lite che sta per nascere, siccome interessa l'ordine pubblico minorare possibilmente il numero delle liti, così si rende evidente l'utilità di incoraggiare le transazioni: per sì evitare la rovina delle famiglie si rimette la pace negli animi [...]

editio germanica tertia reddita a Franciso Nobili de Egger, Viennae, Beck, 1819), e almeno due italiane (Il diritto privato naturale, Milano 1818 e Milano 1826) sembra ricondursi alla parilitas originaria del danno quando il rapporto debitore/creditore viene infranto e di quello prodottosi a seguito della rottura del rapporto contrattuale. Per il richiamo a Vinnen vd. De transactionibus, n. 3, 124 («licet neque moveatur lis, neque metuatur, si tamen alia ratione res dubia et incerta sit, transactio valet [...]). Un raccordo bibliografico in PETRONIO, Sinallagma e analisi strutturale dei contratti, pp. 223 e ss. e A. SCUMÉ, La cultura giuridica italiana fra principi generali del diritto e principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato, in Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio Martini (1726-1800), e altri saggi, H. BARTA, G. PALLAVER, G. ROSSI, G. ZUCCHINI (a cura di), Trento 2002, pp. 69 e ss.

⁽³⁶⁾ 'Controverso' è quel diritto sul quale sia già pendente, o stia per promuoversi una lite; 'dubbio' è quello riguardo al quale sia incerto se e fino a quando lo si potrà godere (§§ 669. 807, 529, 672). La transazione è un atto bilaterale; quindi si deve prestare la garanzia rispetto alla cosa viene data all'altra parte. Per tutto, cfr. G. ELLINGER, Manuale di diritto civile austriaco, (trad. it. sulla IV^a ed. tedesca a cura di G. Rotondi), vol. I, Milano coi tipi di A. Arzoni e C., 1853, §1380, 350. Ma vd. anche, M. M. SCHUSTER Studi sull'ermeneutica di diritto privato austriaco (Giornale di giurisprudenza austriaca dell'anno 1828, vol. II, 172); Id., Studi sull'ermeneutica di diritto privato austriaco (Giornale di giurisprudenza austriaca dell'anno 1830, vol. I, 313.

melior est certa pax quam sperata victoria, meglio un magro accordo che una grassa sentenza»⁽³⁷⁾.

In alternativa, si andrebbe ad incidere su requisiti marginali, introducendo elementi accidentali, che possono essere inseriti nel contratto in genere, come pure nella transazione in specie⁽³⁸⁾.

Non sembra però che con queste definizioni si mantenga quella specificità del requisito in esame, che con questa lettura si vorrebbe ad ogni costo salvare, al fine di fare della transazione un qualcosa di alternativo.

Ad un attento esame si coglie, piuttosto, un certo imbarazzo definitorio. Gli interpreti tedeschi ora, come in passato altri⁽³⁹⁾, si

⁽³⁷⁾ Sul punto già Struve, *infra*, Cap. I, nt. 159. *Delle prove secondo il regolamento del processo civile del Regno Lombardo Veneto, dell'Avv. J. MATTEI, con appendice dei modi con i quali finiscono le liti, Della Transazione*, Venezia, Della Premiata tipografia Naratovich, 1855, 407-418, spec. 408. L'idea che la transazione possa risultare combinazione di due negozi unilaterali, una rinuncia ed un riconoscimento ciascuno condizionato all'esistenza dell'altro, sarà ripresa anche nel XX secolo da CARNELUTTI, in *La transazione è un contratto?*, p. 185), da cui la polemica con D'ONOFRIO, che aveva contestato la fondatezza di tale opinione in *La transazione e il contratto*, pp. 193 ss.. A seguire la replica di CARNELUTTI, in *Logica e metafisica nello Studio del diritto e la controreplica di D'ONOFRIO, A proposito di transazione e logica del diritto*, c. 127 ss. Eco di tutta la polemica si trova in D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. c.c.*, SCIALOJA E BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1974, sub. art. 1965 c.c., pp. 220-221 ed ivi ampi riferimenti alla predominante tesi della natura contrattuale della transazione. Cfr. *Supra*, Premessa, nt. 1.

⁽³⁸⁾ G. CAROZZI, *La vera teorica dei contratti, discussa secondo la lettera e lo spirito del codice generale austriaco ed applicata ai casi di controversia più frequenti che nascono nelle private contrattazioni. Commentario teorico-pratico del giureconsulto ed avvocato Giuseppe Carozzi di Milano*, Milano, presso l'Editore Giuseppe Pogliani, 1824, *Delle cose naturali ed accidentali*, Art. 2, spec. 9-20.

⁽³⁹⁾ Il modello identificativo della *res dubia* con la *lis* e di quest'ultima con il processo – e non solo, dunque, con la semplice 'controversia', che da esso prescinde – ha origini antiche, per alcuni, addirittura, 'bimillennarie' (A. AMBROSINI, *Studi sulla transazione*, in *AUCA*, Sezione giuridica, II (1929), pp. 29-33; C. VITERBO, *La 'res dubia' e lite incerta nella transazione*, in *RDPC*, XV (1937), parte I, p. 235. La stessa espressione, infine, in S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano 2002, p. 25). La sfera concettuale entro la quale si convoglia l'incertezza per glossatori e commentatori è invece già più ristretta entro la sola considerazione del suo ruolo giudiziale, quale strumento convenzionale per dirimere cause in corso – o potenziali (vd. per tutti, PIACENTINO, *In Codicis Domini Iustiniani libros IX summa Moguntiae*, in officina Ivonis Schoeffer, 1536 (rist. anast. Torino 1962), *De*

producono senza successo – parrebbe di poter affermare – in costruzioni inutilmente contorte ed artificiose.

Da un lato, snaturano la finalità compositiva della transazione dimenticandone il ruolo finalpreventivo, non certo secondario; dall'altro, mettono in serio pericolo la sua stessa qualificazione contrattuale, al di là di petizioni di principio in senso contrario ⁽⁴⁰⁾.

Per quanto concerne il primo aspetto, svislano la natura conciliativa della composizione amichevole delle liti. Le parti non addiventano all'accordo per chiarire ciò che non sanno, oppure per accertare quello che è fra loro incerto, ma per sopire quei contrasti che nascono o comunque potrebbero sorgere, dalla vanteria di istanze antagoniste ⁽⁴¹⁾.

La lite può scatenarsi per un'infinità di motivazioni.

Di solito si litiga nell'assoluta certezza del proprio diritto, quindi, l'incertezza non ha evidentemente cittadinanza ⁽⁴²⁾, quale criterio dirimente. Ripudiandosi l'idea dell'incertezza è gioco forza ripudiarla anche quale elemento differenziale alla base fra transazione e negozio di accertamento ⁽⁴³⁾.

transactionibus, tit. IIII, 47). Sarà Hugues Doneau, secoli dopo, ad offrire una sintesi ragionata del problema, (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 175-176).

⁽⁴⁰⁾ Sia il codice austriaco che il germanico, infatti, si riferiscono alla transazione in termini di contratto, ma poi l'atteggiamento di fondo è ambiguo. Per tutto si veda *infra* nt. 43.

⁽⁴¹⁾ Al contrario la Glossa, in ossequio ad una visione esclusivamente processuale della transazione – letta come lo strumento alternativo alla proposizione di un giudizio – identifica l'incertezza e la sollecitudine da essa creata con il timore della prospettiva di un giudizio (ACCURSIO, *Glossa In Digestum Vetus*, gl. qui transigit, D. 2.15.1, *de transactionibus*, 45v).

⁽⁴²⁾ «La mancanza di incertezza non è un evento patologico della lite, come si è dimostrato di credere, appartiene anzi alla sua più sana fisiologia, e perciò non appartiene alla patologia della transazione. Poiché secondo il nostro sistema processuale è necessario almeno da parte dell'attore l'affermazione del proprio diritto», E. VALSECCHI, *La 'Res Dubia' nella transazione*, *RDPC*, 15 (1937), pp. 220 e ss, spec. pp. 244-245.

⁽⁴³⁾ Sulla figura del negozio di accertamento, tratteggiata dapprima prima nella dottrina tedesca, sulla scorta dell'opera del BÄHR (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund: civilistische Abhandlung*, Leipzig, Scientia, Aalen 1855), che ha influenzato la dottrina d'area sino al Novecento (P.L. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino 2002, spec., nt. 4.6, 4.13, 4.14), si è formato in Italia, un ampio filone dipanatosi dagli inizi del XX sec. con L. MOSSA, *La*

Del resto, anche per chi volesse salvare il requisito della *res dubia* ⁽⁴⁴⁾ per vie traverse, sopravverrebbero altri ostacoli. L'intendimento di accertare la consistenza oggettiva della situazione controversa costituisce materia di un contratto autonomo, rispetto al rapporto su cui la controversia incide. Questo rileva nei limiti in cui si dà ragione della incapacità dei privati a formulare giudizi di valore intorno alla qualificazione dei propri contegni e, al contempo, consente di distinguere le materie sottratte alla loro disponibilità, permettendo di discernere il potere di accertare da quello di disporre e di diversificare transazione e accertamento.

La transazione è, infatti, la composizione contrattuale di una controversia attuale o prevista, e il suo contenuto si traduce in un regolamento di interessi, idoneo a modificare e a sostituirne un altro ai precedenti, con lo scopo di eliminare, mediante una reciprocità di

documentazione del contenuto contrattuale, RDCo, 17 (1919) I, pp. 414-460; G. SEGRÈ, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico* 1926, pp. 417 ss., ora in *Scritti giuridici*, Cortona 1930, pp. 638 ss.; F. CARNELUTTI, *Sulla causa della transazione*, in RDCo, 2 (1914), pp. 573 e ss., ID., *Documento e negozio giuridico*, RDRC, I, 1926, 189, 206 ss.; ID., *Note sull'accertamento negoziale*, in RDPC, 1 (1940), pp. 3 e ss.; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, Padova 1933, pp. 132 e ss.; ID., *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961², p. 57 e ss.; R. NICOLÒ, *Il Riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di Scritti*, Milano 1980, pp. 389 ss.; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano 1939; E. VALSECCHI, *Transazione e negozio d'accertamento*, in RDCo, 1 (1944), pp. 181, ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale di diritto privato italiano*, Napoli 1955, pp. 352 ss.; G. FALZEA, *sub. v. Accertamento* (teoria generale), in *ED*, I, Milano, 1958. Più di recente, F. CARRESI, *Scritti in onore di Angelo Falzea* Vol. II, Milano 1991, pp. 143 e ss.. Infine, sulla non sempre agevole distinzione fra i due istituti in sede giurisprudenziale, A.M. PALMERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano 2000; I. RIVA, *La transazione invalida*, Padova 2012; M. MARINARO, *Accertamento o transazione: una questione aperta*, nt. a Trib. Como, Sez. dist. Cantù, ord. 2 febbraio 2012. Un'interpretazione del contratto conforme alla volontà dell'aderente, superando le regole del diritto civile generale, uscendo dalla logica individualistica è per la prima volta proposta da Lorenzo Mossa sulla cui figura da ultimo, G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in QF 45(2016), pp. 249-293.

⁽⁴⁴⁾ «La transazione è una concessione fatta sul dubbio del diritto e sull'incertezza della propria opinione», *Delle prove secondo il regolamento del processo civile del Regno Lombardo Veneto*, dell'Avv. MATTEI, spec. 409.

concessioni, una lite che sia insorta tra le parti, oppure di prevenirla, ove vi sia pericolo di insorgenza.

Il negozio di accertamento, pur consistendo in un regolamento di interessi, è caratterizzato dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto e, perciò, di questo rapporto o negozio si limita a precisare il contenuto, l'esistenza e gli effetti.

Naturalmente, nel contesto complessivo di una transazione può distinguersi anche un momento accertativo della situazione di fatto preesistente e, in tal caso, le relative dichiarazioni di scienza possono assumere valore confessorio, a condizione che esse, però, costituiscano concorde premessa avente ad oggetto i precedenti rapporti e non riguardino, invece, le pattuizioni.

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

Venendo al secondo punto posto in premessa, snaturano la qualificazione contrattuale coloro che sottolineano della transazione l'attitudine novativa ⁽⁴⁵⁾.

Benché molti siano favorevoli a tutt'oggi a leggere la capacità novativa di questo contratto si è appena contrastata, a mente del legislatore austriaco tale natura, negandosi alla fattispecie la collocazione fra i modi acquisito della proprietà ⁽⁴⁶⁾ in cui era invece

⁽⁴⁵⁾ La *transactio* è ancora una volta, *distractus*, cioè mezzo di soddisfazione e di estinzione delle obbligazioni e non, invece, come fonte idonea alla loro creazione. Sul problema *transactio-distractus*. *Transactionis causa*, I, p.105.

⁽⁴⁶⁾ La sistemazione della transazione fra *des différent manières dont on acquérir la propriété*, costituisce l'espressione più valida delle intenzioni del legislatore francese,

stata catalogata dal Codice francese, insieme agli altri contratti dispositivi, per inserire la composizione amichevole delle liti nella sezione di parte generale ⁽⁴⁷⁾, nella quale il negozio «viene a cangiarsi per il titolo dell'obbligo primitivo, sebbene l'oggetto rimanga tuttavia lo stesso» ⁽⁴⁸⁾.

«In questi termini la transazione è un contratto di novazione» – scrive lo Zeiller e vi si accodano l'Ellinger e altri ⁽⁴⁹⁾ – «per cui un nuovo rapporto di diritto sottentra al primo; v'ha solo che in questo caso

desideroso di qualificare la fattispecie come contratto, ovverossia quale più pura espressione dell'autonomia e libertà dei privati, ed, in quanto tale, in grado di creare, modificare o estinguere i rapporti e le situazioni giuridiche che ne costituiscono l'oggetto. «La libertà di contrattare intesa come manifestazione particolare della più generale libertà della sfera individuale di ogni soggetto costituisce la chiave di lettura di quell'ampia sezione del codice dedicata alla materia delle obbligazioni, che rimane la più vicina nella forma, se non nello spirito al modello romanistico [...] la disciplina napoleonica riconosce la rilevanza della volontà contrattuale del singolo, libero di muoversi anche al di fuori della corposa disciplina dei contratti tipici [...] infatti, tale volontà è in grado di regolare autonomamente e compiutamente i rapporti giuridici fra privati», DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, p. 75.

⁽⁴⁷⁾ «In effetti l'ABGB tende a delineare una disciplina di carattere generale, concentrata sull'illustrazione di principi fondamentali e talora corredata da definizioni astratte e dall'indicazione delle finalità perseguite, e presuppone dunque, in fase applicativa, un certo intervento da parte dell'interprete» questo può di certo contribuire a spiegare come per la transazione, in specie, ma anche a livello più generale, l'ABGB, rispetto al *Code*, sia stato per l'Italia «un modello alternativo di scarso successo», Ivi, pp. 145 e 160.

⁽⁴⁸⁾ WINIWARTER, *Il diritto civile universale austriaco*, To. V, § 36, *Della transazione*, p. 61. Per una visione complessiva sulla teorica dei contratti nel codice austriaco, vd. ancora G. CAROZZI, *La vera teorica dei contratti, discussa secondo la lettera e lo spirito del codice generale austriaco ed applicata ai casi di controversia più frequenti che nascono nelle private contrattazioni. Commentario teorico-pratico del giureconsulto ed avvocato Giuseppe Carozzi di Milano*, Milano, presso l'Editore Giuseppe Pogliani, 1824 e G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, Milano, presso Domenico Bolchesi Librajolo-Editore, 1855. In particolare, sul rapporto tra giusnaturalismo e Pandettistica nei contratti, vd. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di dottrina generale del diritto*, pp. 323 e ss.. Su Basevi, invece, si veda F. LIOTTA, *sub. v. DBI*, 7 (1965), pp. 69-70.

⁽⁴⁹⁾ A. REALE, *Istituzioni di Diritto civile austriaco con le differenze tra questo e il diritto civile francese e coll'additamento delle disposizioni posteriori alla promulgazione del Codice Civile generale austriaco pubblicate nel regno Lombardo Veneto*, Vol. III, Pavia, tipografia Bizzoni, 1832, § 667, 8-9.

l'antecedente diritto non può essere del pari come che in altre novazioni»⁽⁵⁰⁾.

Del resto il legislatore austriaco, che altrove compie un ponderoso sforzo definitorio per fondere armoniosamente la *divisio obligationum* di Gaio e le conclusioni filosofiche kantiane, in conseguenza delle quali i diritti si scindono in reali ed obbligatori⁽⁵¹⁾, innanzi a questo palese 'disagio terminologico' sembra limitarsi a conclusioni solo parziali⁽⁵²⁾.

3. Costitutività e dichiaratività nel Codice unitario: la fine di un disagio?

Il Codice del 1865 definisce invece la transazione quel

«contratto con cui le parti, dando, promettendo o ritenendo ciascuno qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una che può sorgere»⁽⁵³⁾.

Ma l'opinione della dottrina, evidentemente influenzata dalla tesi – risalente nel tempo e di cui si è fatto cenno – sulla estendibilità della transazione alla regolazione di rapporti incerti, ancorché non conflittuali, individua ancora nella *res controversa* il presupposto della transazione e nell'*incertum litis eventus* il suo scopo⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ VON ZEILLER, *Commentario sul Codice Civile Universale*, To. VI, 63.

⁽⁵¹⁾ VON ZEILLER, *Il diritto privato naturale*, 55.

⁽⁵²⁾ Per il ruolo della giurisprudenza nel periodo a cavallo fra i due secoli vd. M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in QF, 40 (2010), pp. 721-745 ove l'A. offre una varietà di profili sistematici della giurisdizione nelle diverse realtà nazionali (Francia, Germania e Italia), che tendono ad essere ripensate per favorire una valorizzazione del momento giurisprudenziale nel processo di formazione del diritto.

⁽⁵³⁾ *Codice Civile del Regno d'Italia, Della transazione*, art. 1764, 415. Il complesso processo di unificazione unitario avviatosi con la nomina di G.B. CASSINIS, è indagato da S. SOLIMANO, ne' *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I Progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003.

⁽⁵⁴⁾ «L'incertezza di presenta frequente e normale nell'ipotesi di lite fra le parti. Come da una lite possa sorgere la necessità di transigere facilmente si capisce. [...] Ma la transazione suppone non solo un rapporto dubbio ed oscuro, ma anche il suo perdurare. Cosicché è calzante il rilievo che la transazione include anche il rilievo

Poco o nulla sembra dunque cambiato, o così si dice ⁽⁵⁵⁾.

Gli elementi essenziali sono declinati in una ragione litigiosa oppure soltanto ritenuta tale o, se questa fu intentata, nel timore di una pronuncia sfavorevole; nella volontà di sostituire al rapporto dubbio un rapporto certo ed incontrastabile ⁽⁵⁶⁾ e, infine, «in una reciproca concessione delle parti, in guisa che ciascuna o dando o ritenendo o promettendo alcunché subisca un sacrificio» ⁽⁵⁷⁾.

L'art. 1314, al n. 7 prescrive la forma scritta *ad substantiam* ⁽⁵⁸⁾ e l'art. 1765 richiede alle parti la capacità di disporre degli oggetti che sono compresi nella transazione.

contrario alla *res iudicata* e si asside invece sull'esistenza di una cosa dubbia, incerta e oscura, che i contraenti vogliono coprire con un velo impenetrabile sacrificando una parte delle proprie pretese [...], cui sostituiscono un regolamento insindacabile. Le parti sacrificano la verità vera, la verità giudiziale e si accontentano d'una risultante media, la quale non può essere che una ed invariabile». Per tutti, BUTERA, *sub. v. Transazione*, 1673-1674, nn. 11-13, da cui, in particolare la citazione; A. FOA', *Della causa nel contratto di transazione*, in *Monitore dei Tribunali*, 1912, pp. 44 e ss; CORTE D'APPELLO DI MILANO, 1866, *D'Italia c. Civita*, in *Annali*, 1886, 480; CORTE D'APPELLO DI MILANO, 1 febbraio, 1899, *Strada c. Speri*, in *Monitore dei Tribunali*, 1899, 448.

⁽⁵⁵⁾ «Stimeremmo soverchio controllare il Senato con la nostra relazione di altri contratti particolari, rispetto ai quali né il progetto ha innovato nulla nel raffronto ai codici vigenti, né la Commissione ebbe a recare sostanziali modificazioni al progetto medesimo. Tali sono i contratti di [...] Della transazione [...]», *Relazione tenuta da G. Vacca nel luglio del '64 sul Terzo libro del progetto Pisanelli*, in *Raccolta dei Lavori preparatori del Codice civile*, vol. I, Pedone Lauriel, Palermo-Napoli, 1866, p. 353.

⁽⁵⁶⁾ «Senza il dubbio sull'esito della lite non sarebbe concepibile il consenso delle parti a dare, promettere o ritenere ciascuna qualche cosa onde porvi fine», CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI, 21 giugno 1879, *Palomba c. Palomba*, I, 28; «Non si può prestare ad una convenzione la natura di transazione, se manca la materia che è la *res dubia* o la *lis incerta*» (CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA, 21 febbraio 1879, in *Giurisprudenza Italiana*, 1879, I, 1, 356). Cfr. anche la dottrina: CARNELUTTI, *Sulla causa della transazione*, pp. 573 e ss; F. FLUMENE, *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, Sassari 1928, n. 3; G. MIRABELLI, *Della transazione e divisione*, in *Foro it.* I (1932), c. 39 ss.

⁽⁵⁷⁾ F. RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, voll. II, Torino, Utet, 1886, p. 203.

⁽⁵⁸⁾ Un atteggiamento sanamente pragmatico muove la discussione sulla prova della transazione durante i lavori preparatori del Codice. Espone a tal riguardo il Precerutti: «Perché non si permetteranno le transazioni verbali? Vorremmo noi essere più severi del Codice albertino, il quale nel n. 4 dell'art. 1412 prescrivendo che la transazione si faccia per atto pubblico, solo in certi casi, e negli altri si faccia come si vuole? Tra due individui per esempio si transige mediante pagamento di una somma di

Il consenso non deve ovviamente essere viziato da dolo, violenza o errore sopra la persona o l'oggetto della controversia, ma l'errore di diritto è generalmente considerato influente (art. 1772).

E' altresì annullabile la transazione fatta in esecuzione di un titolo nullo ⁽⁵⁹⁾, di cui le parti ignorino la nullità, salvo che il contratto verta su documenti risultati poi falsi, sopra una lite già definita con sentenza passata in giudicato, o, ancora, su di un oggetto determinato, quando risulti poi provato, da documenti posteriormente scoperti, che su di esso una delle parti non aveva alcun diritto (artt. 1774 e 1777).

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

Quanto agli effetti, particolarmente significativa è la previsione dell'art. 1772, che equipara la transazione alla sentenza divenuta irrevocabile, nel senso della irretrattabilità della questione controversa e non di una identità piena ed assoluta con la cosa giudicata.

Ancora, la transazione è limitata alla sfera giuridica delle parti contraenti, è quindi inopponibile ai terzi. É infine applicabile alla transazione, contratto bilaterale, la condizione risolutiva tacita (ex art. 1165 c.c. 1865).

Ma qualcosa è già cambiato rispetto al passato.

Due sono infatti gli elementi caratterizzanti che distaccano la transazione ormai da ogni altro contratto: la *res litigiosa* ed il mutuo sacrificio ⁽⁶⁰⁾.

denaro fatta dall'uno all'altro *bevi manu*: diremo forse che questa transazione sia nulla perché manca di una scrittura?». Il Codice italiano richiede così la prova delle transazioni quella per iscritto, mediante atto pubblico o scrittura privata sotto pena di nullità (1314, n.7). La giurisprudenza ne dà esatta applicazione, (CORTE DI CASSAZIONE DI FIRENZE, 6 Febbraio 1873, P. M. c. *Quarteroni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1873, I, 1, 1873, 155).

⁽⁵⁹⁾ V. POLACCO, *Delle obbligazioni (parte generale): del contratto di transazione; lezioni tenute nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1920 – 1921*, Roma Athenaeum 1921, p. 21.

⁽⁶⁰⁾ L'incertezza, che indirettamente si desume fra le pieghe della norma, è ormai chiaro per il legislatore nazionale che si riferisca all'esito della *lis*, laddove si parla di lite cominciata o di lite che può sorgere. Almeno questa è la lettura ermeneutica costante offerta dalla giurisprudenza. Vd. CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI, 21 giugno 1879,

Quella che si poteva definire la lettura ‘tradizionale’ si traduce così nella realtà legislativa unitaria, fondata sull’elemento funzionale della composizione della lite e sull’elemento strutturale delle reciproche concessioni, superando attraverso una formulazione concisa le difficoltà di dover precisare, in modo non sempre rivelatosi convincente, come si è potuto vedere, tanto il concetto di ‘lite che può sorgere’, quanto quello, ancora più sfuggente, di *res dubia*.

L’incertezza del rapporto giuridico, dopo secoli di defatiganti discussioni ⁽⁶¹⁾, finalmente si restringe, senza tuttavia esaurirsi nella materia giudizialmente contestata (art. 1547 c.c.) ⁽⁶²⁾, ma ricomprendendo al suo interno ogni forma di disaccordo non ancora sfociato in una vera tenzone di carattere processuale, che la transazione avrebbe proprio il compito di prevenire ⁽⁶³⁾.

Benché, a prima vista, non vi siano, dunque, grandi novità, è la concezione sottesa ad essere cambiata a favore di una transazione ispirata esclusivamente al principio contrattualistico.

Il legislatore ottocentesco, nonostante la dottrina più tradizionalista, «ritenga imprescindibile il requisito dell’incertezza» e sia ancora in fermento sulla scorta della lezione tedesca ⁽⁶⁴⁾ può dire ora risolto tale grave problema, considerando presupposto necessario e

Palomba c. Palomba, in *Foro Italiano*, 1879, I, 28: «senza il dubbio sull’esito della lite non sarebbe concepibile il consenso delle parti a dare, o ritenere ciascuna qualche cosa, onde porvi fine o prevenirla»; CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA, 21 febbraio 1879, *Casciani, c. Felici, Blagi, Pivani* in *Giurisprudenza italiana*, 1879, I, 1, 356: «Non si può prestare ad una convenzione la natura di transazione se manca la materia che è la *res dubia*, o quanto meno la *lis incerta*».

⁽⁶¹⁾ Il rinvio corre a *Transactionis causa*, spec. Cap. I, 3.1.

⁽⁶²⁾ G. CORAZZINI, *Della Transazione*, Torino, Roux e C. Editori, 1898, pp. 52 e ss.

⁽⁶³⁾ «Il timore della lite nelle transazioni spesso consiste *plus in opinione quam in veritate* e basta che dubbia sia la cosa nella mente dei *transigenti*, *quamvis secundum iuris tenorem certa sit*», CORTE DI CASSAZIONE DI PALERMO, 25 gennaio 1876, *Palazzolo c. Mattina e Canizzo*, in *Foro Italiano*, 1876, I, 794.

⁽⁶⁴⁾ BUTERA, *sub. v. Transazione*, 1675. Ma anche il diritto romano ne segue la scia. A tal proposito, si vedano le indicazioni bibliografiche del BERTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, pp. 116-117. Così pure CORTE DI CASSAZIONE DI TORINO, 12 maggio 1919, in *Monitore dei Tribunali*, 452.

sufficiente solo l'esistenza della lite, qualunque sia il grado di incertezza in cui possono versare le parti transigenti.

L'intento semplificativo perseguito si traduce in una forma che si dimostra, complessivamente, più chiara e coerente rispetto al passato. Ciò che preme è mantenere fermo l'effetto, di grande rilievo dal punto di vista sociale, della composizione convenzionale della lite, allo scopo di impedire discussioni postume sull'efficacia delle transazioni, sottolineando, in pari tempo, come non vi sia più – e il più merita un accento particolarmente grave – alcun bisogno di incertezza oggettiva o soggettiva, se è vero che il potere di provocare una decisione del giudice spetta ad ogni soggetto dell'ordinamento, senza che presupposti siano il dubbio o la buona fede ⁽⁶⁵⁾.

É, infatti, ormai ritenuto sufficiente che il dubbio sia soggettivamente fondato, non che abbia un solido appiglio di natura giuridica. Come già altrove, e più volte sottolineato, appare oramai chiaro anche al legislatore che le parti litigano nella convinzione di aver ragione e che la loro controparte abbia torto. Ogni qualvolta la convenzione stipulata per risolvere questo tipo di disarmonia sia fatta in termini onerosi, precludendo la via ad una lite futura, il contratto tra di esse stipulato, per il codice unitario, dev'essere considerato una transazione ⁽⁶⁶⁾.

I primi legisti bolognesi, invece, avevano sostenuto la coincidenza fra il campo della lite e quello della transazione, circoscrivendo l'ambito applicativo ai soli rapporti in contestazione e facendo divenire la *res 'litigiosa'* ⁽⁶⁷⁾. Nel foro secolare, era occorso attendere sino all'età moderna, per una sintesi ragionata del problema. Non così in diritto canonico. In questa sede si era meglio precisato che la controversia condotta in buona fede è per sua natura del tutto scevra da incertezza:

⁽⁶⁵⁾ CORTE DI CASSAZIONE, 30 giugno 1896, *Maccaferri c. Amministrazione dei LL. PP.* in *Temi Veneta*, 1896, 417.

⁽⁶⁶⁾ PARINI, *Transactionis causa*, pp. 99 ss.

⁽⁶⁷⁾ PARINI, *La res dubia nella transazione dal Diritto comune ai codici*, pp. 1759-1763.

«dummodo qui agit, vel defendit credat iustam causam se fovere» ⁽⁶⁸⁾ e che il dubbio circa la fondatezza delle proprie ragioni o pretese non è una peculiarità della transazione di buona fede.

L'assenza di incertezza non è dunque un evento patologico della transazione. La concessione effettuata da una parte trova infatti causa in quella reciprocamente offerta e realizzata dall'altra. Nella transazione incertezza e buona fede non sono, insomma, concetti coincidenti. La buona fede si estrinseca non tanto nel riconoscimento della volontà delle parti, quanto sulla base di considerazioni di carattere etico ⁽⁶⁹⁾.

Contestazione e *lis* sono requisiti imprescindibili, e quanto più questa convinzione è radicata, a prescindere dall'oggettiva fondatezza del diritto vantato, tanto più ogni parte sarà restia ad innalzare il livello delle sue concessioni, vero metro delle rivendicazioni dei contendenti. Perché si possa aversi transazione, dunque, è necessario e sufficiente l'esistenza della lite; dubbio e timore si legano all'esito del processo.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, tuttavia, l'esame della giurisprudenza di legittimità con riferimento alla rilevanza della posizione psicologica delle parti sulla situazione di diritto nel cui ambito si innesta la transazione, evidenzia un percorso tortuoso ed ambiguo che si accoda ad una dottrina già discorde all'indomani della promulgazione del Codice unitario.

Si rinvergono, infatti, pronunce che ripropongono l'incertezza quale elemento imprescindibile del fenomeno transattivo a vari livelli. Alcune la valorizzano nei rapporti giuridici *inter partes*, tenendo conto della *condizione d'animo dei contraenti*, riecheggiando tesi dottrinarie risalenti ed abbandonate da tempo ⁽⁷⁰⁾. Altre richiedono addirittura la presenza dell'incertezza soggettiva affinché

⁽⁶⁸⁾ Si tratta di un'antica interpretazione, che Accursio declinava riprendendo le parole del proprio maestro. Cfr. AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, 26 e ACCURSIO, gl. *qui transigit*, D. 2.15.1, *De transactionibus*, 45v.

⁽⁶⁹⁾ PARINI, *Omne, quod non est ex fide, peccatum est* "The relevance of good faith in canonical transactio, spec. pp. 430-431.

⁽⁷⁰⁾ *Supra* nt. 53.

«nell'intento di far cessare la situazione di dubbio venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l'uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell'altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra *datum* e *retentum*» ⁽⁷¹⁾.

Ma non mancano nemmeno sentenze di segno contrario.

Più aderenti al dettato normativo, in esse la transazione, che è un regolamento di interessi destinato a modificare e a sostituire quello precedentemente in essere fra le parti, ha lo scopo di dirimere la lite ove sia sorta, o di prevenirla, ove vi sia pericolo di insorgenza, ma non è diretta a risolvere la *res dubia* che rimane tale, ed in ciò si distingue dal negozio di accertamento, che è invece caratterizzato proprio dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto o negozio, precisandone definitivamente il contenuto, l'essenza e gli effetti.

«Le opinioni – insomma – son tanto varie quanto le fisionomie [...] così si scorge nessuna opinione in giurisprudenza non avere i suoi patrocinatori, e spesso un'opinione avere trionfato nel foro di un'epoca, ed essere rigettata in un'altra. [...] Per la validità della transazione basta dunque che il dubbio sia nel pensiero delle parti [...] da ciò risulta che il giudice, chiamato a esaminare il valore legale della transazione, non dovrà ricercare se il diritto sia dubbio agli occhi suoi o di un giureconsulto, ma se era tale per le parti al momento in cui conclusero la transazione [...]» ⁽⁷²⁾.

É dunque un panorama composito, quello che si presenta allo storico fra il codice del 1865 e quello del '42, in cui manca una direzione univoca, ma in cui si avverte con chiarezza lo scollamento fra legislatore, giurisprudenza e dottrina.

L'incertezza del diritto, cioè il diritto controverso come base della transazione non ha un riconoscimento formale nel nostro diritto positivo, ma si desume dal contesto dell'art. 1764, che parla di lite cominciata e di lite che può sorgere, e lo si desume dall'art. 1776 stesso,

⁽⁷¹⁾ CORTE DI CASSAZIONE, 17 febbraio 1968, n. 555, in *Rep. Foro It.*, sub. v. transazione, n. 3.

⁽⁷²⁾ Sul punto ancora Cap. 1, nt. 67.

che nega il sorgere della transazione quando la lite è definita con sentenza passata in giudicato ⁽⁷³⁾. Scopo precipuo, e al contempo utilità del negozio transattivo, è porre fine all'incertezza giuridica, ovverosia al contenzioso fra le parti, senza l'intervento dell'autorità giudicante, facendo quindi in modo che il contrasto si risolva. Se fosse necessaria un'incertezza oggettiva, come già altrove sottolineato, la transazione sarebbe esposta di impugnativa laddove dimostrata la ragione di una delle parti.

Discorso a parte è quello sulla cosiddetta 'lite temeraria'. Qui sembrerebbe volersi punire a mente del legislatore la certezza di una posizione vantata da un contraente poi rivelatasi infondata.

In realtà, ciò che per il legislatore rileva ai fini dell'applicazione della norma sanzionatoria non è una visione falsata della realtà, che può ben condurre una parte dalla certezza al torto, ma la totale malafede originaria della sua pretesione che va intesa in senso di piena consapevolezza.

La transazione è uno strumento contrattuale che consente di giungere all'effetto sperato attraverso una mediazione 'inter totum et nihil' e si estrinseca, dunque, tra la pretesa di un diritto e la sua contestazione per alcuni, mentre per altri tra l'affermazione di una tesi e la sua negazione.

In ogni caso, e ciò prescindendo, si tratta del frutto di un compromesso, di una rinuncia ancorché parziale e non di un vantaggio destituito di ogni fondamento di cui si era già dall'origine assolutamente consapevoli.

La richiesta dei sacrifici reciproci, dopo le incertezze francesi, con quanto disposto dall'art. 1764 e riaffermato dall'1777, § 2 ⁽⁷⁴⁾, non è più in discussione, ma viene strumentalizzata proprio ai fini di questa lettura. Non a caso la rescissione per lesione, nell'Italia Unita è negata ⁽⁷⁵⁾. Qualunque sia la lesione, anche enorme, o addirittura spropositata

⁽⁷³⁾ Cass. civ. 4 luglio 1924, in *Foro nuove prov.*, 357.

⁽⁷⁴⁾ Il quale dispone la nullità della transazione, se resta provato che il diritto transatto è di una sola delle parti e non è più possibile la reciprocità dei sacrifici.

⁽⁷⁵⁾ S. SOLLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *BIDR*, 31 (1921), pp. 51 ss; K. VISKY, *Appunti sull'origine della lesione enorme*, in *Iura*, 2

(art. 1772, §2 c.c.). Viene solo richiesto che ciascuna parte ottenga un compenso per il sacrificio subito. La causa della transazione si ravvisa infatti nell'evitare per via onerosa la lite. Il pretendente onesto, ancorché rilasci qualcosa al pretendente temerario, non dona ma transige, perché evita la lite; il pretendente disonesto, viceversa, non si grava di alcun serio sacrificio, né concessione.

CONCLUSIONI

Qualche valutazione a margine

Alla luce delle considerazioni svolte l'art.1772 del codice 1865, che conferisce alla transazione l'autorità di cosa giudicata e che tanto impegna legislazione, giurisprudenza e dottrina sotto l'impero del codice unitario, ha, tuttavia, i giorni contati ⁽¹⁾. Tale disposizione, che di per sé non avrebbe un valore diverso dall'art.1123 il quale, più genericamente, attribuisce a tutti i contratti forza di legge fra le parti ⁽²⁾, non viene, infatti, più riproposta dal codice attualmente vigente ⁽³⁾ a dimostrazione di come nell'età codificatoria il tema della discussione irrimediabilmente spostatosi dalla problematica contrattuale alla funzione accertativa o/e dichiarativa attribuibile al nostro contratto, debba trovare in qualche modo una soluzione. Mentre tutte le soluzioni ermeneutiche proposte, trovando, come si è visto, tenaci sostenitori e non meno caparbi oppositori, devono essere ricondotte *ad unum*.

L'*exceptio litis per transactionem finita* ⁽⁴⁾ discende direttamente dalla funzione dell'istituto all'esame.

⁽¹⁾ CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, p. 8, n. 6.

⁽²⁾ C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano 1936, p. 151 e ID., *La res dubia e la lite incerta nella transazione*, e ID., *Ancora sulla res dubia e lite incerta nella transazione*, in *RDP*, II (1947), pp. 125-129.

⁽³⁾ L. RUGGERI, *L'irrevocabilità della transazione tra codice del 1865 e ordinamento attuale*, in *La codificazione postunitaria 1865-2015*, Atti del workshop-Camerino: 29 ottobre 2015, pp. 55-61.

⁽⁴⁾ Corre comunque l'obbligo di segnalare come, in realtà, il diritto romano non avesse sancito in termini assoluti questa proprietà della transazione. La dottrina romanistica più risalente aveva addirittura ritenuto superfluo esaminare la transazione in

E' pertanto impossibile, almeno sotto l'impero della disciplina del codice previgente che si è scelta come *dies ad quem* per concludere questa analisi, e pur con qualche riserva già proposta nel precedente paragrafo in merito all'effetto che la funzione di accertamento tenderebbe a realizzare, non prendere posizione sui rapporti tra transazione e negozio di accertamento senza considerare un'innegabile affinità fra i due istituti almeno in relazione a due circostanze: l'eliminazione dello stato di incertezza (*lis*), e la convergenza del regolamento negoziale transattivo rispetto alla reale situazione preesistente.

In realtà, però, ad una più attenta e approfondita valutazione, ci si avvede di come questa affinità sia un falso mito. Solo in apparenza, infatti, le parti eliminano la contestazione attraverso un regolamento congruente alla situazione di partenza.

Nella composizione amichevole delle liti esse partono dalle pretese asseritamente vantate, al fine di raggiungere un compromesso sulla base di sacrifici reciproci. L'aver stabilito, perciò, che la transazione conclude la contestazione con rinuncia di entrambi i contraenti sposta l'asse del problema dal tipo di efficacia della

rapporto alla *res iudicata* (così, PETERLONGO, *La transazione*, pp. 262 ss.) e, quindi alla sentenza. Quando, infatti, si parlava di 'autorità' del giudicato – quindi anche quando si diceva che la sentenza *ius facit* – si intendeva fare riferimento indistintamente a tutti i possibili effetti della sentenza o comunque anche ad effetti diversi da quello che qui interessa (che è l'effetto c.d. pregiudiziale, o normativo) che, invece, nel discorso transattivo è essenziale. In particolare, sul punto, cfr. tra i più autorevoli: G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, pp. 225 ss.; ID., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi Betti*, III, Milano 1962, pp. 727 ss.; ID., *Due testi in materia di "res iudicata"*, in *Studi Zanobini*, V, Milano 1965, pp. 491 ss.; ID., *sub v. Giudicato civile* (storia), in ED, XVIII, Milano 1969, pp. 727-785, spec. pp. 722 ss.; ID., 'Res iudicata pro veritate accipitur', in *Studi Volterra*, V, Milano 1971, pp. 783 ss. Sulla possibile applicazione dell'*exceptio rei iudicatae* in funzione preclusiva su questione decisa e non contestata, si veda, invece M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto Romano: Copanello 7-10 giugno 1992*, Napoli 1994, nt. 58, p. 42, poi anche in AUPA, 42 (1992), nt. 58, p. 236, mentre solo di recente l'argomento è stato ripreso in A. IZZO, 'Instaurari decisam litem, prohibent iura', in *Labeo* 46 (2000), pp. 461-477.

fattispecie, alla natura dichiarativa o costitutiva del nostro contratto, valutandone gli effetti irretroattivi in quest'ultimo caso, e retroattivi nel primo ⁽⁵⁾. Tuttavia, la retroattività, in quanto «anomalo atteggiarsi del contenuto di una situazione effettuale» ⁽⁶⁾ deve essere esplicitamente disposta dal legislatore, e poiché ciò non accade, almeno nelle disposizioni del codice unitario, si deve concludere che la transazione non è essenzialmente retroattiva, (né di conseguenza dichiarativa) ma, piuttosto, il suo esatto contrario ⁽⁷⁾.

Non meno arduo è il dibattito, laddove si consideri fra i presupposti qualificanti dell'istituto la *lite che può sorgere*, argomento che sempre involge ogni valutazione in tema di accertamento.

La dottrina si è quasi sempre tenuta ferma nel ritenere che non ogni lite, ma solo quella di buona fede, possa validamente formare oggetto del contratto in esame, non è dunque un caso che il legislatore del '42 abbia preferito eliminare del tutto il requisito in oggetto, con il risultato di sopprimere ogni ricordo dalla nozione, soprattutto ogni riferimento alla sentenza pronunciata dalle parti nella loro stessa causa ⁽⁸⁾.

L'idea non è infatti quella di perdere l'irrevocabilità della transazione, quanto, piuttosto, di evitare ulteriori controversie interpretative ⁽⁹⁾. La stipulazione della transazione integra un fatto di natura impeditiva che fa venir meno – e per sempre – la materia del

⁽⁵⁾ Ivi, Cap. III, § 3.

⁽⁵⁾ NICOLÒ, *Il riconoscimento nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, p. 433.

⁽⁶⁾ S. PUGLIATTI, *Della Transazione*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, vol. II, p. II, Firenze 1949, pp. 448-480, ora in *Scritti Giuridici 1947- 1957*, Milano 2010, III, p. 28.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁾ Con l'esclusione dell'art. 1772, Cfr. in proposito V.T. FERRAROTTI, *Commentario Comparato al codice civile italiano*, vol. XI, Torino 1874, p. 176.

⁽⁹⁾ *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli Grandi presentata all'udienza del 16 marzo 1942, per l'approvazione del testo del codice civile*, par. 772.

contendere. Su questo non v'è dubbio. Né per il codice del 1865, né per l'attuale ⁽¹⁰⁾.

Il sostrato su cui si fonda l'irrevocabilità in entrambi i codici è dunque rappresentato dagli stessi fatti impeditivi, già a suo tempo delineati dal *code civil*: la non impugnabilità per errore di diritto e l'irrescindibilità per lesione. Quello che cambia, quando un secolo finisce ed un altro si apre, è la diversa valutazione in termini ermeneutici.

L'interpretazione delle norme codicistiche risente di una scelta costituzionale di esaltazione dell'autonomia privata, in cui il superamento della conflittualità assume un ruolo di portata generale. Si può quasi dire di carattere 'emergenziale' ⁽¹¹⁾ che sopravanza di gran lunga qualsiasi altra problematica all'esame, per non dire gli interessi delle stesse parti in conflitto, a favore di una pacificazione sociale di più ampio respiro, che rappresenta il vero interesse del legislatore.

Indubbiamente in questa disamina alcuni punti rimangono ancora in ombra, e non certo dei meno importanti.

Per quanto concerne il presente lavoro mi riterrò paga se almeno sarò riuscita a segnalare i più rilevanti nodi problematici che nel tempo sono stati portati in luce, quelli che si sono sciolti, così come quelli che, allo stato, risultano ancora da dirimere, dimostrando come la transazione, con la sua innata elasticità realizza oltre all'effetto tipico della composizione della lite, schemi di multiforme natura.

É in questo nuovo e specifico contesto che essa può divenire – e di solito diviene – fonte di nuovi rapporti rispetto alla materia controversa, difficilmente etichettabili e spesso all'origine di una sua sovrapposizione con negozi di diversa natura.

⁽¹⁰⁾ Vd. C. CICERO, *La transazione*, Milano 2014, pp. 1 e ss.

⁽¹¹⁾ M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto*, Torino 2015.

INDICE DEI NOMI

ACCURSIO:
ADRÉS F.J. :
AHSMANN M.:
AICHELE A.:
ALBANESE B.:
ALBUQUERQUE M. DE:
ALBUQUERQUE R. DE:
ALCIATO A.:
ALONSO ROMERO M.P.:
ALONSO- LASHERAS D.:
ALPA G.:
ALTERINI J.H.:
ALVES S.:
AMBROSETTI G.:
AMBROSINI A.:
AMODIO C.:
ANDRADE M.D.:
ANSELMO A.:
ANTONIO N.:
ANXO PENA GONZÁLES :
AQUARONE A.:
ARANHA B.:
ARICI F.:
ARNAUD A.J.:
ARNDTS K.L.:
ARROBA CONDE M.J.:
ARTNER M.:
ASCHERI M.:
ASTUTI G.:
AUBRY C.:
AZZONE:

BÄHR O.:
BALDO DEGLI UBALDI:
BAR C.:
BARNARD F.M.:
BARÓ PAZOS J.:
BARRIENTOS GARCIA J.:
BART J.:
BARTA H.:
BARTOLO DA SASSOFERRATO:
BARTON J.:
BASEVI G.:
BAUDELLOT B.:
BAUDRY-LACANTINIERIE G.:
BECCHI P.:
BECK VERLAG C.H.:
BEINART B.Z.:
BEKKER E.I.:

BELDA INIESTA J.:
BELDA PLANS J.:
BELLOMO M.:
BELTRAN DE HEREDIA V.:
BENEDICTUS DIACONUS:
BENEYTO J.M.:
BENJAMIN P.-J.:
BENKE N.:
BERGFELD C.:
BERMAN H.:
BERSANI C.:
BERTELLONI F.:
BESOLD C.:
BIROCCHI I.:
BOCER H.:
BÖHMER J.H.:
BORCHOLTEN J.:
BORGES CARNEIRO M.:
BORRELLI S.:
BOSMAJIAN H.:
BOUCHER D'ARGIS A.G.:
BOUDON J.:
BRACCIA R.:
BRAGA DA CRUZ G.:
BRANDSMA F.:
BRETT A.S.:
BRONCHORST E.:
BRUFAU PRATS J.:
BRUTTI M.:
BUCHEZ P.:
BUCHHOLZ W.:
BUTERA A.:

CABRAL TEXO J.
CAETANO M.,
CALAMANDREI P.:
CALASSO F.:
CALORE A.:
CAMPITELLI A.:
CANNATA C.A.:
CANOY -OLTHOFF A.M.M.:
CAPPELLETTI M.:
CAPPELLINI P.:
CAPRIOLI S.:
CARAVALÉ M.:
CARNELUTTI F.:
CARONI P.:
CAROZZI G.:
CARPINTERO BENITEZ F.:

CARPZOV B.:
 CARRESI F.:
 CASSI A. A.:
 CAVANNA A.:
 CAVINA M.:
 CAZZETTA G.:
 CELSO P. G.:
 CHAFUEN A.:
 CHARMONT J.:
 CHAUNU P.:
 CHAUSSE A.:
 CHIODI G.:
 CHRISTIANAEUS P.:
 CICERO C.:
 COELHO DA ROCHA M.A.:
 COING H.:
 CONNAN F.:
 CONTE E.:
 COPPEIN F.:
 CORAZZINI G.:
 CORBINO A.:
 CORREIA A.:
 CORREIA TELLES J.H.:
 CORTESE E.:
 COUSIN V.:
 CRUZ CRUZ J.:
 CUJAS J.:

 D'ADDIO M.:
 D'ALEMBERT J.:
 D'AMELIO G.:
 D'ONOFRIO P.:
 D(O)UAREN F.:
 D(O)UAREN F.:
 DA SILVA BRUSCHY M.M.:
 DA SILVA F.:
 DALBOSCO M.C.:
 DALLA MASSARA T.:
 DALLOZ A.:
 DALLOZ D.:
 DANOVIR.:
 DAUCHY S.:
 DE SOTO D.:
 DE VITORIA F.:
 DE ALMEIDA COSTA M.J.:
 DE ALMEIDA E SOUSA M.
 (LOBÃO):
 DE ALMEIDA NOVAIS E SOUSA J.:
 DE AZEVEDO L.C.:

 DE BENITO FRAILE E.J.:
 DE BLÉCOURT A.S.:
 DE CARVALHO HOMEM A.L.:
 DE CASTRO FILHO J.O.:
 DE GAVRE J.:
 DE GHEWIET G.:
 DE GROOT H. :
 DE JONG J.:
 DE LUGO J.:
 DE MALEVILLE J.:
 DE MELLO FREIRE P.J.:
 DE MENEZES LEITÃO L.M.T.:
 DE MICHELIS PINTACUDA F.:
 DE MOLINA L.:
 DE MONTALI M.:
 DE SALAS J.:
 DE VILLENEUVE L.M.:
 DE VOS W.:
 DE WET J.C.:
 DECKERS D.:
 DECOCK W.:
 DECRUSY T.:
 DEKKERS R.:
 DEL PRATO E.:
 DEL VIGO GUTIÉRREZ A.:
 DELL'AQUILA E.:
 DERNBURG H.:
 DEROUSSIN D.:
 DEXTER H.M.:
 DEXTER M.:
 DEZZA E.:
 DI SIMONE M.R.:
 DÍAZ-DÍAZ G.:
 DIBON P.:
 DIDEROT D.:
 DIURNI G.:
 DÓLEMEYER B.:
 DOMANSKI A.:
 DOMAT J.:
 DOMINGO R.:
 DOMINGUES DE ANDRADE M.A.:
 DOMÍNGUEZ J.:
 DONEAU H.:
 DONELLO U.: V. DONEAU H.
 DOPFFEL P.:
 DOUXCHAMPS-LEFÈVRE C.:
 DOVRING F.:
 DU MOULIN C.:
 DU TOIT F.:
 DUARENUS : V. D(O)UAREN F.

DUARTE NOGUEIRA J.:
DURANTON A.:

EHMANN E.:
ELIOT T.S.:
ELLINGER G.:
ERASMUS B. J.:
ESCALERA J.:
ESCANDELL J.:
ESPINOSA GOMES DA SILVA N. J.:
EUSEBIO L.:

FABROT C.A.:
FALCONE G.:
FALZEA G.:
FARLAM I.:
FASSO G.:
FAVA P. :
FEENSTRA R.:
FENET PH. A.:
FERGUS T.D.:
FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA C.:
FERRANTE R.:
FERRAROTTI V.T.:
FERREIRA BORGES J.:
FERREIRA CARDOSO DA COSTA
V.J.:
FERREIRA DE CUNHA P.:
FINO M.A.:
FIORAVANTI M.:
FIRPO M.:
FISCHER H.F.W.D.:
FLUMENE F.:
FOA' A.:
FONTANA A.:
FORNACIARI P.L.:
FORTUNATI M.:
FRANKLIN J.H.:
FRIEDBERG E.:
FROIMESCO I.:
FUCHSII J.:
FUSCO S.:

GABRIELLI E.:
GAIL A.:
GALÁN M.:
GAMBARO A.:
GARZÓN VALDÉS E.:

GAU-CABÉE C.:
GIACON C.:
GIAISON DEL MAINO:
GILISSEN J.:
GIORGIANNI M.:
GITTI G.:
GIULIANI A.:
GLASSON E.-D.:
GLENN H.P.:
GLUCK C. F.:
GODIN X.:
GÓMEZ A.:
GOMEZ CAMACHO F.:
GÖPPERT H.:
GORDLEY J.:
GORDON W.M.:
GORIS L.:
GORLA G.:
GORLA L.:
GOUDELIN P.:
GOUHIER H.:
GRICE-HUTCHINSON M.:
GROENEWEGEN VAN DER MADE
S.:
GROOT H. DE :
GROSSI P.:
GROZIO U.: V. GROOT H. DE
GRUNERT F.:
GUZMÁN BRITO A.:

HAAKONSSSEN K.:
HAFERKAMP H.-P.:
HAITSMA MULIER E.O.G.:
HALLEBEEK J.:
HALOANDER G.:
HALPÉRIN J.L.:
HAMZA G.:
HANLO H.R.:
HATTENAUHAUER H.:
HAUTEBERT J.:
HAYEK F. A.:
HEIMBACH C. G. E.:
HEINECCIUS J.G.:
HERCULANO A.:
HESPANHA A.M.:
HEWETT M.:
HOFMEISTER H.:
HOTMAN F.:
HSIA R. PO-CHIA:

HUBER U.:
HUIZINGA J.:
HUSA J.:

ISAAKSON C.:
ISAMBERT F.A.:
ISIDORO DI SPAGNA:
IZZO A.:

JANSEN C.J.H.:

KAHN E.:
KAUFMANN M.:
KLEINHEYER G.:
KNÜTEL R.:
KOSCHAKER P.:
KOSELLECK R.:
KÖTZ H.:
KOTZE J.G.:

LANDAU P.:
LARRAINZAR C.:
LAS CASAS A.:
LAURENT F.:
LAUTERBACH W.A.:
LÁZARO GUILLAMÓN C.:
LEE R. W.:
LEGRAND P.:
LENZERINI F.:
LESSIUS L.: V. LEYS L.
LEVAGGI A.:
LEYS L.:
LIOTTA F.:
LOCRE J.G.:
LOKIN J.H.A.:
LOPES D.:
LOPES J.J.:
LÓPEZ F.J.:
LOPEZ-JACOISTE DIAZ M.E.:
LUIG K.:

MAASDORP A.F.S.:
MACARIO F.:
MAES L.T.:
MAEVIUS D.:

MAJO A.:
MANTICA F.:
MARBEAU J.-B.:
MARBURGER P.
MARCADÉ V.:
MARIANI U.:
MARINARO M.:
MARINELLI F.:
MARRONE M.:
MARTYN G.:
MASFERRER A.:
MASIUS J.:
MASSETTO G.P.:
MATTEI J.:
MATTEUCCI N.:
MATTONE A.:
MAURITIUS E.:
MAZZACANE A.:
MECCARELLI M.:
MEYERS E.M.:
MELILLO G.:
MENOCHIO G.:
MERLIN PH. A.:
METZNER A.:
MILETTI M.N.:
MIRABELLI G.:
MIRANDA A.:
MOLINA L.:
MOLITOR E.:
MONGIANO E.:
MONHAUPT H.:
MONTANARI C.:
MOSCATI L.:
MOSSA L.:
MURET M.A.:
MUSSON A.:

NACCI M.:
NAVARRETTA E.:
NEGRI G.:
NEGRO P.:
NEOSTADIUS C.:
NERHOT P.:
NEVE P.L.:
NICOLÒ R.:
NOODT G.:
NÚÑEZ IGLESIAS A.:
NUOTIO K.:
NUZZO M.:

- O'NEILL C.:
 OERTMANN P.:
 OLLIVIER E.:
 OOSTERBOSCH M.:
 ORCEOLI G.:
 ORDOÑEZ V. :
 ORESTANO R.:
 OSLER D.:
- PADOA SCHIOPPA A.:
 PALAZZO A.:
 PALLAVER G.:
 PALMERI A.M.:
 PAOLO IV :
 PARADISI B.:
 PARINI VINCENTI S.:
 PAULI L.:
 PECHER:
 PENE VIDARI G.S.:
 PENNINGTON K.:
 PÉREZ LUÑO A.E.:
 PERUZZI P.:
 PETERLONGO M.E.:
 PETIT C.:
 PETRONIO U.:
 PIACENTINO:
 PICARDIN.:
 PIGEAU N.E.:
 PIHLAJAMÄKI H.:
 PINTO LOUREIRO J.:
 POLACCO V.:
 POMIAN P.:
 PONT P.:
 POSSEVINO A.:
 POTHIER R.J.:
 POVEDA VELASCO M.:
 PRONGSHEIM F.:
 PUGLIATTI S.:
 PUGLIESE G.:
- QUAGLIONI D.:
 QUIRÒS J.J.M.:
- RAAT A.W.G.:
 RAMOS -LISSÒN D.:
- RANIERI F.:
 RAU C.:
 REALE A.:
 REICHARDT N.:
 RENOUX-ZAGAMÉ M.-F.:
 REPGEN T.:
 RITSCHL O.:
 RIVA I.:
 ROBBIATI BIANCHI A.:
 ROBERTO G.B.S.:
 ROBERTS A.A.:
 ROBERTSON H.M.:
 ROBINSON O.F.:
 RÓMAN VACA C.:
 ROSS F.:
 ROSSI G.:
 ROSSI S.:
 RUGGERI L.:
 RUPERTO S.:
 RÜTTEN W.:
- SACCO R.:
 SAGGESE M. B.:
 SANTALUCIA B.:
 SANTARELLI U.:
 SARAIVA J. H.:
 SARZOTTI C.:
 SAVELLI R.:
 SCATTOLA M.:
 SCHÄFER L.:
 SCHAMA S.:
 SCHEURLEER T.H.L.:
 SCHILTER J.:
 SCHNORR VON CAROLSFELD L.:
 SCHOLZ J.-M.:
 SCHÖNFELD W.:
 SCHRAGE E.:
 SCHRÖDER J.:
 SCHULTING A.:
 SCHULZE R.:
 SCHÜSSLER R.:
 SCHUSTER M.M.:
 SCIUMÉ A.:
 SCIUTO P.:
 SCOTT J.C.:
 SEELMANN K.:
 SEGRÈ G.:
 SELB W.:
 SERIO M.:

SEUFFERT L.:
 SIMON D.:
 SIMONUTTI L.
 SINISI L.:
 SIREY M.:
 SOFFIETTI I.:
 SOLARI G.:
 SOLEIL S.:
 SOLIMANO S.:
 SOLLA SASTRE M.J.:
 SOLLAZZI S.:
 SÖLLNER A.:
 SOTO D. DE : V. DE SOTO D.
 STEIN P.:
 STEVENS F.:
 STINTZING R.:
 STOLFI G.:
 STOLLEIS M.:
 STORTI C.:
 STOTTER:
 STRAUSS G.:
 STROHM C.:
 STRUVE G.A.:
 STYRK S.:
 SUMMENHART K.:

TAILLANDIER A.H.:
 TAMAYO HAYA S.:
 TARELLO G.:
 TARUFFO M.:
 TAVILLA E.:
 TEISSIER-ENSMINGER A.:
 TEIXETEIRA DE FREITAS A.:
 TELLES J.H.C.:
 TERRÉ F.:
 THIEME H.:
 THIREAU J.L.:
 THOMAS P.:
 THOMASIVS C.:
 THOMAZ M.F.:
 TODESCAN F.:
 TRANFAGLIA N.:
 TREGGIARI F.:
 TROJE H.E.:
 TROMBETTA A.:
 TROPLONG M.:
 TULARD M.-J.:
 TUNING G.: V. TUNINGIUS G.
 TUNINGIUS G.:

VACCA L.:
 VALDÉS SANCHEZ R.:
 VALERON E.R.:
 VALLEJO M.S.:
 VALSECCHI E.:
 VAN BYNKERSHOEK C.:
 VAN CAENEGEM R.:
 VAN CHRISTYNEN PAUL: V.
 CHRISTIANEUS P.
 VAN DEN AUWEELE D.:
 VAN DEN BERGH G.C.J.J.:
 VANDER KESSEL D.G.:
 VANDER LINDEN J.:
 VAN DIEVOET G.:
 VAN HOUDT T.:
 VAN LEEUWEN S.:
 VAN NIEKERK J.P.:
 VAN NIEROP H.:
 VAN OVEN J.C.:
 VAN RHEE C.H.:
 VAN SULL C.:
 VAN WARMELO P.:
 VARELA A.:
 VEEN T.:
 VERVAART O.M.D.F.:
 VIGEL N.: V. VIGELIUS N.
 VIGELIUS N.:
 VINNEN A.:
 VINNIUS: vd. VINNEN A.:
 VISAGIE G.G.:
 VISKY K.:
 VISSER C.:
 VITERBO C.:
 VOELTZEL R.-F.:
 VOET J.:
 VOLPI ROSSELLI G.:
 VON BATH S.:
 VON MARTINI K.A.:
 VON ZEILLER F.:
 VON ZYPE F.:
 VULTEJUS H.:

WAAL C.J.D.:
 WAELKENS L.:
 WAHL A.:
 WALLINGA T.:
 WATSON A.:

WELLELS J.W.:
WESEMBECK M.:
WESENBERG G.:
WESENER G.:
WESSELS J. W.:
WIEACKER F.:
WIJFFELS A.:
WILSON C. A.:
WINDSCHEID B.:
WINIWARTER G.:
WINKEL L.:
WÖHL H.: V. VULTEJUS H.

ZACHARIAE VON LINGHENTAL
K.S.:
ZASIUS U.:
ZIMMERMANN R.:
ZUCCHINI G.:
ZWEIGERT K.

BIBLIOGRAFIA

ADRÉS F.J., *Schulding Adam*, in *JU*, pp. 476-478

AHSMANN M., *Collegia en colleges: juridisch onderwijs aan de Leidse Universiteit 1575-1630*, in *het bijzonder het disputeren* [= *Rechtshistorische Studies, Nieuwe reeks*, 1], Groningen 1990

- *Teaching the ius hodiernum: legal education of the advocates in the northern Netherlands (1575-1800)*, in *TR*, 65 (1997), pp. 423-457
- *Bronchorst, Everard [1554-1628]*, in *JBL*, pp. 104-105
- *Noodt, Gerard [1647-1725]*, in *JBL*, pp. 471-472
- *Vinnius, Arnold, [1588-1657]*, in *JBL*, pp. 653-654
- *Voet, Johannes [1647-1713]*, in *JBL*, p. 656

ALBANESE B., *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *AUPA*, XXVII (1961), pp. 173-321

ALBUQUERQUE R. DE- ALBUQUERQUE M. DE, *História do direito português*, I, 1140-1415, Lisboa 1999

ALONSO-LASHERAS D., *Luis de Molina's De Iustitia Et Iure: Justice as Virtue in an Economic Context*, Leiden 2011

ALONSO ROMERO M.P., Gómez, Antonio, in *The Formation and Trasmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, DAUCHY S., MARTYN G., PIHLAJAMÄKI H., WIJFFELS A. (eds.), Heidelberg-New York 2016, pp. 91-94

ALPA G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, GABRIELLI E. (a cura di), I, Torino 1999

ALTERINI J.H., *La Influencia del Código Civil Argentino en otras codificaciones*, in *La Codificación: raíces y prospectiva. II. La Codificación en América*, Buenos Aires 2004, pp. 183-201

AMBROSETTI G., *I presupposti speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*, Bologna 1955

AMBROSINI A., *Studi sulla transazione*, in *AUCA*, Sezione giuridica, II (1929), pp. 29-33

AMODIO C., *Mentalità giuridica e comparazione*, in *Polemos*, vol. 4, n. 1 (2010), pp. 173-189

ANXO PENA GONZÁLES M., *La Escuela de Salamanca de la Monarquía hispánica al Orbe católico*, Madrid 2009, pp. 415-484

ARANHA B., *Ordenações de El Rei D. Manuel*, in *DBP*, v. 17, pp. 121-128

ARNAUD A.J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969

- *Le origini dottrinali del Codice civile francese*, VILLEY M. (prefazione di), BONAVITA M., DE RENSIS F. (traduzione di), Napoli 2005

ARTNER M., *Agere praescriptis verbis, Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002

ASTUTI G., *I principii fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *ASD*, I (1957), pp. 13-41, ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, raccolta di scritti di Guido Astuti*, DIURNI G. (a cura di), Roma 1984, II, pp. 1031-1069

- *Contratto (diritto intermedio)*, in *ED*, IX, Milano 1961, pp. 759-781 ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, raccolta di scritti di Guido Astuti*, DIURNI G. (a cura di), Roma 1984, III, pp. 1905-1953

- *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino 2015, già in *Napoleone e l'Italia*. Convegno (Roma, 8-13 ottobre 1969) 'Problemi attuali di scienza e cultura', Roma 1973, pp. 175-237

BAR C. – DOPFFEL P., *Deutsches Internationales Privatrecht im. 16 und 17. Jahrhundert*, Tübingen 2001

BARNARD F.M., *The practical Philosophy of Christian Thomasius*, in *JHI*, 32 (1971), pp. 221-246 ora in *Grotius, Pufendorf and modern Natural Law*, HAAKONSSON K. (a cura di), Aldershot 1999, pp. 311-336

BARÓ PAZOS J., *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1992

BARRIENTOS GARCIA J., *Un siglo de moral economía en Salamanca 1526-1629*, Salamanca 1985

BART J., *Pacte and contract dans la pratique française (XVIe-XVIIIe siècles)*, in *Towards a general law of contract*, BARTON J. (a cura di), Berlin 1990, pp. 125-137

- *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Paris 1998

BAUDELLOT B., *Un grand jureconsulte du XVII^e siècle: Jean Domat*, Paris 1938

BAUDRY-LACANTINERIE G. – WAHL A., *Des contrats aleatoires du mandat, du cautionnement de la transaction*, Paris 1900² (trad. it. *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, Milano 1911)

BECCHI P., *Le ideologie della codificazione in Germania*, Genova 1999

BEINART B.Z., *Simon Groenewegen van der Made. A biographical note including references to his legal opinions and notes on Grotius' Inleidinge*, in *TR*, 56 (1988), pp. 333-354

Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte, SELB W. - HOFMEISTER H. (Hg.), Wien-Graz-Köln 1980

BELDA PLANS J., *La Escuela de Salamanca y la renovacion de la teologia en el siglo 16*, Madrid 2000

BELLOMO M., *I giuristi, la giustizia e il sistema del diritto comune*, in *Medioevo edito e inedito*, II, Roma 1997

BELTRAN DE HEREDIA V., *Domingo de Soto, Estudio biografico documentando*, Salamanca 1960

BENKE N., *'No inefficacy arises merely from the naked promise'*. Bemerkungen zu Consideration und Versprechen in Pillans v. Van Mierop (1765), in *IC*, 14 (1987), pp. 1-55

BERGFELD C., *Johann Gottlieb Heineccius und die Grundlagen seines atur- und Völkerrechts* in *J.G. Heineccius, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, übersetzt von P. Mortzfeld*, BERGFELD C. (hg.), Frankfurt am Main-Leipzig 1994, 507-532

BERMAN H., *Diritto e rivoluzione. II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, QUAGLIONI D. (ed. it. a cura di), Bologna 2010²

BERSANI C., *Nonnulla distinctio. Status e ceti nel secolo d'oro delle Provincie Unite*, Roma 2009

BERTELLONI F., “Sobre la dispensabilidad de la ley antigua. La posición de Domingo de Soto a la luz de la tradición medieval” in CRUZ CRUZ J., *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona 2007, pp. 109-132

BERTOLINI C., *Della transazione secondo il diritto romano*, Torino 1900

Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Franeker Universiteit tot 1811, FEENSTRA R. - AHSMANN M. - VEEN T., Amsterdam 2003

BIROCCHI I., *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988

- *La Questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, in *Towards a general law of contract*, BARTON J. (a cura di), Berlin 1990, pp. 139-195

- *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002

- *Insegnamento e pratica del diritto nel Seicento giuridico francese*, in *Panta rei*, II, Roma 2004, pp. 277 e 294

- *Autonomia privata, ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, MACARIO F. – MILETTI M.N. (a cura di), Milano 2006, pp. 95-136

- *La formazione dei diritti patrii nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico. Prassi ed insegnamento in Il Diritto patrio tra diritto commune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale: Alghero 4-6 novembre 2004*, BIROCCHI I. - MATTONE A. (a cura di), Roma 2006, pp. 17-71

BORGES CARNEIRO M., *Direito Civil de Portugal, avendo tre libri I. Das pessoas II. Das cousas III, Da obrigações e acções*, Tomo I, Lisboa, António José da Rocha, 1851

BOSMAJIAN H., *Burning books*, Jefferson, NC 2005

BOUDON J., *Les projets de code civil “de Cambacérès” et le thème de l’imitation de la nature (1793-1804)*, in *Droits*, 39 (2004), pp. 91-106

BRAGA DA CRUZ G., *Formação histórica do moderno Direito Privado português e brasileiro*, in *RFDSão Paulo*, 50 (1955), pp. 65 ss.

- *O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra 1975

BRETT A.S., *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge 1997

BRUFAU PRATS J., *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Salamanca 1989

- BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011²
- BUCHHOLZ W., *Mevius, David von*, in *NDB*, 17 (1994), pp. 281-283
- BUTERA A., *sub. v. Transazione* in *DI*, XXIII, Torino 1925, 1673-1678
- CABRAL TEXO J., *Historia del Código Civil Argentino*, Buenos Aires 1920
- CAETANO M., *História do Direito Português (Sécs. XII-XVI)*, Lisboa 2000
- CALAMANDREI P., *Il concetto di lite nel pensiero di Carnelutti*, in *RDPC*, I (1928), spec. pp. 3 e ss.
- CALASSO F., *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959
- Calvinism and Religious Toleration in the Dutch Golden Age*, HSIA R. PO- CHIA, VAN NIEROP H.F.K. (eds.), Cambridge 2002
- CAMPITELLI A., *Accertamento e tutela dei diritti nei territori italiani nell'età medievale*, Torino 1999
- CANALE D., *La costituzione delle differenze: giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del 1700*, Torino 2000
- CANNATA C.A., *Le definizioni*, in *Scritti scelti di diritto romano*, XVI. *Le definizioni romane dell' 'obligatio'. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, Torino 2011
- CANOY -OLTHOFF A.M.M -NEVE P.L., *Holländische Eleganz gegenüber deutschem Usus Modernus Pandectarum? Ein Vergleich des privatrechtlichen Unterrichts in Leiden und an einigen deutschen Universitäten anhand einiger holländischer und deutscher juristischer Dissertationen über locatio-conductio: (1650-1750)*, Nijmegen 1990
- CAPPELLETTI M., *Procédure orale et procédure écrite*, Milano 1971
- CAPPELLINI P., *Sulla formazione del moderno concetto di dottrina generale del diritto* in *QF*, 10 (1981), pp. 323-354

- *Cinque secoli di giurisprudenza tedesca: presenze e assenze*, in *QF*, 13 (1984), pp. 549- 559
- *Systema iuris, I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle pandette*, Milano 1984

CAPRIOLI S., *Tre capitoli intorno alla nozione di 'regula iuris' nel pensiero dei Glossatori*, in *ASD*, 5-6 (1961-1962), pp. 221-374

- *Iniquitas rei. Studi preparatori ai contratti rescindibili nell'età di diritto comune. I Casi di rescissione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Perugia 1974, pp. 95-202; ora in edizione rivista e ampliata, *Id.*, *Indagini sulla rescissione*, Perugia 2001, 11-145
- *Rescissione del contratto (storia)*, in *ED*, XXXIX, Milano 1988, pp. 933-966
- *Codice civile, struttura e vicende*, Milano 2008

CARVALE M., *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012

CARNELUTTI F., *Sulla causa della transazione*, in *RDCo*, 2 (1914), pp. 573 e ss.

- *Documento e negozio giuridico*, *RDRC*, I, 1926, 189, 206 ss.
- *Note sull'accertamento negoziale*, in *RDPC*, 1 (1940), pp. 3 e ss
- *La transazione è un contratto?* In *RDPC*, 1953, I, pp. 185 ss.
- *Logica e metafisica nello Studio del diritto*, in *Foro it.*, 78, IV, 1955, c. 73 ss.

CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998

- *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers: Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel 2005 (trad. it. *La solitudine dello storico del diritto: appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009)

CARPINTERO F., *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vasquez de Menchaca*, Salamanca 1977

CARPINTERO F. – QUIRÒS J.J.M., *Christian Thomasius (1655-1728)*, in *JU*, II, pp. 471-476

CARRESI F., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Vol. II, Milano 1991, pp. 143 e ss.

CASSI A.A., *Dalla santità alla criminalità della guerra. Morfologie storico-giuridiche del Bellum iustum*, in *Seminari di Storia e Diritto*, 'Guerra giusta?'. *Le metamorfosi di un concetto antico*, CALORE A. (a cura di), Milano 2003, pp. 101-158

- *Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari di indagine*, in *QF*, 38 (2009), pp. 1141-1168

- CAVANNA A., *L'influence juridique française en Italie au XIXe siècle*, in *RHFD* Dr. Sc. Jur., 15 (1994), pp. 87 ss.
- *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, Milano 2001, pp. 85-129, ora accolto in Id., *Scritti (1968-2002)*, vol. II, Napoli 2007, pp. 1079-1136
- *Storia del Diritto moderno in Europa. Le Fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 2005
- CAZZETTA G., *Civilistica e 'assolutismo giuridico' nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'Esegesi (1865-1881)*, in *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, pp. 399-418
- *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 119-141
- Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha*, DE BRITO CÂMARA H. - DE ANDRADE M.D. - BRAGA DA CRUZ G., in *Bol. Fac. Direito Coimbra*, 26 (1950), pp. 275-301
- CHAFUEN A., *Faith and Liberty*, Lanham 2003
- CHARMONT J. - CHAUSSE A., *Les interprètes du Code Civil*, in *Le Code Civil. 1804-1904, Livre du Centenaire*, To. I, Paris 1904, pp. 131-172
- CHIODI G., *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in *QF* 45(2016), pp. 249-293
- CICERO C., *La transazione*, Milano 2014
- CONTE E., *Umanisti e "bartolisti" tra i colleghi romani di Marc Antoine Muret*, in *Miscellanea Domenico Maffei* dicata, Goldbach 1995, III, pp. 493-512, già in *RIDC*, 4 (1993), pp. 171-190
- CORAZZINI G., *Della Transazione*, Torino, Roux e C. Editori, 1898
- CORREIA A., *Manuel de Almeida e Sousa, de Lobão, e outros Jurisconsultos de antes Código Civil (1744-1817)*, disponibile all'indirizzo <http://arlando-correia.com/020806.html>
- CORTESE E., *Legisti, canonisti e feudisti: la formazione di un ceto medievale in Università e società nei secoli XII-XVI*, Pistoia 1983

COUSIN V., *Documents inédits sur Domat*, in *Fragments Littéraires par M. V. Cousin*, Paris, Didier, Libraire-éditeur, 1843

Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International law, BORRELLI S., LENZERINI F. (ed.), Leiden-Boston 2012

D'AMELIO G., *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla Scuola di Napoli*, Napoli 1972

D'ONOFRIO P., *La transazione e il contratto. Scritti giuridici per il centenario della Casa Editrice Jovene, 1854-1954*, Napoli 1954, pp. 193-197

- *A proposito di transazione e logica del diritto*, in *Foro it.*, 78, IV, 1955, c. 127 ss.

- *Della transazione*, in *Comm. c.c.*, SCIALOJA E BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1974, sub. art. 1965 c.c., pp. 220-221

DA SILVA BRUSCHY M.M., *Manual do Direito Civil português*, 2 voll., Lisboa 1869

DA SILVA F.- DE ALMEIDA COSTA M.J., *Pascoal José de Mello (Freire)*, in *DHP*, LX, III, p. 14

DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004

DE ALMEIDA COSTA M.J., *Romanismo e Bartolismo no Direito Português*, in *BFD*, 36 (1960), pp. 16-43

- *Enquadramento histórico do Código Civil Português*, in *BDF*, 37 (1961), pp. 138-160

- *Ordenações*, in *Dicionário da História de Portugal*, III, Lisboa 1968

- *História do direito português*, Coimbra 2005

DE AZEVEDO L.C., *O Reinado De D. Manuel e as Ordenações Manuelinas*, in *RFDSão Paulo*, 95 (2000), pp. 19-32

DE BENITO FRAILE E.J., *La codificación civil y los derechos forales (1808-1833)*, in *Cuadernos de Historia del Derecho*, 19 (2012), pp. 65-97

DE CARVALHO HOMEM A.L., *O desembargo régio: 1320-1422*, vol. I, Porto 1985

DE CASTRO FILHO J.O., *A conciliação no processo civil*, in *RFD*, 1953, pp. 276-288

DE FIGUEIREDO MARCOS R.M., *A legislação pombalina. Alguns aspectos fundamentais*, Coimbra 1990

- DE GAVRE J., *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé (droit belge)*, Bruxelles 1967
- DE JONG J., *The Dutch Golden Age and Globalization: History and Heritage, legacies and Contestations*, in *Macalester International*, vol. 27, Art. 7 (2011), pp. 46-67, disponibile all'indirizzo <http://digitalcommons.macalaster.edu/macintl/vol27/iss1/7>
- DE LUCA L., *La transazione del diritto canonico*, Roma 1942
- DE MENEZES LEITÃO L.M.T., *O ensino do Direito das obrigações/Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, Coimbra 2001
- DE MICHELIS PINTACUDA F., *Le origini storiche e culturali del pensiero di U. Grozio*, Firenze 1967
- DE VOS W., *Regsgeskiedenis*, Città del Capo 1992
- DE WET J. C., *Die ou Skrywers in Perspektief*, Cape Town 1988
- DECKERS D., *Vitoria Francisco de*, in *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 35, Berlin-New York 2003, pp. 169-173
- DECOCK W., *Lessius and the Breakdown of the Scholastic Paradigm*, in *JHET*, 31.1 (2009), pp. 57-78
- *Counter-Reformation Diplomacy behind Francisco Suarez's Constitutionalist theory*, in *Ambiente Jurídico*, 11 (2009), pp. 69-94
- *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden- Boston 2013
- DEKKERS R., *Het humanisme en de rechtswetenschap in de Nederlanden*, Antwerpen 1938, pp. 1-36
- DEL PRATO E., *Transazione (dir. priv.)*, in *ED*, XLIV, Milano, 1992, p. 814
- *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino 2016
- DEL VIGO GUTIÉRREZ A., *Economía y ética en el siglo XVI*, Madrid 2006
- DELL'AQUILA E., *Resolucion del contrato bilateral*, Salamanca 1981

DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, Paris 2007

Deutsche und Europäische Juristen aus fünf Jahrhunderten, SCHRÖDER J.- KLEINHEYER G. (hrsg.), Heidelberg 1976

DEVAUX O., *Cambacérès Jean-Jacques-Régis de*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 154-155

DEXTER H.M. - DEXTER M., *The England and Holland of the pilgrims*, New York 2004

DEZZA E., *Il Codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova 1983

- *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, Torino 2000
- *L'avvocato nella storia del processo penale*, in *Un progetto per la storia dell'avvocatura*, ALPA G.- DANOVI R., Bologna 2003
- *Sistematica processuale e recupero del principio accusatorio nel Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno. Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici: Udine 12-13 aprile 2002*, M. CAVINA (a cura di), Udine 2004, pp. 157-175

DI RENZO VILLATA M.G., *In un turbinio di modelli. Il processo civile in Lombardia tra fervore progettuale, realtà normativa e pratica (1801-1806)*, in *La formazione del primo Stato italiano e Milano capitale 1802-1814. Convegno internazionale: Milano, 13-16 novembre 2002*, ROBBIATI BIANCHI A. (a cura di), Milano 2006, pp. 151-205

DI SIMONE M.R., *Aspetti della cultura giuridica*, Roma 1984

- *L'introduzione al codice civile austriaco in Italia, Aspetti e momenti*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano 1994, pp. 1015-1038
- *Percorsi del diritto tra Austria e Italia, secoli XVII-XX*, Milano 2006
- *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino 2007

DÍAZ-DÍAZ G., *Suarez, Francisco*, in *Hombre y Documentos de la Española*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Historia, Madrid 2003, vol. VII, "S-Z", pp. 390-426

DIBON P., *Regards sur la Hollande du Siècle d'Or*, Napoli 1990

DÖLEMAYER B. - MOHNHAUPT H., *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Klostermann, Frankfurt Am Main, 1995

DOMANSKI A., *Fundamental principles of law and justice in the opening title of Johannes Voet's Commentarius ad Pandectas*, in *FUNDAMINA*, 19.2 (2013)

DOMINGO R., *Georg Adam Struve*, in *JU*, II, pp. 400-402
 - *Samuel Stryk*, in *JU*, II, pp. 446-449

DOMINGUES DE ANDRADE M.A., *Lições de processo civil*, in *Lezioni di procedimenti civili, scritti da T. Moreno, Sousa Sêco e P. Augusto Junqueiro (col. Pessoa Vaz)*, Coimbra 1945, p. 525

DOUXCHAMPS-LEFÈVRE C., *Les sentences du Grand Conseil de Malines en appel d'Instances namuroises (1582-1590)*, in *BPALOB*, 44 (2003), pp. 137-175

DU TOIT F., *Roman-Dutch law in modern South African succession law*, in *Ars Aequi*, april (2014), pp. 278-285

DUARTE NOGUEIRA J. - ALVES S., *O direito processual civil português - Linhas gerais*, in *Est. em homenagem ao Prof. Dr. Pedro Soares Martinez*, Vol. 1, Coimbra 2000, pp. 379-418

EHMANN E., *Schuldenerkenntnis und Vergleich*, München 2005

ERASMUS B. J., *Natural law: Voet's criticism of De Groot*, in *FUNDAMINA*, 22.1 (2016)

ESCALERA J., sb. v. *de Lugo Juan*, in *DHCJ*, vol. 3, pp. 2437-2439

ESCANDELL J., *Suárez: el pensamiento español del XVI: Continuidad y actualidad*, in FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA C. e LÓPEZ F.J. (a cura di), *En la frontera de la modernidad: Francisco Suárez y la ley natural*, Madrid 2010, pp. 17-38

ESPINOSA GOMES DA SILVA N. J., *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, in *Scientia jurídica*, 29 (1980), pp. 429-455
 - *História do direito português: fontes do direito*, Lisboa 1991
 - *História do direito português*, Lisboa 2006
 - *Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas*, in *Bol. do Min. da Just.*, n. 264, pp. 5 ss.

FALCONE G., *'Obligatio est iuris vinculum'*, Torino 2003

FALZEA G., *sub. v. Accertamento (teoria generale)*, in ED, I, Milano, 1958

FARLAM I., *The old authorities in South African Practice*, in TR 75 (2007), pp. 399-408

FASSÒ G., *Ugo Grozio tra medioevo ed età moderna*, in *Rivista di Filosofia*, XLI (1950), pp. 174-190

- *La legge della ragione*, Bologna 1964

FAVA P., *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema contrattuale verso la European private law*, in *Il contratto*, FAVA P. (a cura di), Milano 2012, 1-230

FEENSTRA R., *Zur reception in den Niederlanden*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Milano 1954, pp. 243-268

- *L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause* in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972, Atti [= Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1] (1973), 377-402, ristampato in ID., Fata Ivris Romani, *Études d'histoire du droit* (1974), 338-363

- *Het Tractatus de pactis van Vinnius en de strijdschriften tegen Maestertius uit 1640*, in TR, 56 (1988), pp. 199-208

- *Les juristes de l'ancienne université de Franeker et leurs recueils de disputationes (période de 1635 à 1735)*, in SS, 100 (1988), pp. 604-629

- *Dictata Van Johannes Voet en Gerlach Scheltinga op de Inleidinge Van Hugo de Groot*, in TR, 56 (1988), pp. 93 ss

- *Pact and contract in the Low countries from the 16th to the 18th century*, in *Towards a general law of contract*, BARTON J. (a cura di), Berlin 1990, pp. 197-213, ora in *Legal scholarship and Doctrines of private law, 13th-18th Centuries*, Aldershot 1996

- *Die Klagbarkeit der pacta nuda*, in FEENSTRA R. – ZIMMERMANN R. (hrsg.), *Das römisch-holländische Recht Fortschritte des Zivilrechts im 17 und 18 Jahrhundert*, Berlin 1992, pp. 123-132

- *Le droit romain et l'Europe*, in RIDA, suppl. XLI (1994), pp. 15-28

- *Simon Groenewegen van der Made [1613-1652]*, in JBL, pp. 262-263

- *Grotius (de Groot), Hugo [1583-1645]*, pp. 265-268

- *Huber, Ulrik [1636-1694]*, in JBL, pp. 310-311

- *Schulting Adam*, in JBL, pp. 564-565

- *Simon van Leuween*, in JBL, pp. 383-384

- *Een tweede handschrift van de Inleidinge van Hugo de Groot en een dito van de Prolegomena Juri Hollandico Praemittenda*, in FUNDAMINA, 1 (2005), pp. 81-91

- *Les ouvrages de droit dans le plus ancien catalogue de la bibliothèque de l'Université de Leyde (1595)*, in *TR*, 75 (2007), pp. 241-258
- *De Inleidinge van Hugo De Groot in het juridisch onderwijs van de zeventiende en achttiende eeuw. Aanvullingen op een studie over dictata van Johannes Voet en Gerlach Scheltinga*, in *FUNDAMINA*, 16, 1 (2010), *editio specialis LT*, pp. 90-98
- *New reflections on some law professors at Leiden between c. 1580 and c. 1715*, in *TR*, 81 (2013), pp. 5-15

FEENSTRA R. - WAAL C.J.D, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford 1975

FERRANTE R., *Dans l'ordre établi par le code civil, la scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano 2002

- *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB in L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, *Atti del convegno internazionale di studi di Pavia 11-12 ottobre 2002*, CARONI P. e DEZZA E. (a cura di), Padova 2006, pp. 339-363
- *Cultura giuridica e codificazione*, in *Clio@Themis*, 2 (2017), consultabile all'indirizzo <http://www.cliothemis.com/Cultura-giuridica-e-codificazione#nb85>

FERREIRA CARDOSO DA COSTA V.J., *Que he o codigo civil?*, Lisboa, Antonio Rodrigues Galhardo, 1822

FERREIRA DE CUNHA P., *Mello Freire advogado. Noticia de un manuscriptom in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XV (1992-1993), pp. 33-46

FINO M.A., *L'archetipo contrattuale transattivo: radici storiche e ruolo attuale nell'ordinamento*, in *RSDR*, I (2001), pp. 405-459

- *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004

FIORAVANTI M., *Le potestà normative del governo: dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, Milano 2009

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

FOA' A., *Della causa nel contratto di transazione*, in *Monitore dei Tribunali*, 1912, pp. 44 e ss.

FORNACIARI P.L., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino 2002

FRANKLIN J.H., *The Science of Conjecture: Evidence and Probability Before Pascal*, Baltimore 2001

FROIMESCO I., *L'erreur dans la transactions*, Paris 1923

GÁLÁN M., *Luis de Molina*, in *JU*, II, pp. 254-257

- *Molina, Luis de (1535-1600)*, in *DCJ*, II (2006), pp. 145-148

GARZÓN VALDÉS E., *Las palabras de la ley y su interpretación. Algunas tesis de Francisco Suárez*, in *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 117-129

GAU-CABÉE C., *Troplong Raymond-Théodore*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 983-985

GIACON C., *La Seconda Scolastica. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*, Milano 1950

GILISSEN J., *La phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas*, in *Revue de histoire du droit*, XVIII, 1-3 (1950), pp. 36-67 e 239-290

- *Introduction historique au droit*, Bruxelles 1979

- *La coutume*, Turnhout-Belgium 1982

GIORGIANNI M., *Il negozio di accertamento*, Milano 1939

- *Accertamento (negozio di)*, in *ED*, I, Milano 1958, pp. 227-243

GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano 1999

GLASSON E.-D., *Le centenaire du Code civil 1804-1904*, Paris 1904

GLENN H.P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Milano 2011 (pubblicato in inglese come *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford 2000 e in versione riveduta e accresciuta nel 2014⁵)

GODIN X., *Les antécédents du Code de 1806. L'ordonnance de 1667 et l'œuvre des jurisconsultes*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, To. I, *Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe. Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe*, HAUTEBERT J. - SOLEIL S. (sous la direction des). *Actes du colloque tenu à la cour d'appel de Rennes*: les 9 et 10 novembre 2006, Paris 2007, p. 9-31

- *Ordonnance civile de 1667*, in *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVIe-XIXe siècle)*. Recueil de textes, présentés et commentés, HAUTEBERT J.-SOLEIL S. (sous la direction des), Rennes 2011, pp. 47-67

GOMEZ CAMACHO F., *Luis de Molina. La teoría del justo precio*, Madrid 1981

- *Economía y filosofía moral. La formación del pensamiento económico en la Escolástica española*, Madrid 1998

GÖPPERT H., *Heirich Bocer*, in *ADB*, 2 (1875), pp. 759-760

GORDLEY J., *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford 1991

GORLA G., *Il potere della volontà come promessa nel negozio giuridico*, in *RDCoO*, LIV (1956), parte I, pp. 18-47

GORLA L., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto, Diritto Pubblico e scritti vari*, V, Padova 1970, pp. 334-338

GOUIER H., *Le coeur qui sent le trois dimensions. Analyse d'un pensés de Pascal*, in *La passion de la raison. Hommage à Ferdinand Alquié*, J.-L. Marion, Parigi 1983

- *Blaise Pascal: conversion et apologétique*, Paris 1986

GRICE-HUTCHINSON M., *The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary theory, 1544-1605*, Oxford 1952

GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998

- *Aequitas canonica*, in *QF*, 27 (1998), pp. 379-396

- *Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, pp. 1-42, in *Il bicentenario del codice napoleonico* (Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 20 dicembre 2004), Roma 2006

- *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007

- *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007

Guerra e Diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea, CASSI A.A. (a cura di), Soveria Mannelli 2009

GUZMÁN BRITO A., *Hermann Wöhl (Vulteijs), [1555-1634]*, in *JU*, vol. II, pp. 301- 303

- *Acto, negocio, contracto y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Cizur Menor 2005, pp. 407-439

- *Historia de La Codificación Civil en Ibeoramerica. Siglos XIX-XX*, Santiago de Chile 2000

- *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales códigos civiles europeos-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid 2011

HAAKONSSON K., *Hugo Grotius and the History of Political Thought*, in *Political Theory*, 13, pp. 239-265, ora in *Grotius, Pufendorf and the Modern Natural Law*, pp. 35-64

HAFERKAMP H-P.- REPGEN T., *Usus modernus Pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, Böhlau Verlag Köln Weimar 2007

HAITSMA MULIER E.O.G., *La società delle Sette Province Unite nel Seicento*, in *La storia. I grandi problemi dal Medioevo all'Età contemporanea*, TRANFAGLIA N. e FIRPO M. (a cura di), vol. V, t. 3, Torino 1986, pp. 407-426

HALLEBEEK J., *Some remarks on laesio enormis and proportionality in Roman-Dutch law and calvinistic commercial ethic*, in *FUNDAMINA*, 21.1 (2015), pp. 14-32

HALPÉRIN J.L., *L'impossible code civil*, CHAUNU P. (préface de), Paris 1992

- *Le regard de l'historien*, in *Le Code Civil. 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, pp. 43-60

- *A proposito di alcune difficoltà nell'applicazione dei codici napoleonici nei dipartimenti francesi d'Italia*, in TAVILLA E. (a cura di), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo: traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione: a 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon (1806-2006)*. Atti del Convegno internazionale di studi (Mirandola-Modena 19-20 ottobre 2006), Modena 2009, pp. 265-274

HAMZA G., *Development and codification of private (civil and commercial) law in Portugal and its influence outside Europe*, in *RIDR*, 15 (2015), pp. 98-114, disponibile online all'indirizzo http://www.ridrom.uclm.es/documentos15/hamza15_pub.pdf

- *Römisch-Holländisches Recht (Roman-Dutch law, Romeins-Hollands recht, Romeins-Hollands reg) und sein Geltungsbereich in Europa und außerhalb Europas*, in *JEHL*, 8, n. 1 (2017), pp. 23-33

HANLO H.R. - KAHN E., *The South African legal System and its Background*, Cape Town 1973

HAYEK F. A., *Law, Legislation and Liberty*, 2: *The Mirage of Social Justice*, Chicago-London 1976

HERCULANO A., *Estudos sobre o casamento civil por ocasião do opúsculo do Sr. Visconde de Seabra sobre este assumpto*, Lisboa 1866, pp. 119 e ss.

- *História de Portugal* Tomo IV (Livro IV e Libro V, parte I), LOPES D. (a cura di), Paris-Lisboa 1875

- *Sortes Gothicae*, in *Opúsculos*, To. V – *Controvérsias e Estudos Históricos*, To. II, Lisboa 1907³

HESPANHA A.M., *História das Instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982

- *Razões de decidier na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um emsaio de análise de conteúdo*, in *QF*, 59 (2010), pp. 109-151

HEWETT M., *Old wine in new bottles or the story of translations of the 'old authorities' produced by South Africans*, in *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 61 (1998), 551-563, ora in *Pro Memorie Bijdragen tot de rechts-geschiedenis der Nederlanden* (Pro Memorie. Contribuire alla storia giuridica dei Paesi Bassi), 2 (2000) I, 92-108

HUIZINGA J., *La civiltà olandese del Seicento*, Torino 1979

Índice geral das obras de Manuel de Almeida e Sousa Lobão, DE ALMEIDA NOVAIS E SOUSA J. (a cura di), Lisboa, Impressão Régia, 1829

IZZO A., 'Instaurari decisam litem, prohibent iura', in *Labeo* 46 (2000), pp. 461-477

KNÜTEL O., *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995, VACCA L. (a cura di), Torino 1997, pp. 131-144

KOSCHAKER P., *Europa und das römische Recht*, München 1947 (*L'Europa e il diritto romano*, BISCARDI A. (trad. it. a cura di), CALASSO F. (introduzione di), Firenze 1962)

KOSELLECK R., *La Prussia tra riforma e rivoluzione*, Bologna 1988

KOTZE J.G., *Simon van Leeuwen's Commentaries on Roman-Dutch law /revised and edited with notes in two volumes*, Nabu press 2010

LANDAU P., *Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie*, in *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert: Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, ASCHERI M. (a cura di), Köln - Weimar - Wien 2003

LARRAINZAR C., *Francisco Suárez*, in *JU*, pp. 279-284

LAS CASAS A., *La volontà e le ragioni del diritto: promessa, consideration e enforcement*, in *Modernità del pensiero giuridico di G. Crisculi*, MIRANDA A. (a cura di), Torino 2015, To. III, pp. 227-260

LÁZARO GUILLAMÓN C., *La transactio romana y el actual acuerdo de mediación*, in *Studia Prawnoustrojowe*, 25 (2014), pp. 173-188

Le matrici del diritto mercantile tra storia e tendenze evolutive. Atti del Convegno: Como 18-19 ottobre 2007, ROSSI S. –STORTI C. (a cura di), Varese 2009

LEE R. W., *Law and legislation in the union of South Africa*, in *YLJ*, 32 (1923), pp. 224-232

- *Roman-Dutch Law in South Africa*, in *L. Q. Rev.*, 40 (1924), pp. 61 ss.

- *An Introduction to Roman-Dutch law*, Oxford 1946⁴

LEGRAND P., *Notes inspirées par une gene persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'Etat dans les facultés de droit françaises*, in *R.T.D. Civ.*, 1998, pp. 299-302

LEVAGGI A., *El método del Código Civil argentino y sus fuentes*, in *REHJ*, 10 (1985), pp. 159-175

LEYTE G., *Le Code civil et les autres codifications napoléoniennes*, in *Le Code Civil. 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris 2004, pp. 123-130

LIOTTA F., *sub. v. DBI*, 7 (1965), pp. 69-70

LOKIN J.H.A.- BRANDSMA F.- JANSEN C.J.H., *Roman-Frisian law of the 17th and 18th century*, Berlin 2003

LOPEZ- JACOISTE DIAZ M.E., *Johannes Voet*, per *JU*, II, pp. 465-467

- LUIG K., *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, IC, 1 (1967), ora in ID., *Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht* (Bibliotheca Eruditorum 22), Goldbach 1998, pp. 395-422
- Adam Lauterbach [1618-1678], in NDB, 13 (1982), pp. 736-738
 - *Einleitung (Sektion 2: Usus modernus und Dogmengeschichte des Privatrechts)*, in *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, SIMON D. (a cura di), Frankfurt am Main: 22. bis 26. September 1986, Frankfurt am Main, 1987, pp. 233-236
 - Samuel Stryk (1640-1710) under der 'Usus Modernus pandectarum', in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, STOLLEIS M. et alii (hrsg.), München 1991, pp. 219-235
 - *Humanism Und Privatrecht*, in *Vestigia iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60.*, Verlag 1992, pp. 285-301
 - Struve, George Adam, in HRG, V (1998), pp. 52-58
 - Georg Adam Struve [1656-1712], in JBL, pp. 606-607
 - Samuel Stryk [1640-1710], in JBL, 607-608
 - Christian Thomasius [1655-1728], in JBL, pp. 627-628
 - Schilter Johannes, in NDB, 22 (2005), pp. 774-775
 - *Il diritto patrio in Germania in Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Il Diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale: Alghero 4-6 novembre 2004*, BIROCCHI I.- MATTONE A. (a cura di), Roma 2006, pp. 98-100
- MAES L.T., *Resum de la historia del derecho en los antiguos Paises Bajos españoles*, in AHDE, XXIV (1954), pp. 7-55
- MARBURGER P., sub § 779 in VON STAUDINGERS J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Neben mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 1986, §§ 779-811, pp. 476 ss.
- MARIANI U., *Un contributo "elegante" in materia di ius belli: il De jure militari di Johannes Voet*, in D@S, 8 (2009)
- MARINARO M., *Accertamento o transazione: una questione aperta*, nt. a Trib. Como, Sez. dist. Cantù, ord. 2 febbraio 2012
- MARINELLI F., *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova 2004, pp. 11-23

- MARRONE M., *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto Romano: Copanello 7-10 giugno 1992*, Napoli 1994, pp. 19 ss, poi anche in *AUPA*, 42 (1992), pp. 209 ss.
- *Res in iudicium deducta - res iudicata*, estratto da *BIDR*, XCVIII-XCIX (1995-1996), pp. 63-81
 - *Su struttura della sentenza, motivazioni e 'precedenti' nel processo privato romano*, sempre in *BIDR*, C (1997), pp. 43 ss.
 - *Riflessioni in tema di giudicati: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, VACCA L. (a cura di), Padova 2008, pp. 61-80
- MASFERRER A., López, *The Siete Partidas*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, DAUCHY S., MARTYN G., MUSSON A., PIHLAJAMÄKI H., WIJFFELS A. (Eds.), Heidelberg- New York 2016
- MASSETTO G.P., *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, MACARIO F. - MILETTI M.N. (a cura di), Milano 2006, pp. 291-343
- MATTEUCCI N., *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Bologna 1959
- MAZZACANE A., *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: equità e giurisprudenza nelle opere di Hermann Vultejus*, in *ASD*, 12-13 (1968/69), 257-319
- *Contrasti di scienza e rivalità accademiche in una lite del sec. XVI*, in *IC*, 3 (1970), pp. 10-32
 - *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, Milano 1971
 - *Teorie delle scienze e potere politico nelle sistematiche tedesche del secolo XVI*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, PARADISI B. (a cura di), I, Firenze 1977, pp. 289-316, spec. pp. 306-308
 - *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna 1999, pp. 213-252
 - *"Il leone fuggito dal circo": Pandettistica e diritto comune europeo*, in *Index*, 29 (2001), pp. 97-111
- MECCARELLI M., *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *QF*, 40 (2010), pp. 721-745

- *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: An Introduction*, in *Global Perspectives on Legal History. Research Experiences and Itineraries*, MECCARELLI M., SOLLA SASTRE M.J. (eds.), Frankfurt am Main 2016, pp. 3-24, spec. pp. 7-11, 1.1-1.3

- MELILLO G., *Contrahere, pacisci, transigere, contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994

- MIRABELLI G., *Della transazione e divisione*, in *Foro it.* I (1932), c. 39 ss.
- *Transazione e negozio d'accertamento*, in *RDCo*, 1 (1944), pp. 181, ss.
- *L'atto non negoziale di diritto privato italiano*, Napoli 1955, pp. 352 ss.

- MOLITOR E., *Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano 1954, pp. 357-373

- MONGIANO E., PAULI L. (recensione di), *Die Bedeutung Zeillers für die Kodifikation des Strafrechtes unter besonderer Berücksichtigung der polnischen Strafrechtsgeschichte*, Wien-Graz, 1980, in *RSDI*, 55 (1982), pp. 300-302

- MONHAUPT H., *La discussion sur 'theoria et praxis' aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles en Allemagne*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du Colloque de Montpellier: Colloque tenu du 12 au 14 Décembre 1977*, Milano 1979, pp. 277-296

- MOSSA L., *La documentazione del contenuto contrattuale*, *RDCo*, 17 (1919) I, pp. 414-460

- NACCI M., *L'evoluzione storica del diritto canonico e delle sue fonti giuridiche*, in ARROBA CONDE M.J. (cur.), *Manuale di diritto canonico*, Città del Vaticano 2014, pp. 33-34
- *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio. Un profilo storico-giuridico*, Città del Vaticano 2015

- NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa ed i problemi dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive del diritto europeo dei contratti*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, MACARIO F. – MILETTI M. N. (a cura di), Milano 2006, pp. 205-232

NEGRO P., *Intorno alle fonti scolastiche in Hugo Grotius*, in *Dalla Prima alla Seconda Scolastica*. Divus Thomas, VIII, 27 (2000), pp. 200-251

NERHOT P., *Il diritto, lo scritto, il senso: saggio di ermeneutica giuridica*, Ferrara 1992

New perspectives on Francisco de Vitoria. Does international law lie at the heart of the origin of the modern world?, BENEYTO J.M. e RÓMAN VACA C. (a cura di), Madrid 2014

NICOLÒ R., *Il Riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, ora in *Raccolta di Scritti*, Milano 1980, pp. 389 ss

Nordic Law between Tradition and Dynamism, HUSA J., NUOTIO K., PIHLAJAMÄKI H. (eds.), Antwerp-Oxford 2007

NÚÑEZ IGLESIAS A., *Arnold Vinnen (Arnoldus Vinnius), [1588-1657]*, in *JU*, II, pp. 352-354

NUZZO M., *Il principio di sussidiarietà nel diritto*, Torino 2015

OERTMANN P., *Der Vergleich im gemeinen Zivilrecht*, Berlin, Heymann, 1895 (rist. Aalen 1969)

OLLIVIER E., *L'Empire liberal*, Paris 1895-1918

OOSTERBOSCH M., *Inventaris van het archief van de Grote Raad voor de nederlanden te Mechelen. Porcesbandels Beroepen uit holland, 1460-1740*, Brussel 2006

ORDOÑEZ V., *Salas*, in C. O'NEILL-J. DOMIGUEZ (eds.), *DHCJ*, vol. 4, Roma-Madrid 2001, p. 3467

ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987

OSLER D., *Desperately seeking Donellus*, in *RJ*, 5 (1986), pp. 58-70

- *A long and Winding Road...*, in *RJ*, 10 (1991), pp. 84-91

- *Jurisprudentia elegantior and the Dutch elegant school*, in *IC*, 23 (1996), pp. 339-354

PADOA SCHIOPPA A., *Dal Code Napoléon al codice civile*, in *Il codice civile, Atti del convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli (Roma 15-16 dicembre 1992)*, Roma 1994 (Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei

- Convegni Lincei, 106), pp. 43-71, anche in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano 1994, e in *RDC*, 39 (1993), pp. 531-555 (senza la bibliografia)
- *Brevi riflessioni sulle fonti del diritto commerciale nella prospettiva storica*, in *Le matrici del diritto mercantile tra storia e tendenze evolutive. Atti del Convegno: Como 18-19 ottobre 2007*, ROSSI S. – STORTI C.S. (a cura di), Varese 2009, pp. 19-32
 - *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2016²
 - *A history of Law in Europe: from the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge 2017
- PALAZZO A., *sub. v. Transazione in DDP*, XIX, Torino 1999, 386-415, spec. 387
- PALMERI A.M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano 2000
- PARINI VINCENTI S., *La dinamica della conflittualità civile: processi e transazioni fra antico regime ed età dei codici*, in DI RENZO VILLATA M.G. (a cura di). *L'arte del difendere: allegazioni, avvocati e storie di vita a Milano tra Sette e Ottocento*, Milano 2007, pp. 601-667
- *La res dubia nella transazione dal Diritto comune ai codici: un problema aperto*, in PADOA SCHIOPPA A., DI RENZO VILLATA M.G., MASSETTO G.P. (a cura di) *Amicitiae Pignus: studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano 2003, pp. 1745-1793
 - *Transactionis causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai codici, I, La dottrina dei secoli XV-XVI*, Milano 2011
 - *La transazione nello ius hollandicum*, in *H@I*, 2 (2012), paper 5, pp. 1-16
 - *Orceoli, Giuseppe*, in *DBGI*, p. 1461
 - 'Omne, quod non est ex fide, peccatum est'. *The relevance of good faith in canonical transactio*, in *Innocent III and his time. From absolute papal monarchy to the Fourth Lateral Council*, BELDA INIESTA J. – NACCI M. (dir.), PENNINGTON K. (prefaced by), 2017, pp. 423-447
 - *Pacta servabo. Riflessioni sulla categoria generale del contratto*, in *SDHI* (2018), cds.
 - 'Quidquid ex testamento petunt scriptum heredem convenire debent'. *Initial comments on the inheritance transaction in the ius commune and the modern era*, in *Succession Law, Practice and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, DI RENZO VILLATA M.G. (edited by), Berlin 2018, cds.
- PECHER, *sub § 779 in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, pt. II, §§ 652-853, München 1986², pp. 1071 ss.
- PENE VIDARI G.S., *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino 2007

- *Circolazione delle conoscenze giuridiche nell'età dei codici*, in RSDI, 81 (2008), pp. 77-110

PÉREZ LUÑO A.E., *Natural Law Theory in Spain and Portugal. The Threads of Natural Law*, CONTRERAS F. (a cura di), Dordrecht 2013, pp. 135-151

PERUZZI P., *Progetto e vicende di un Codice Civile della Repubblica italiana (1802-1805)*, Milano 1971

PETERLONGO M.E., *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936

PETIT C., *Derecho comun y derecho castellano. Notas de literatura juridica para su estudio (siglos XV-XVII)*, in TR, 50 (1982), pp. 157-195

PETRONIO U., *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a general law of contract*, Berlin 1990, pp. 228 e ss.

- *La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, QF, 27 (1998), pp. 83-115
- *Introduzione. Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di procedura Civile del 1806, I codici napoleonici, I, Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del Processo*, Milano 2000, PICARDI N. - GIULIANI A., (a cura di), spec. pp. X-XX
- *Lotta per la codificazione*, Torino 2002
- *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino 2012
- *Influenza del diritto francese in Italia dopo la promulgazione del Code civil*, in MOSCATI L. (a cura di), *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Napoli 2013, pp. 153-174

PINTO LOUREIRO J., *O jurisconsulto Manuel de Almeida e Sousa*, in *Separata do Bol. da Faculdade de Direito*, 18 (1942), 93 ss.

POLACCO V., *Delle obbligazioni (parte generale): del contratto di transazione; lezioni tenute nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1920 – 1921*, Roma Athenaeum 1921

POMIAN P., *L'ordine del tempo*, Torino 1992

POVEDA VELASCO M., *Ordenações Do Reino De Portugal*, in RFDSão Paulo, 89 (1994), pp. 11-57

PRINGSHEIM F., *Zu Diocletian's rescript CI. 2.4.20*, in Synteleia Arangio Ruiz, 2, Napoli 1964, pp. 1121-1123

PUGLIATTI S., *Della Transazione*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, vol. II, p. II, Firenze 1949, pp. 448-480, ora in *Scritti Giuridici 1947- 1957*, Milano 2010, III, p. 28

PUGLIESE G., *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, pp. 225 ss.

- *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi Betti*, III, Milano 1962, pp. 727 ss.

- *Due testi in materia di "res iudicata"*, in *Studi Zanobini*, V, Milano 1965, pp. 491 ss.

- *Giudicato civile (storia)*, in *ED*, XVIII, Milano 1969, pp. 727-785

- *'Res iudicata pro veritate accipitur'*, in *Studi Volterra*, V, Milano 1971, pp. 783 ss.

QUAGLIONI D., *Religio sola est, in qua libertas domicilium conclavit. Coscienza e potere nella prima età moderna*, in *Religious Obedience and Political Resistance in the Early Modern World: Jewish, Christian and Islamic Philosophers Addressing the Bible*, SIMONUTTI L. (a cura di), Turnhout 2014, pp. 33-51

- *«A ciascuno il suo». Libertà religiosa e sovranità in Francesco Ruffinii*, in *Pólemos* (2007), pp. 33- 43

RAAT A.W.G., *Divine Law, Natural Law and Reason in Dutch Jurisprudence: the Rise of Moral Relativism in the Jurisprudence of the Dutch 'Golden Age'*, in *JCS*, vol. 41, issue 3-4 (2005), pp. 1-31

RAMOS-LISSÒN D., *Domingo de Soto*, in *JU*, Vol. II, pp. 160-161

RANIERI F., *Diritto comune e diritto locale nei primi decenni della giurisprudenza del Reichskammergericht*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia d'Europa*, Milano 1980, pp. 71-92

- *From status to profession. The professionalisation of lawyers as a research field in Modern European legal History*, in *JLH*, 10 (1989), pp. 180-190

- *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Wien/New York 2009

REICHARDT N., *Gómez, Antonio*, in *JBL*, p. 252

RENOUX-ZAGAMÉ M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris 2003

- *Domat Jean*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 337-338

REPGEN T., *Grotius redivivus. Die Notwendigkeit einer neuen Übersetzung von "De jure belli ac pacis"*, erläutert am Beispiel der Auswirkung von Willensmängeln und

- nachträglich veränderten Umständen auf die Verbindlichkeit [Berichte und Kritik]*, in *IC*, XXVI (1999), pp. 299-328
- Georg Adam Struve, in *NDB*, 25 (2013), p. 598
 - Stryk, Samuel, in *NDB*, 25 (2013), pp. 606-608
- RITSCHL O., *System und systematische methode in der Geschichte des Wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und der Philosophischen Methodologie*, Bonn 1906
- RIVA I., *La transazione invalida*, Padova 2012
- ROBERTO G.B.S., *Introdução a historia do direito privado e da codificação: Uma analise do novo código civil*, Belo Horizonte 2011³, pp. 59-79
- ROBERTS A.A., *A guide to Voet*, Cambridge 1933
- *A South African legal bibliography, being a bio-bibliographical survey and law finder of the Roman and Roman-Dutch legal literature in southern Africa with an historical chart, notes on all the judges since 1828, and other appendices*, Pretoria 1942
- ROBERTSON H. M., *Aspects of the Rise of Economic Individualism: A Criticism of Max Weber and His School*, Cambridge 1933
- ROBINSON O.F.- FERGUS T.D.- GORDON W.M., *An introduction to European legal history*, Edinburgh 1985
- ROSS F., *Molina, Luis de*, in *JBL*, pp. 449 ss.
- RUGGERI L., *Causa transigendi e transazione su cosa giudicata, nota a Trib. Camerino, 15 luglio 1996*, in *Rass. Dir. Civ.* (1997), pp. 435-454
- *L'irrevocabilità della transazione tra codice del 1865 e ordinamento attuale*, in *La codificazione postunitaria 1865-2015, Atti del workshop-Camerino: 29 ottobre 2015*, pp. 55-61
- RUPERTO S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano 2002
- RÜTTEN W., *Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmer: ein Beitrag zur Methode des Usus modernus pandectarum*, Tübingen 1982
- SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTrDPC*, 20 (1966), pp. 788 ss.
- SAGGESE M. B., *Ulrich Huber [1636-1694]*, in *JU*, pp. 444-446

SARAIVA J. H., *Storia del Portogallo*, Milano 2004

SARZOTTI C., *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, Torino 1995

SAVELLI R., *Diritto romano e teologia riformata: Du Moulin di fronte al problema dell'interesse del denaro*, in MSCG, 23 (1993), pp. 291-324

- *Il libro giuridico tra mercato, censure e contraffazioni. Su alcune vicende cinque-seicentesche*, in BRACCIA R., FERRANTE R., FORTUNATI M., SAVELLI R., SINISI L., *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Milano 2011, pp. 187-305

SCATTOLA M., *Naturrecht als Rechtstheorie: Die Systematisierung der res scholastica in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto* in GRUNERT F., SEELMANN K., *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen 2001, pp. 21-47

- *Domingo de Soto e la fondazione della scuola di Salamanca*, in *Veritas*, v. 54, 3 (2009), Porto Alegre, pp. 52-70

SCHÄFER F.L., *Juristische Germanistik: eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen*, Frankfurt am Main 2008

SCHAMA S., *Il disagio dell'abbondanza: la cultura olandese dell'epoca d'oro*, Milano 1988

SCHOURLEER T.H.L., *Leiden University in the seventeenth century: an exchange of learning*, Leiden 1975

SCHOLZ J.-M., *Correia Teles, José Homem*, JBL, p. 146

SCHNORR VON CAROLSFELD L., *Beiträge zur Lehre vom Vergleich*, Breslau 1929

SCHÖNFELD W., *Jean Domat (1625-1696)*, in ZSS, GA, 57 (1937), p. 691

SCHRAGE E.J.H., *La scuola Elegante olandese*, in SS, 104 (1992), pp. 524-547, ora in ID., *Non quia romanum sed quia ius. Das Entstehen eines europäischen rechtsbewußtseins im Mittelalter*, Goldbach 1996, pp. 315-328

SCHULZE R., *Schilter Johannes*, in HRG, IV (1990), pp. 1405-1409

- *Justus Henning Böhm und die Dissertationen seiner Schüler*, Tübingen 2009

SCHÜSSLER R., *The economic thought of Luis de Molina*, in *A companion to Luis de Molina*, KAUFMANN M. e AICHELE A. (a cura di), Leiden- Boston 2014, pp. 257-288

SCIUMÉ A., *La cultura giuridica italiana fra principi generali del diritto e principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato*, in *Storia, istituzioni e diritto in Carlo Antonio Martini (1726-1800), e altri saggi*, BARTA H., PALLAVER G., ROSSI G., ZUCCHINI G. (a cura di), Trento 2002, pp. 69 e ss

SCIUTO P., *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, in *Labeo*, 46 (2000), pp. 404 ss.

SCOTT J.C., *Domination and the Arts of Resistance. Hidden Transcripts*, New Haven 1990 (trad. it. *Il dominio e l'Arte della resistenza: i 'verbali segreti' dietro la storia ufficiale*, Milano 2006)

SEGRÈ G., *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico* 1926, pp. 417 ss., ora in *Scritti giuridici*, Cortona 1930, pp. 638 ss.

SERIO M., *Note su consideration e causa*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, pp. 385 e ss, spec. 395-396

SEUFFERT L., *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Dogmen-geschichtliche Untersuchungen*, Nordlingen 1881

SOFFIETTI I., MONTANARI C., *Il diritto degli Stati sabaudi: le fonti (secoli XV-XIX)*, Torino 2001

SOLARI G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, Torino 1911
- *Individualismo e diritto privato*, Torino 1959

SOLEIL S., *Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, in MECCARELLI M. - SOLIMANO S. - HAERKAMP H.P. (a cura di), *Percezioni e impieghi del diritto francese come modello giuridico nell'Europa del XIX secolo*, in *Forum Historiae Iuris*, 2005, pp. 1-46, disponibile all'indirizzo <http://www.forhistiur.de/2005-03-soleil/>

- *Ces sages lois quel es autres peuples s'empresment à l'envie d'adopter...'. Le recours à l'étranger dans la formation du concept de 'modèle juridique français'*, in *RHDF*, 86 (2008), pp. 225-244

SOLIMANO S., *Verso il Code Napoléon: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998, pp. 239-279

- *Alle origini del Code de procédure civile del 1806: il progetto Pigeau. Prime note*, in *Studi di storia del diritto II*, Milano 1999, pp. 729-772

- *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I Progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003

- *L'edificazione del diritto privato italiano dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il bicentenario del codice napoleonico* (Roma, Accademia nazionale dei Lincei: 20 dicembre 2004), Roma 2006, pp. 55-88
- *Le rôle de Pigeau dans l'élaboration du Code de procédure civile del 1806*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, To. I, *Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe. Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe*, HAUTEBERT J. - SOLEIL S. (sous la direction des). *Actes du colloque tenu à la cour d'appel de Rennes*: 9 et 10 novembre 2006, Paris 2007, pp. 33-56
- *Bonaparte et les îles Ioniennes. Francisation juridique en difficulté. Notes pour un approfondissement*, in COPPEIN F. - STEVENS F.- WAELKENS L. (a cura di), *Modernisme, tradition et acculturation juridique, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit*: Louvain, 28 mai - 1 juin 2008, in *Iuris Scripta retorica*, 27 (2011), pp. 245-266
- *Imperialismo giuridico francese in difficoltà? (a proposito di Antonio Grilli, Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone, Frankfurt am Main, 2012)*, in *QF*, 42 (2013), pp. 701-717

SOLLA SASTRE M. J., *El gobierno de la especialidad. Personas y cuerpos en movimiento entre España y Ultramar (1850-1885)*, in MECCARELLI M. - PALCHETTI P., *Derecho en Movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, pp. 23-72

SOLLAZZI S., *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *BIDR*, 31 (1921), pp. 51 ss.

SÖLLNER A., *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus Modernus*, in *IC*, II (1969), pp. 167-186

- *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. Neuere Zeit (1500-1800): das Zeitalter des gemeinen Rechts: Wissenschaft, II/1*, COING H., BECK VERLAG C.H. (hsg.), München 1977

STEIN P., *Roman Law in European history*, Cambridge 1999

STINTZING R., *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, Munich-Leipzig 1880, I

STOLFI G., *La transazione*, Napoli 1931

- *Natura giuridica del negozio di accertamento*, Padova 1933

- *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961²

STORTI C., "Aequalitas servanda est in iudiciis". *Il principio dell'uguaglianza delle parti nel processo del diritto comune classico*, in RIDU, 2, anno IV (1991), pp. 376-399

- *Il ritorno alla reciprocità di trattamento. Profili storici dell'art.16, primo comma disp. prel. del codice civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile, Atti del Convegno di Milano: 4-6 giugno 1992*, Vol. II, Comunicazioni, Milano 1993, pp. 501-557

- *Le code Napoléon a-t-il voulu déroger à ces principes. L'ancienne jurisprudence e l'applicazione della disciplina del code Napoléon in tema di domicilio*, in *L'arte del difendere: allegazioni, avvocati e storie di vita a Milano tra Sette e Ottocento*, DI RENZO VILLATA M.G. (a cura di), Milano 2007, pp. 119-163

- *Foedus, Amicitia e societas: Alberico Gentili tra tradizione e innovazione*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552-Londra 1608), Atti dei Covegni nel IV centenario della morte*, vol. II, Milano 2010, pp. 335-376

STOTTER, *Zar Rechtssystematischen Einordnung des 5 779 BGB und des gemeinsamen Motivirrtums*, in JZ, (1963), pp. 163 ss.

STRAUSS G., *Law, Resistance and the State: the Opposition to Roman Law in Reformation Germany*, Princeton 1986

STROHM C., *Ethik im frühen Calvinismus: humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentationen sowie mentalitätsgeschichtliche Aspekte am Beispiel des Calvin-Schülers Lambertus Danaeus*, Berlin-New York 1996

- *Recht und Jurisprudenz im reformierten Protestantismus 1550-1650*, in ZSS.KA, 92 (2006), pp. 453-493

TAMAYO HAYA S., *El contrato de transacción. Principales líneas de su evolución histórica*, in ADC, 57, n. 3 (2004), pp. 1105-1146, spec. pp. 1130-1131

TARELLO G., *La 'Scuola dell'Esegesi' e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano 1969, pp. 239-276, ora in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 69-101

- *Sistemazione e ideologia nelle Loix Civiles di Jean Domat*, in MSCG, 2 (1972), pp. 125-157

- *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna 1976

TARUFFO M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980

- TEISSIER-ENSMINGER A., *Le droit privé en toute privauté: trois illustateurs du Code civil français*, in *RRJ*, 1 (1994), pp. 29-46
 - *La fortune esthétique du Code Civil des Français*, Paris 2004
- TERRÉ F., *Inestimabile code civil*, in AA.VV., *1804-2004. Le Code civil....Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004
 - *Persistenza del passato. Previsione del futuro in Il bicentenario del codice napoleonico* (Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 20 dicembre 2004), Roma 2006
- THIEME H., “*Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?*” in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio. Atti: Firenze 16-19 ottobre 1972*, GROSSI P. (a cura di), Firenze 1973, pp. 7-21
 - *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, Köln-Wien 1986, Bd. 2, pp. 908-922
- THIREAU J.L., *Du Moulin (Du Molin, Dumoulin, Molinaeus) Charles*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 276-278
 - *Pothier, Robert-Joseph*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 832-835
 - *Aux origines des articles 1217 à 1225 du Code civil: l'extricatio labirinti dividui et individui de Charles du Moulin (1500-66)*, in *TRG*, 15 (1983), pp. 51-109
 - *Le comparatisme et la naissance du droit français*, *RHFD*, 10-11 (1990), pp. 153-191
- THOMAS P., *Usus Modernus Pandectarum a spurious transaplant*, in *RIDA*, XLVII (2000), pp. 483-496
 - *The application of Roman law in Modern South Africa Law*, in *TSDP*, III (2010), pp. 1-32
- TODESCAN F., *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova 2004²
 - *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Milano 2014
- TREGGIARI F., *Profili storici della transazione*, in *SS*, 104 (1992), pp. 304-378
 - *Transazione (diritto intermedio)*, in *ED*, XLIV, Milano 1992, pp. 790-813
- TROJE H.E., *Gregor Haloander*, in *JU*, II, pp. 177-180

TROMBETTA A., Freedom of contract, *ascesa e caduta di un principio*, in *RDC*, II (1984), pp. 155-172

TULARD M.-J., *Code de procédure civile (1806)*, in *Dictionnaire Napoléon*, Paris 1995

VALDÉS SANCHEZ R., *La transacción: solución alternativa de conflictos*, Bogotá 1997

VALLEJO M.S., *La codificación civil española y las fuentes del derecho*, in *AHDE*, 82 (2012), pp. 11-37

VALSECCHI E., *La 'Res Dubia' nella transazione*, *RDPC*, 15 (1937), pp. 220 e ss, spec. pp. 244-245
- *Transazione e negozio d'accertamento*, in *RDCo*, 1 (1944), pp. 181 e ss.

VAN CAENEGEM R., *Le droit romain en Belgique*, in *IRMAE*, pars V, b, Mediolani 1966
- *Introduzione storica al diritto privato*, ASCHERI M. (ed. it. a cura di), Bologna 2004

VAN DEN AUWEELE D., *Lovanium Docet. Geschiedenis van de Leuvense Rechtsfaculteit (1425-1914)*, VAN DIEVOET G. et alii (a cura di), Leuven 1988, pp. 60-63

VAN DEN BERGH G.C.J.J., *The life and the work of Gerard Noodt (1647-1725). Dutch legal scholarship between humanism and enlightenment*, Oxford 1988
- *Palingenesia in the Dutch Elegant School*, in *TR*, 65 (1997), pp. 71-84
- *Die holländische Elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main 2002
- *Gerard Noodt [1647-1725]*, in *JU*, II, pp. 467-471
- *Simon Groenewegen van der Made (1613-1652), Petrus de Greve (1621-1677) and law teaching in Nijmegen*, in *ZNR*, 24 (2002), n. 3, pp. 273-289

VAN HOUDT T –DECOCK W., *Leonardus Lessius: traditie en vernieuwing*, Antwerpen 2005

VAN HOUDT T., *Leonardus Lessius over lening, intrest en woeker, De iustitia et iure, lib. 2, cap. 20: editie, vertaling en commentaar*, Brussel 1998

VAN NIEKERK J.P., *An Introduction to and some Perspectives on the Sources and Development of Roman-Dutch Insurance Law with Appendices containing the more important Roman-Dutch Insurance Legislation*, Pretoria 1988

VAN OVEN J.C., *Le droit romain aux Pays Bas* in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*: Bologna, Aprile 1933, Pavia 1935, II, pp. 25-55
- *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948³

- *Hugo de Groot's «Inleiding» als Lehrbuch des römischen Rechts*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in onore di Paolo Koschaker*, I, Milano 1954, pp. 269-287
- VAN RHEE C.H., *Paratitula iuris novissimi, dat is, een kort begrip van het Rooms-Hollandts-reght*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, DAUCHY S., MARTYN G., PIHLAJAMÄKI H., WUFFELS A. (eds.), Heidelberg-New York 2016, pp. 91-94
- VAN SULL C., *Léonard Lessius de la Compagnie de Jésus (1554–1623)*, Louvain-Paris-Bruxelles 1930
- VAN WARMELO P., *Roman Law and the old authorities on roman-dutch law*, in *Acta Juridica*, 1961, pp. 38-57
- VARELA A., *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida 1955
- VEEN T., *Recht en nut: studien over en naar aanleiding van Ulrick Huber (1636-1694)*, Zwolle 1976
- *Interpretations of Inst. 1.2.6, D. 1.4.1. and D. 1.3.31: Huber's Historical, Juridical and Political-Theoretical reflections on the lex regia*, in *TR*, 53 (1985), pp. 357-377
- VERVAART O.M.D.F., *Studies over Nicolaas Everaerts (1462-1532) en zijn Topica*, Arnhem 1994, pp. 3-25
- VISAGIE G.G., *The law applied at the Cape from 1652 to 1828*, in *Miscellanea Forensia historica*, Amsterdam 1988, pp. 325-343
- VISKY K., *Appunti sull'origine della lesione enorme*, in *Iura*, 2 (1961), pp. 40 ss.
- *La lesione enorme nel pensiero di Bartolo*, in *Studi Senesi* 84 (1972), pp. 402-426
- VISSER C., *The principle pacta servanda sunt in Roman and Roman-Dutch Law, with specific reference to contracts in restraint of trade*, in *SALJ*, 101 (1984), pp. 641-655
- VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano 1936
- *La 'res dubia' e lite incerta nella transazione*, in *RDPC*, XV (1937), parte I, p. 235
- *Ancora sulla res dubia e lite incerta nella transazione*, in *RDP*, II (1947), pp. 125-129
- VOELTZEL R.-F., *Jean Domat, 1625-1696. Essai de reconstitution de sa philosophie juridique précédé de la biographie du jureconsulte*, Paris 1936

VOLPI ROSSELLI G., *Il progetto di Codice di Procedura Civile del regno d'Italia (1806)*, Milano 1988

VON BATH S., *Agriculture in the Vital Revolution*, in *The Cambridge Economic History of Europe*, vol. V: *The Economic Organization of Early Modern Europe*, RICH E.E. - WILSON C.H. (eds.), Cambridge 1977

WAELEKENS L., *Nicolaas Everaerts, un célèbre méconnu du droit commun (1463/4-1532)*, in *RIDC*, 15 (2004), 173-183

WALLINGA T., *Johannes van der Linden and his draft code for Holland*, in *FUNDAMINA*, 16. 1 (2010), *editio specialis LT*, pp. 563-577
 - *The common history of european legal scholarship*, in *Erasmus Law Review*, 4.1 (2011), www.erasmuslawreview.nl

WATSON A., *The making of the civil law*, Harvard University Press 1991

WELLELS J.W., *History of Roman-Dutch Law*, African Book Company, Grahamstown; Cape Colony 1908¹, ora Cape Town 2005

WESENER G.- WESENER G., *Storia del diritto privato in Europa*, CAPPELLINI P. e DALBOSCO M.C. (a cura di), Padova 1999

WESENER G., *Die privatrechtlichen Normen des Usus Modernus*, in *IC*, 30 (1987), pp. 279-297

- *Ius romano-germanicum-zur rechtsquellenlehre des Usus modernus Pandectarum*, in *FUNDAMINA* 20 (2) 2014, pp. 1031-1041

WESSELS J.W., *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown 1908¹, ora Cape Town 2005

WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967² (trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, SANTARELLI U. e FUSCO S. (a cura di), Milano 1980)

WIJFFELS A., *Qui millies allegatur. Les allégations du droit savant dans le dossiers du Gran Conseil de Malines (cause septentrionales, ca. 1460-1580)*, Leiden 1985, 2 voll.

- *Einflüsse der Doktrin auf die gerichtliche Argumentationspraxis in der frühen Neuzeit*, in *IC*, 30 (1987), pp. 371-386

- *French Civil Procedure (1806-1975)*, in *European Traditions in Civil Procedure*, VAN RHEE C.H. (ed.), Antwerp-Oxford 2005, pp. 25-47
- *Dutch litigation before the Great Council of Mechlin. An additional calendar of the 'Appeals from Holland'*, in *TR*, 77 (2009), pp. 481-497

WILSON C.H., *La repubblica olandese*, Milano 1968

WINKEL L., *Some remarks on Groenewegen's De legibus abrogatis and the reception of the roman law of sale*, in *FUNDAMINA*, 8 (2002), pp. 270-274

ZIMMERMANN R., *The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990

- *Römisch-hollandische Recht – ein Überblick*, in FEENSTRA R. - ZIMMERMANN R. (hrsg.), *Das römisch-holländische Recht Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, pp. 9-58, spec. pp. 36 e ss.

ZWEIGERT K. - KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato, I, Principi Fondamentali*, MAJO A. e GAMBARO A. (ed. it. a cura di), Milano 1992

INDICE DELLE FONTI

ACCURSIO,

Glossa in Digestum Vetus, Venetiis, per Baptistam de Tortis, 1488 (rist. anast. Augustae Taurinorum 1969)

gl. *qui transigit*, D. 2.15.1, *de transactionibus*, 45v

ALCIATO A.,

Codicis Iustiniani titulos aliquot Commentaria, quos pagina sequens indicat..., To. IV, Lugduni, Petrus Fradin excudebat, 1560

Comm. ad C. 2.4.20 *de transactionibus*, l. *non minorem*, n. 2, 84v

ANSELMO A.,

Codex Belgicus seu jus edictale a principibus Belgarum sancitum ofte de nederlandsche, nieuwe soo gheestelycke, als wereltlycke rechten, ghetrocken uyt de vier placcaet-boecken, tot gendt, ende antwerpen, uytgegeven, Antwerpen, by Petrus Bellerus, 1649

ANTONIO N.,

Bibliotheca Hispana nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV. Floruere notitia, To. I, Matriti, apud Joachimum de Ibarra Typographum regium, 1783 (rist. anast. Madrid 1996)

To. I, sub. v. *D. Emmanuel Roman Valeron*, 356

ARNDTS K.L.,

Lehrbuch d. Pandektenrechts, Munchen, Literarisch-artistische Anstalt der I. G. Cotta, 1859 (trad. it. *Trattato delle Pandette del Cav. Lodovico Arndts, Professore di diritto romano dell'università di Vienna, Prima versione italiana sulla settima edizione tedesca arricchita di copiose note, appendici e confronti*, di Filippo Serafini, Professore di Pandette nella R. Università di Roma, Direttore dell'Archivio Giuridico, Bologna 1872

AUBRY C. ET RAU C.,

Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae par MM. Aubry et Rau, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence Cosse, Marchal et C^{ie}, Imprimeurs-Éditeurs, 1871

Vol. IV, § 418, *Notion de contrat*, 656

AZZONE,

Summa super Codicem, Papie, per Bernardinum & Ambrosius frates de Rouellis, 1506 (rist. anast. Augustae Taurinorum 1966)

Lib. II, *De transactionibus*, 26

Lib. II, *De transactionibus*, n. 7, 27

BÄHR O.,

Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund: civilistische Abhandlung, Liepzig, Scientia, Aalen 1855

BALDO DEGLI UBALDI

In Primum, Secundum et Tertium Codicis libros commentaria. Summo studio et labore collatis exemplaribus innumeris prope mendis purgata. Hac postrema editione omnia sunt suis locis appositissime reposita: additio tractatu de pactis et de constituto, Lugduni, ex typographia Michaelis Goy, 1585
Comm. ad C. 2.4.28, *de transactionibus*, l. sive *apud acta*, 136v-137r

BASEVI G.,

Annotazioni pratiche al codice civile austriaco, Milano, presso Domenico Bolchesi Librajo-Editore, 1855

BEKKER E.I.,

System des heutigen Pandektenrechts, Weimar, Bohlau, 1886-1889

BENEDICTUS DIACONUS,

Capitularium collectio, in *Patrologiae cursus completus sive biblioteca universalis, integra uniformis, commoda, oeconomica, omnium SS. Patrum, doctorum scriptorumque ecclesiasticorum qui ab aevo apostolico ad usque Innocentii III tempora floruerunt ...Series Latina. Tomus XCVII*, Parisiis 1851
n. 5, coll. 705

BESOLD C.,

Thesaurus practicus, continens explicationem terminorum atque clausularum, in aulis et dicasteriis usitatarum, Tubingae, apud Philibertum Brunnium, 1629
n. 12, *Vergleichen/vertragen*, 804

BOCER H.,

Commentarii in celebrem l. Contractus, 23 ff. de regulis iuris quibus de contractibus et pactis, eorumque conditionibus et effectibus, Spira, Typis Bernardi Albini, 1587
Cap. 1, n. 1, 4
Cap. 1, n. 4, 17
Cap. I, n. 7, 35

BÖHMER J.H.,

Exercitationes ad Pandectas in quibus praecipua Digestorum capita explicantur, antea sigillatim editae, nunc coniunctim secundum ordinem Pandectarum digestae, et indice instructae, Hanoverae-Gottingae, apud Iohannem Wilhemum Schmidt, 1745
To. I, *Exerc. X, De iniusta theoriae et praxeos oppositio*, 357-390

Encyclopedie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers,
DIDEROT D.

et LE ROND D'ALEMBERT J. (editee), Paris, chez Briasson- David-Le Breton- Durand, 1751

To. XVI, v. *Transaction*, BOUCHER D'ARGIS A.G. (cur.), 544-545

BRONCHORST E.,

Enantiofanon, Centuriae Sex, Hardervici, apud Joannem Tollium, Academiae typographum, 1652
Centuria I, Assertio XXXIX, 49-51

BUCHEZ P.- BENJAMIN P.-J.,
Histoire parlementaire de la Révolution française, ou Journal des assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815: contenant la narration des événements... précédée d'une introduction sur l'histoire de France jusqu'à la convocation des États-Généraux, Paris, Paulin Libraire, 1834-1838, consultabile on line <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb312626069>

CAROZZI G.,
La vera teorica dei contratti, discussa secondo la lettera e lo spirito del codice generale austriaco ed applicata ai casi di controversia più frequenti che nascono nelle private contrattazioni. Commentario teorico-pratico del giureconsulto ed avvocato Giuseppe Carozzi di Milano, Milano, presso l'Editore Giuseppe Pogliani, 1824
Delle cose naturali ed accidentali, Art. 2, spec. 9-20

CARPZOV B.,
Practicae novae imperialis Saxonicae Rerum Criminalium Quaestionum. Pars I, Wittebergae, sumptibus haeredum Tobiae Maevii, et Elerdi Schumacheri, Francofurti, typis Balthas. Christophori Wustii, 1684
Quaest. CXLIIX, Quatenus transactio cum parte offensa inita, nobilitas rei delinquentis, et delicti incertitudo mitigent poenam, 385-390

CHRISTIANAEUS P.,
Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones, Antverpiae, apud Hieronymvm et Ioannem Baptistam Verdussen, 1661
 Vol. II, Tit. IV, *De transactionibus*, dec. XCVI, *De transactione et in quibus ea fieri possit et admittitur*, 97-98
 Vol. II, Tit. IV, *De transactionibus*, dec. XCVII, *An lites transactione finitae resuscitari possint*, 98-99

COELHO DA ROCHA M.A.,
Instituições de Direito Civil Portuguez. Tomo II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886
 p. 588

- *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, para servir de introdução ao estudo do direito patrio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1851

CONNAN F.,
Commentariorum juris civilis libri decem, Neapoli, ex officina typographica Antonii Tivano, 1724

Cap. II, nn. 1-2, 326-327

CORREIA TELLES J.H.,
Commentario Critico a lei da Boa Razão em data de 8 agosto de 1769, Lisboa, Tip. de M.P. de Lacerda, 1824

- *Digesto portugues ou tratado dos direitos e obrigações civis, accommodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil. Tomo I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1835 [opera digitalizzata nella biblioteca digitale ARDIES - <http://www.fd.unl.pt/>] (trad. it. *Digesto Portugues o il Trattato di Diritti e Obblighi civili accolti alle leggi e alle abitudini della Nazione Portoghese per fungere da sovvenzione al nuovo Codice Civile, Tomo I*, Lisboa 1909)
 pp. 158-161

CUJAS J.,
In praestantissimi operum priorum quam de iure fecit, tomus II seu Paratitla in libros Codicis Iustiniani, Lutetiae Parisiorum, impensis societatis typ. librorum officii ecclesiasticii, 1658
Paratitla in Lib. II, IV de transactionibus, 52

DALLOZ D.,
Jurisprudence générale. Répertoire methodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en droit matière civile, commerciale, criminelle, administrative, de droit de gens et de droit public, Nouvelle édition, Paris, au Bureau de la Jurisprudence Générale, 1861 (trad. it. *Giornale delle udienze della Corte di Cassazione e delle corti reali, ovvero Giurisprudenza generale di Francia in materia civile, commerciale, criminale, amministrativa e di diritto pubblico, opera del Signor Dalloz Avvocato presso la Corte di Cassazione... versione italiana per cura di D. N. Comerci*, Napoli, dalla Tipografia dell'Ateneo, 1833, To. XII)
 To. XLII, Pars I, sub. v. *Transaction*, Art. 1, n. 2, 638
 To. XLII, Pars I, sub. v. *Transaction*, Art. 4, n. 42, 650
 To. XLII, Pars I, sub. v. *Transaction*, Art. 5, n. 70, 653
 To. XLII, Pars I, sub. v. *Transaction*, Art. 8, n. 136, 667
 To. XLII, Pars I, sub. v. *Transaction*, Art. 8, n. 170, 677

DE ALMEIDA E SOUSA M. (LOBÃO),
Notas de uso práctico e críticas, addições, e remissões sobre todos os titulos e todos os do livro primeiro das Instituições do direito civil lusitano do doutor Pascoal José de Mello Freire, 4 voll., Lisbona, Na Impressão Régia, 1816

- *Tractado pratico e critico de todo o direito emphyteutico conforme a legislação e costumes d'este reino e uso actual das nações*, tomo II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857 p. 4

DE GHEWIET G.,
Précis de Institutions du droit belgique, Lille, de l'imprimerie de Charles-Maurice Cramé, 1736

DE GROOT H.,

Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid, met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver en met verwijzingen naar zijn andere geschriften uitgegeven en van aantekeningen voorzien, door DOVRING F., FISCHER H.F.W.D. e MEIJERS E.M., Leiden 1965²

- *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e libro primo*, ARICI F. e TODESCAN F. (a cura di), FASSÒ G. (introduzione di), Padova 2010

DE LIZ TEIXEIRA A.R.,
Curso de direito civil portuguez para o anno lectivo de 1843-1844 ou Commentario ás instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito, Parte segunda divisão 2.ª do direito das cousas com relação á propriedade illimitada, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1848
 p. 52

DE LUGO J.,
Disputationum de justitia et jure, Lugduni, sumptibus Philippi Borde, Laurenti Arnaud, et Claudii Rigaud 1652

DE MALEVILLE J.,
Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, Paris, Garnery-Laporte, 1807 (*Analisi ragionata della discussione intorno al Codice Civile...traduzione italiana del signor Giorgio Ricchi*, Milano, dalla tipografia di Francesco Sonzogno, 1808, To. X)
 To. XIV, Liv. III, Tit. XV, *Des transactions*, Art. 2044, 128
 To. XIV, Liv. III, Tit. XV, *Des transactions*, Art. 2053, 134

DE MELLO FREIRE P.J.,
Instituições de Direito civil português tanto público como particular Livro IV Das Obrigações e acções, DE MENESES M.P. (traduzione di), in *BMJ*, 168 (1967), pp. 27-165

DE MOLINA L.,
De Iustitia et iure, De contractibus, Madrid, apud Sessas, 1614
 Tract. II, Disp. 257, nn. 1-4, 11
 Tract. II Disp. 347, n. 3, 231-234

DE MONTALI M.,
Analyse des Pandectes de Pothier, en français: servant aussi de table analytique et alphabétique des matières, également applicable au digeste, Librairie Nationale et Étrangère, Paris 1824
 2, 280

DE SALAS J.,
Commentariis in Secundam Secundae D. Thomae De contractibus, Lugduni, sumptibus Horatij Cardon, 1617

DERNBURG H.,
Pandekten. Zweiter Band. Obligationenrecht, Berlin, Berlag von S.B. Rüller, 1903 (trad. it. *Pandette*, CICALA F.B. (a cura di), Torino 1903)

DOMAT J.,
Les Loix civiles dans leur ordre naturel; Droit public et Legum delectus. Par M. Domat, Avocat du Roi au Siège Présidial de Clermont en Auvergne, Nouvelle édition, revue, corrigée, et augmentée des Troisième et Quatrième Livres du Droit Public, par M. de Hericourt, Avocat au Parlement. Des notes de seu M. de Bouchevret, ancien Avocat au Parlement, sur le Legum delectus. De celles de MM. Berroyer et Chevalier, ancien Avocat au Parlement, et du Supplément aux Loix Civiles, de M. de Jouy, Avocat au Parlement, rangé à sa place dans chaque article, Paris, Chez Nyon aîné, Libraire, 1777
 Liv. I, Tit. I, *Des conventions en general*, Sec. II, n. 2, 21
 Liv. I, Tit. I, *Des conventions en general*, Sec. II, n. 3, 21
 Liv. I, Tit. I, *Des conventions en general*, Sec. II, n. 23, 24
 Liv. I, Tit. II, *Du contrat de vente*, Sec. XII, n. 13, 58
 Liv. I, Tit. XIII, *Des Transactions*, Sec. I, n. 1, 146
 Liv. I, Tit. XIII, *De transactions*, Sec. I, n. 2, (b), 147

- *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum Scholae et Fori. Accedunt singulis legibus suae summae earum sententiam brevis complexae*, Editio secunda, Amstelaedami, ex officina Wetsteniana, 1703 (trad. it. *Scelta di leggi*, Venezia, co' tipi di Antonio Bazzarini & co., 1834)
 Liv. I, Tit. XIV, *De pactis*, II, 28
 Liv. I, Tit. XIV, *De pactis*, IV, 28
 Liv. I, Tit. XV, *De transactionibus*, XII, 35
 Liv. I, Tit. XV, *De transactionibus*, XIV, 35

DONEAU H.,
Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Biturigibus, excudebat Petrus Bouchierius, 1572
 175-176
 177

DUAREN F.,
Opera Omnia, Lucae, Typis Josephi Rocchii, 1765
 To. I, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, Cap. VII, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 95-112
 To. I, Lib. V, Tit. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Cap. VIII, *De foro competentis, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 300-311

- *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*, Parisiis: ex typis Dondey-Dupré, 1818 (trad. it. *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine*)
 Lib. II, Tit. XV, sect. I, Art. I, 122, nt. 1,

DU MOULIN C.,

Nova et analytica explicatio Rubricae et legum. 1 & 2, De verborum obligationis uberrimis lectionibus tam Tubingensibus quam Dolanis et mox sequitur extricatio labyrinthi dividui et individui ejusdem authoris, Lugduni, apud Claudium Sennetonium, 1562

Rubr. *De verborum obligationis*, n. 42, 19

Rubr. *De verborum obligationis*, n. 58, 25

- *Extricatio labyrinthi dividui et individui, cum nova et analytica tam in theoria, quam in praxi declaratione legum omnium eius materiae*, Lugduni, apud Claudium Sennetonium, 1562

DURANTON A.,

Cours de droit français, suivant le code civil par M. Duranton, Paris, G. Thorel-E. Guibert, 1844 (trad. it. *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, LIBERATORE P. (a cura di), Napoli, 1844)

Vol. XVIII, n. 535

ELIOT T.S.,

Tradition and individual talent, in *The Egoist*, Part I, Vol. 6, n. 4 (Sept. 1919), p. 55

ELLINGER G.,

Manuale di diritto civile austriaco, (trad. it. sulla IV^a ed. tedesca a cura di ROTONDI G.), vol. I, Milano coi tipi di A. Arzioni e C., 1853

§1380, 350

FABROT C.A.,

Τῶν Βασιλικῶν βίβλια, in *VII tomos divisi*, To. I, Parisiis, Sebastiani Cramoisy Architypographi regis et reginae regentis et Gabrielis Cramoisy, 1647

De transactione et errore calculi, 770

FENET PH. A.,

Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Paris, Videcoq Libraire, 1827 (rist. anast. Osnabrück 1968) (trad. it. *Motivi, rapporti e discussioni che si fecero al corpo legislativo francese per la formazione del codice Napoleone. Traduzione italiana col testo del codice in originale francese*, Milano, Tipografia di Francesco Sonzogno di G. , 1805-1807)

To. I, *Discours devant le Corps-Législatif à l'occasion de la nouvelle édition du Code*, 22 août 1807, CXIX e ss.

To. I, *Premier project de Cambacérés*, Liv. III, *Des contrats*, Tit. I, *Des obligations*, Pars I, § I, *Des Causes des obligations*, c. 2, 65

To. I, *Premier project de Cambacérés*, Liv. III, *Des contrats*, Tit. I, *Des obligations*, Pars I, § I, *Des Causes des obligations*, c. 4, 65

To. I, *Discours preliminaire sur le troisieme projet prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq Cents*, Messidor an IV, 140-176

To. I, *Troisieme projet du Code Civil*, Liv. I, *Des Personnes*, Tit. I, *De l'Etat Civil*, § I, Art. 1, c. 3, 178

To. XV, Liv. III, Tit. XV, *De transactions. Discussion du Conseil d'État*, (*Procès-verbal de la séance du 15 ventose an XII- 6 mars 1804*), 91-99

To. XV, Liv. III, Tit. XV, *De transactions. Communication officielle a la section de legislation du tribunal*, 99-100

To. XV, *Rédaction définitive du Conseil d'État* (*procès-verbal de la séance du 22 ventose an XII- 13 mars 1804*), 100-103

To. XV, Liv. III, Tit. XV, *De transactions. Présentation au Corp Législatif et exposé de motifs*, par. M. Bigot-Préameneu, art. 2051, 108

To. XV, Liv. III, Tit. XV, *De transactions. Rapport fait par le Tribun Albisson*, art. 2044, 113

To. XV, Liv. III, Tit. XV, *De transactions. Rapport fait par le Tribun Albisson*, art. 2048, 117

To. XV, Liv. III, Tit. XV, *De transactions. Rapport fait par le Tribun Albisson*, art. 2052, 118

To. XV, *Discussion devant le Corps Législatif, discours prononcé par le Tribun Gillet*, 125-129

FERRAROTTI V.T., *Commentario Comparato al codice civile italiano*, vol. XI, Torino 1874

p. 176

FERREIRA BORGES J.,

Diccionario juridico-commercial, 2.^a ed., Porto 1856, p. 337, sub. v. *razão escripta*

FONTANA A.,

Amphitheatrum legale seu bibliotheca legalis amplissima, in qua recensetur omnes auctores cum omnibus eorum operibus in iure editis, et in qua datur etiam fedes praecisa abecedario indice designata omnium, et quarumcumque rerum verborum et materiarum, quae in corpore iuris pontificij, et Caesarei ac in supradictorum authorum operibus tam ex profelso, quam sparsim sed fuse pertractantur. Quinque partibus divisa, Parmae, Typis Iosephi ab Oleo et Hippolyti Rosati, 1688 (rist. anast. Torino 1961)

To. I, Pars II, sub. v. *Valeron Hispani*, col. 383

FUCHSII J.,

Introductio in processum Holsaticum: variis recessuum judicialium, contractum, testamentorum, pactorum, dotalium &c. dispositionibus & formulis illustrata ...accessit propter affinitatem materiae Erii Mauriti ... Introductio in praxin forensem, Kilonii, sumptibus Johannis Sebastiani Riechelii, typis Joachimi Reumanni, 1696

2-5

GIASON DEL MAINO,

In primam, secundam, Codicis partem commentaria, Venetiis, apud Iuntas, 1590

Comm. ad C. 2. 4. 10 *de transactionibus*, l. *fratris tui*, 100, n. 2

GLUCK C. F.,

Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia, Direttori Filippo Serafini e Pietro Cogliolo, Libro Primo, Tradotto e annotato da Contardo Ferrini, Professore nell'Università di Messina, Milano, Vallardi Editori, 1888
II, § 345

GÓMEZ A.,
Variae resolutiones juris civilis, communis et regii, tomi tribus distinctae...editio novissima, cui praeter additiones Emanuelis Soarez a Ribeira, accesserunt illustrationes, sive additiones Joannis de Ayllon Laynez in cujusque capitis appositae, cum indice generali, Matriti, typis D. Gabrielis Ramirez, 1768
To. II, *De contractibus*, Cap. VIII, *De contractibus innominati*, n. 4, 623
To. II, *De contractibus*, Cap. VIII, *De contractibus innominati*, n. 5, 624

GROENEWEGEN VAN DER MADE S.,
Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, Lugduni Batavorum, apud Davidem Lopez de Haro et Franciscum Moyardum, 1649
Proemium, n. 3, 2
Proemium, n. 18, 3
Pars I, *Imp. Iustiniani Institutiones*, Lib. IV, Tit. 6, *De actionibus*, n. 1, 57
Pars I, *Imp. Iustiniani Institutiones*, Lib. IV, Tit. VI, *De actionibus*, n. 2, 57
Pars II, *Ad Digesta*, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, l. 7, post § si fideiussor, nn. 2-3, 94
Pars II, *Ad Digesta*, Lib. XIX, Tit. III, *De aestimatoria*, l. 5, 182
Pars II, *Ad Digesta*, Lib. XLV, Tit. I, *De verborum obligationibus*, l. 1, 301
Pars II, *Ad Digesta*, Lib. L, Tit. XVII, *De regulis iuris*, l. 43, *Nemo ex his*, 377
Pars III, *Quae est ad Codicem*, Lib. II, Tit. III, *De pactis*, l. 10, *legem*, 424
Pars III, *Quae est ad Codicem*, Lib. II, Tit. IV, *De transactionibus*, l. 42, *de falsis*, 427

HEIMBACH C.G.E.,
Basilicorum libri LX, Lipsia 1833
Bas. 11.2.1

HEINECCIUS J. G.,
Elementa juris germanici tum veteris, tum hodierni ex genuinis principiis eruit et commoda auditoribus methodo adornavit Io. Gottl. Heineccius. Editio secunda et tertia, Halae, Impensis Orphanotrophei, 1746
XXXIV-XXXV

- *Historia juris civilis romani ac germanici*, Neapoli prostant Venetiis, apud Jo. Baptistam Pasquali, 1764
Lib. II, Cap. III, § LV, 370

HOTMAN F.,

Epitomatorum in Pandectas Libri XXII, in *Franc. Hotmani iurisconsulti Operum tomus primus[-tertius]: quorum quaedam noua, pleraque renouata & aucta: adiecti sunt indices duo, vnus titulorum, alter rerum verborumque memorabilium: catalogum librorum qui editione hac exhibentur pagina XXIV indicabit*, Lugduni, sumptibus Haeredum Eustathij Vignon et Jacobi Stoer, 1599

To. I, pars I, Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, n. 3g, 82

To. I, pars I, Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, n. 4, 83-84

- *Disputationum iuris civilis*, in *Franc. Hotmani iurisconsulti Operum tomus primus[-tertius]: quorum quaedam noua, pleraque renouata & aucta: adiecti sunt indices duo, vnus titulorum, alter rerum verborumque memorabilium: catalogum librorum qui editione hac exhibentur pagina XXIV indicabit*, Lugduni, sumptibus Haeredum Eustathij Vignon et Jacobi Stoer, 1599

To. I, pars I, *Disputatio De transactionibus*, Caput I, n. 4, 644-645

To. I, pars I, *Disputatio de transactionibus*, n. 14, 648

- *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis*, in *Operum* (To. II, Pars II), Lugduni, Héritiers d'Eustache Vignon et Jacob Stoer, 1599

De transactionibus, lib. Cod. II, 304c

De transactionibus, lib. Cod. II, 304d

HUBER U.,

Eunomia Romana, sive Censura Censurae Juris Justinianae, continens examen praecipuorum juris locorum, secundum Pandectas et Institutiones, Franequerae: apud Leonardum Strickium, 1700

Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, l. *Controversia*, 123-126

- *Praelectionum Juris Civilis tomus tres secundum Institutiones et Digesta Justiniani. Accedunt Christiani Thomasiae Jcti Additiones et Luderi Menckii Jcti Remissiones ad jus Saxonicum. Ac Judoci Le Plat Jcti Adnotationes*, Neapoli, expensis Iosephi et Ioannis Roland fratrum, 1784

To. I, Lib. III, Tit. XVI, *De verborum obligationibus*, (a), 293

To. I, Lib. III, Tit. XVI, *De verborum obligationibus*, n. 2, 294

To. I, Lib. IV, Tit. VI, *De Actionibus*, n. 2 (b), 391

To. I, Lib. IV, Tit. VI, *De Actionibus*, n. 4, 392

Index Librorum prohibitorum (1559)

Auctorum et Librorum, qui ab Officio Sanctae Romanae et universalis Inquisitionis caueri ab omnibus et singulis in universa Christiana Republica mandantur, sub censuris contra legentes, vel tenentes Libros prohibitos in bulla, quae lecta est in Coena Domini expressis et sub alijs poenis in decreto eiusdem sacri officij contentis, Romae, ex Officina Saluiana, 15 Mens, Feb. 1559

pocket facsimile edition (1980). Houghton Library: Harvard University Press. Retrieved July 9, 2008 vd. <http://www.aloha.net/~mikesch/ILP-1559.htm>

Índice geral das obras de Manuel de Almeida e Sousa Lobão, DE ALMEIDA NOVAIS E SOUSA J. (a cura di), Lisboa, Impressão Régia, 1829

ISIDORO DI SPAGNA,
Concilium Carthaginense quartum, in *Concilia Africae: a. 345-a. 525*, MUNIER C. (a cura di), Turnholti 1974
 XXV coll. 202
 LIX coll. 204

Justiniani Augusti Pandectarum. Codex Florentinus, CORBINO A.– SANTALUCIA B. (curr.), I, Firenze 1988
 I, 52v

LAURENT F.,
Principes de droit civil, Bruxelles, Bruylant Christophe & co - Paris^{ème}, A. Durant et Pedone Laurient, 1877, ora disponibile in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5808794w/f329.image> (trad. it. *Principi di diritto civile: Prima traduzione italiana proseguita a cura di Alberto Marghieri, con raffronti ed appendici contenenti la legislazione e la giurisprudenza italiana. Volume XXVIII, disp. 348-353*, Milano: Dottor Leonardo Vallardi Editore, 1886)
 To. XXVIII, Tit. XVI (Tit. XV du Code Civil), *Des transactions*, Ch. I^{er}, Sec. I, n. 322, 328
 To. XXVIII, Tit. XVI (Tit. XV du Code Civil), *Des transactions*, Ch. I^{er}, Sec. I, n. 324, 330

LAUTERBACH W.A.,
Collegii theoretico-practici a libro primo Pandectarum usque ad vigesimum. Pars prima, Tubingae, sumptibus Johannis Georgii Cottae, 1744
 Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, IV, 234
 Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, IX, 236
 Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, X, 236
 Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, XXVI, 244

LOCRE J.G.,
La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire de complément des codes français, To. XV, Paris, Treuttel et Würtz, Libraires, 1828 (trad. it. *Legislazione civile, commerciale e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi...opera del barone Locré, voltata in italiano per cura di G. Cioffi*, Napoli, nello stabilimento letterario-tipografico di Giuseppe Cioffi, 1842, To. VII)
 Liv. III, Tit. XV, *Des transactions, notice historique*, 393-394
 Liv. III, Tit. XV, *Des transactions*, 395
 Liv. III, Tit. XV, *Des transactions*, Part. II, § V, *rapport*, n. 5, 433

LOPES J.J.,

Estudos sobre o Código Civil, Coimbra 1870
fascículo I, capítulo I

MAEVIUS D.,
Commentarii in jus Lubecense libri quinque: ad explicationem ejusdem solidam, prodocenda vera statutorum ratione, exponendis eorum recessibus et informando fori usu, ante aliquot annos conscripti, nunc ex quibusdam notis, observationibus et additionibus multo auctiores, adjectis etiam quibusdam super controversiis istius juris responsis, Francofurti ad Moenum, sumptibus Viduae et Hared. Joachimi Wildii, 1679

MANTICA F.,
Vaticanae Lucubrationes de tacitis et ambiguis transactionum conventionibus, To. II, Genevae, sumptibus Leonardi Chouer, 1680
n. 12, 689

MARBEAU J.-B.,
Traité des Transactions d'après les principes du code civil, Paris, Néve, Libraire de la Cour de Cassation, 1832
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction* nn. 5, 3
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction* nn. 6, 3
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction* nn. 9, 4
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, n. 11, 4-5
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, n. 12, 5
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, n. 17, 7
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, n. 20, 9
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, n. 23, 10-11
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, n. 24, 11
Liv. I, *De la transaction considérée en elle-même*, Tit. I, *Définition de la transaction, caractères de ce contrat*, n. 34, 16
Liv. III, *De l'effet des transactions*, Tit. I, *De l'effet des transactions entre les parties*, Cap. I, *Effets généraux des contrats*, n. 217, 147-148
Liv. III, *De l'effet des transactions*, Tit. I, *De l'effet des transactions entre les parties*, Cap. II, *Effets particuliers du contrat de transaction*, n. 218, 148
Liv. III, *De l'effet des transactions*, Tit. I, *De l'effet des transactions entre les parties*, Cap. II, *Effets particuliers du contrat de transaction*, Sec. I, n. 219, 148
Liv. III, *De l'effet des transactions*, Tit. I, *De l'effet des transactions entre les parties*, Cap. II, *Effets particuliers du contrat de transaction*, Sec. II, n. 220, 148-149
Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. II, *L'action en nullité ou en rescision*, *Des conventions en general*, Cap. II, *Ce qu'on en droit par nullité, rescision*, n. 270, 200-201

Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. II, *L'action en nullité ou en rescision, Des conventions en general*, Cap. II, *Ce qu'on en droit par nullité, rescision*, n. 271, 200-201

Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. II, *De l'action en nullité ou en rescision, Des conventions en general*, Cap. III, *Quels sont les vices qui emportent nullité*, Sec. I, *Si le dol, l'erreur ou la violence donnent lieu seulement à une action en rescision*, n. 276, 204-207

Liv. IV, *De la résolution et de la nullité des transactions*, Tit. III, *De l'action en nullité ou en rescision des transactions en particulier*, 249-254

MARCADÉ V. - PONT P.,

Explication théorique et pratique du Code Civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, commentaire-traité des ètits contrats par P. Pont, continuateur de V. Marcadé, Paris, Delamotte et fils editeurs, 1867 (trad. it *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone contenente l'analisi critica degli autori e della giurisprudenza per V. Marcdé e P. Pont*, Napoli, Giuseppe Marghieri, Francesco Giachetti, 1878)

To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § I, nn. 451-453, 220-221

To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § II, nn. 454-455, 221-222

To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § I, n. 456, 224

To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § I, n. 457, 224

To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § IV, n. 471, 229-230

To. II, Liv. III, Tit. II, *Des transactions*, § IV, nn. 569-573, pp. 282-284

MATTEI J.,

I paragrafi del Codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde, schiariti e suppliti dalle opinioni dei più celebri scrittori di diritto, specialmente del Voet, Domat, Pothier, Fabro, Richeri, Merlin, Toullier, Duranton, Troplong, Delvincourt, ec.; dalle decisioni dei tribunali francesi ed austriaci e dalle patenti, sovrane risoluzioni, notificazioni, circolari, ec., Venezia, co' tipi di P. Naratovich, 1854

To. IV, § 1380, n. 4, 919

To. IV, § 1380, n. 5, 919

- *Delle prove secondo il regolamento del processo civile del Regno Lombardo Veneto, dell'Avv. MATTEI J., con appendice dei modi con i quali finiscono le liti, Della Transazione*, Venezia, Della Premiata tipografia Naratovich, 1855
407-418

MERLIN PH. A.,

Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Bruxelles, H. Tarlier, Libraire-Éditeur, 1828 (trad. it. *Repertorio ragionato di Giurisprudenza e quistioni di diritto, versione italiana di una società di avvocati eseguita nello studio del collega Filippo Carillo da lui diretta ed accresciuta*, Napoli, Marotta e Vanspandoch, 1824-1836 e poi come *Dizionario Universale ossia Repertorio ragionato di Giurisprudenza e quistioni di*

diritto, sempre versione italiana diretta e accresciuta da Carrillo e colleghi, Venezia, presso Giuseppe Antonelli, 1842)
To. XXXIV, § V, I, 371

NOODT G.,

Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus, Liber singularis. Editio prima in Germania post alteram Lugduno-Bataviensem, in Opera omnia, ab ipso recognita, aucta, emendate, multis in locis, atque in duos tomos distribute, quorum prior quae contineat, pagina post praefationem sequens indicabit, To. I, Coloniae Agrippinae, sumptibus Joannis Wilhelmi Huisch, 1732

421-488

Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 427

Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 428

Cap. III, *Praetorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti*, 429

- *Diocletianus et Maximianus, sive De transactione et Pactione Criminum, Liber singularis*, in *Opera Omnia*, To. I, Coloniae Agrippinae, sumptibus Francisci Wilhelmi Josephi Metternich, 1737

235-255

- *Commentarium in D. Justiniani, libros XXVII Digestorum sive Pandectarum*, Coloniae Agrippinae, sumptibus Joannis Wilhelmi Huisch, 1732

To. I, Comm. ad Tit. XV, *De transactionibus*, 57

Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667. Nouvelle edition, augmentée de l'Idée de la justice civile. Par m. Jousse, conseiller au presidial d'Orleans, To. I, Paris, chez Debure l'ainé, 1767

ORCEOLI G.,

Tractatus de transactionibus in quinque partes divisus, Coloniae Allobrogum, sumptibus Johannis Antonius Cramer et Philiberti Perachon, 1701

Exordium seu praefatio, n. 2, 2

Quaest. XCIV, n. 1, 357

Quaest. XCIV, n. 2, 357

Quaest. XCIV, n. 3, 358

Quaest. XCIV, n. 7, 358

Quaest. XCIV, n. 10, 358

Quaest. XCIV, n. 11, 358

Quaest. XCIV, n. 13, 359

Quaest. XCIV, n. 16, 359

Quaest. XCIV, n. 17, 359

Quaest. XCIV, n. 24, 360

Quaest. XCIV, n. 31, 360

Quaest. XCIV, n. 33, 361

Quaest. XCV, n. 4, 367

Quaest. XCV, n. 5, 367

PIACENTINO,
In Codicis Domini Iustiniani libros IX summa Moguntiae, in officina Ivonis Schoeffer, 1536 (rist. anast. Torino 1962)
De transactionibus, tit. IIII, 47

PIGEAU N.E.,
Istituzioni del Codice di Procedura Civile, (opera tratta dall'Introduzione allo studio della procedura del Sig. Pigeau e ridotta conforme alle leggi del Regno dall'Avv. L.A., Tomo I, Napoli, presso Antonio Garruccio, 1812
 22-49

POTHIER R.J.
Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae cum legibus codicis, et novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant. Praefixus est index titulorum et divisionum omnium quo totius operis specimen quoddam et quasi materiarum appendix exhibetur: subjecta quoque tabula, qua nominatim leges omnes cum suis paragraphis et versivulis ordini Digestorum restituuntur. Nova editio, Lugduni, sumptibus Bernuset et sociorum, 1782 (trad. it. *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine da R.G. Pothier, con le leggi del Codice e le Novelle che confermano, spiegano ed abrogano le disposizioni delle Pandette. Versione italiana col testo delle leggi a fronte*, I, Venezia, per Andrea Santini e figlio, 1824)
 To. I, Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, Sec. I, *De transactionibus*, Art. I, 87
 To. I, Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus*, Sec. I, *De transactionibus*, Art. I, 122, nt. 1

POSSEVINO A.,
Bibliotheca Selecta de Ratione Studiorum, ad Disciplinas, et ad Salutem omnium gentium procurandam, Venetiis, apud Altobellum Salicatum, 1603
 To. II, Lib. XIII, *De Iurisprudencia*, Cap. XXIII, 160°

REALE A.,
Istituzioni di Diritto civile austriaco con le differenze tra questo e il diritto civile francese e coll'additamento delle disposizioni posteriori alla promulgazione del Codice Civile generale austriaco pubblicate nel regno Lombardo Veneto, Vol. III, Pavia, tipografia Bizzoni, 1832
 § 667, 8-9

RICCI F.,
Corso teorico-pratico di Diritto Civile, voll. II, Torino, Utet, 1886
 p. 203

SCHILTER J.,

Praxis iuris romani in foro germanico iuxta ordinem edicti perpetui et pandectarum justiniani opus theoretico practicum, Francofurti et Lipsiae, sumptibus haeredibus B. Matthei Birckneri, 1713

To. I, *Exer. Ad Pandectas VIII, De pactis*, 162-163

To. I, *Exer. Ad Pandectas IX*, 183-196

To. I, *Exer. Ad Pandectas IX, § I, (b)*, 183

To. I, *Exer. Ad Pandectas IX, § III*, 183

To. I, *Exer. Ad Pandectas IX, § XIX*, 191-192

SCHULTING A.,

Iurisprudentia vetus Ante-Iustiniana ex recensione et cum notis...editio nova collata cum codicibus antiquissimo wurceburgensi et gothano, Lipsiae, ex officina Weidmanniana, 1737

Tit. I, *De pactis et conventionibus*, n. 1, 218

Tit. I, *De pactis et conventionibus*, n. 2, 218

- *Papiniani Liber*, in *Iurisprudentia vetus Ante-Iustiniana ex recensione et cum notis...editio nova collata cum codicibus antiquissimo wurceburgensi et gothano*, Lipsiae, ex officina Weidmanniana, 1737

Tit. XXXVII, *De pactis et Transactionibus*, 850

SCHUSTER M.M.,

Studi sull'ermeneutica di diritto privato austriaco (Giornale di giurisprudenza austriaca dell'anno 1828, vol. II, 172

- *Studi sull'ermeneutica di diritto privato austriaco (Giornale di giurisprudenza austriaca dell'anno 1830, vol. I, 313*

STRUVE G.A.,

Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum, Francofurti – Lipsiae (editio tertia), sumptibus B. Johannis Hoffmanni, 1738

Exerc. VI, Lib. II, Tit. XV, De transactionibus, LIII, spec. (α), 328

Exerc. VI, Lib. II, Tit. XV, De transactionibus, LIV, spec. (ß), 329-330

Exerc. VI, Lib. II, Tit. XV, De transactionibus, spec. (ζ), LIII, 328

Exerc. VI, Lib. II, Tit. XV, De transactionibus, spec. (α), LVI, 333

- *Jurisprudentia forensis romano-germanica. Editio septima, correctior et auctior. Adjectus est index rerum et verborum*, Jenae, apud Mattheum Bircknerum, 1694

Lib. IV, *De Ratione et modo jus suum persequendi in iudicium*, Tit. I, *De transactionibus*, n. 2, 572-573

STRYCK S.,

Succinctae annotationes ad W.A. Lauterbachii Compendium Digestorum, in quibus Rationes desideratae adducuntur, obscura declarantur, et dubia praecipua breviter resolvuntur, Lipsiae, sumptibus Johannis Lodovici, 1708

Lib. II, Tit. XIV, *De pactis, § nudum*, 99

Lib. II, Tit. XIV, *De pactis, § actiones*, 101

Lib. II, Tit. XV, *De transactionibus, § datur actio*, 118

- *De jure Principis extra territorium quam consensu magnifici jctorum ordinis, in academia viadrina, dirigente*, Francofurti ad Viadrum, sumptibus Ieremiae Schrey et Henrici Johann. Meyeri, 1683
388-441

SUMMENHART C.,
Tractatus de contractibus licitis atque illicitis, Venetiis, apud Franciscum Zilettum, 1580
Tract. I, quaest. I, 1a

TEIXEIRA DE FREITAS A.,
Curso de direito civil portuguez para o anno lectivo de 1843-1844 ou Commentario ás instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito, Parte segunda divisão 2.ª do direito das cousas com relação á propriedade illimitada, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1848
p. 52

- *Consolidação das Leis Civis, anotada da Martinho Garcez*, Rio de Janerio, B. L. Garnier, Livreiro editor do instituto historico, 1876

TELLES J.H.C.,
Commentario critico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769, Lisboa, Typographia de Maria de Madre de Deus, 1865

THOMASIIUS C.,
Fundamenta iuris naturae et gentium, ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justi ac decori, cum adjuncta emendatione ad ista fundamenta institutionum jurisprudentiae divinae. Editio quarta, Halae et Lipsiae, Typis et sumptibus Viduae Christophori Safeldii, Regim. Elect. Brandenb. Typographi, 1718 (rist. anast. Darmstadt 1979)
ad Cap. VII, *De officio paciscentium*, § 1, 219

THOMAZ M.F.,
Repertorio geral ou indice alfabético das leis extravagantes do reino de Portugal: publicadas depois das Ordenações, comprehendendo tambem algumas anteriores, que se achão em observancia. Tomo Segundo L-Z, Coimbra-Lisboa, Na Real Imprensa da Universidade, 1819
p. 382

TROPLONG M.,
Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du mandat, du cautionnement et des transactions; ou commentaire des titres XIII, XIV et XV du Livre III du Code civil, Bruxelles, Société Typographique Belge, Ad. Wahlen et compagnie, 1846 (anche in

versione italiana *Del mandato, della fidejussione e delle transazioni. Commenti dei tit. XIII, XIV e XV del Lib. III del Cod. Civ. di Troplong. Prima versione italiana, con la giunta di parecchie note del confront con le leggi per lo regno delle due Sicilie e delle citazioni delle leggi romane*, Napoli, Stabilimento tipografico di C. Batelli, 1846)

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2044, n. 1 [2], 156

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2044, n. 3, 157

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2044, n. 4 [5], 157

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2044, n. 6, 158

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2049, n. 108, 179

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2049, n. 109 [4], 179

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2051, n. 120, 182

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2052, n. 137, 186

Liv. III, Tit. XV, *des transactions*, Art. 2052, n. 139, [3], 186

VALERON E.R.,

Tractatus de transactionibus in quo integra transactionum materia theorice, ac practice, ingenti studio, et iusta methodo collecta, et exposita continetur, Lugduni, sumptibus Philippi Borde, Lauretii Arnaud, Petri Borde et Guillaume Barbieri, 1664

proemium, n. 1, 2

proemium n. 3, 2

proemium, n. 4, 3

proemium n. 5, 3

proemium n. 10, 3-4

proemium n. 11, 4

Tit. I, quaest. III, n. 6, 15

Tit. I, quaest. III, n. 24, 16

Tit. I, quaest. IV, n. 10, 21-22

Tit. I, quaest. VII, n. 1, 29

Tit. V, *Quaest.* II, n. 1, 217

Tit. VI, *Quaest.* II, n. 4, 257-258

Tit. VI, *Quaest.* II, n. 46, 263

VAN BYNKERSHOEK C.,

Observationes tumultuariae, MEYERS E.M., DE BLÉCOURT A.S. et alii (eds.), Harlemi 1926-1962

To. I, nr. 555, 309

VAN DER KEESSEL D.G.,

Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam, Amsterdam-Rotterdam-Kaapstad 1961-1967, (VAN WARMELO P. et alii edidit), VI voll.

Praelectiones ad 3. 38. 9

VAN DER LINDEN J.,

Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans handboek: ten dienste avn regters, practizijns, kooplieden en allen, die een algemeen overzicht van regtskennis verlangen, Amsterdam 1806 (trad. inglese a cura di Sir JUTA H. come *Institutes of Holland: or manual of law, Practice and Mercantile Law, for the use of judges, lawyers, merchants, and all who wish to have a general view of the law*, Cape Town, Port Elizabeth, Johannesburg 1897)

Lib. I, Cap. XIV, Sec. I, 101-102

Lib. III, Capp. I-III, 247-287

VAN LEEUWEN S.,

Censura Forensis Theoretico-practica, id est totius juris civilis, Romani, usuque recepti et practici methodica collatio, Lugduni Batavorum, ex officina Francisci Moyardi et Petri Leffen, 1662

To. I, Lib. I, Cap. I, *De iustitia et iure*, n. 12, 5-6

To. I, Lib. IV, Cap. II, *De pactis et conventionibus*, n. 1, 445

To. I, Lib. IV, Cap. II, *De pactis et conventionibus*, n. 2, 445-446

To. I, Lib. IV, Cap. II, *De pactis et conventionibus*, n. 3, 446

To. I, Cap. XIII, *De contractibus innominatis*, n. 11, 508

To. I, Cap. XIII, *De contractibus innominatis*, n. 12, 508-509

- *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, ISAAKSON C. (translated by), London 1820
Preface, a2

Chap. I, §§ 1-2, 6-7, 313-314

Chap. II, §. 1, 315

VINNEN A.,

Tractatus de pactis, in *Tractatus varii, nempe de pactis, jurisdictione, collationibus, et transactionibus*, Venetiis, ex Typographia Balleoniana, 1780

Cap. VII, *Aliarum gentium et hodie moribus nostris*, n. 6, 23

Tractatus de transactionibus, in *Tractatus varii, nempe de pactis, jurisdictione, collationibus, et transactionibus*, Venetiis, ex Typographia Balleoniana, 1780

Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 1, 117

Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 2, 117

Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 3, 118

Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 4, 118

Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 5, 118

Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 6, 118

Cap. I, *De usu verbi transigere*, n. 7, 118

- *Jurisprudentiae contractae sive partitionum iuris civilis libri quatuor. Varii observationibus ad usum forensem accomodatis illustrati*, Venetiis, ex Typographia Balleoniana, 1798

Lib. II, Cap. II, *De obligatione naturali*, 'm', 105

Lib. II, Cap. V, *De notis et causis obligationum ex contractu*, 'q', 109

Lib. II, Cap. V, *De notis et causis obligationum ex contractu*, 's', 109

Lib. IV, Cap. XI, *De transactionibus*, 341

- *In quatuor libros Institutionum imperialium commentaries academicus et forensis*

Lib. III, Tit. XIV, n. 11, 661

VOET J.,

Commentarius ad Pandectas in quo praeter Romani iuris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum et praecipuae Fori Quaestiones excutuntur, Venetiis, ex Typographia Petri Valvasensis, 1775

To. I, Lib. I, Tit. I, *De iustitia et iure*, n. 2, 2

To. I, Lib. I, Tit. I, *De iustitia et iure*, n. 3, 2

To. I, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 1, 92

To. I, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 9, 94

To. I, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 10, 94-95

To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 1, 99

To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 3, 99

To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 4, 100

To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 10, 101

To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 11, 101

To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, 109

To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 23, 110

To. I, Lib. IV, Tit. IX, *Nauteae caupones stabularii*, n. 2, 169-170

To. I, Lib. IV, Tit. IX, *Nauteae caupones stabularii*, n. 3, 170

- (trad. franc.) *Table des commentaires de J. Voet sur les Pandectes, analysés dans leurs rapports avec chacun des articles des cinq codes français*, Bruxelles, Libraire Polytechnique, Gérant A. Decq., 1841

- (trad. ingl.) *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects [Paris edition 1829] by Johannes Voet and the Supplement to that work by Johannes van der Linden*, Durban 1955

- *De iure militari. Liber singularis, in quo plurimae ad militiae militumque jura pertinentes controversiae juxta leges, gentium mores, et rerum judicatarum exempla sunt definitae*. Ultrajecti, ex officina Antonii Smytegelt, 1670

- *De familia erciscunda. Liber singularis. Quo varia est exposita dividendarum haereditatum methodus ejusque divisionis effectus et praecipuae pleraque controversiae ex civili et consuetudinario jure definitae*, Ultrajecti, apud Johannem Ribbium, 1672

- *Compendium juris juxta seriem Pandectarum, adjectis differentiis. Juris civilis et canonici ut definitionibus ac divisionibus praecipuis secundum Institutionum titulos*, Lovanii, Typis Martini van Overbeke, 1736

- *Elementa juris secundum ordinem institutionum Justiniani in usum domesticae exercitationis digesta*, Lugduni Batavorum, apud Henricum Teering, 1700

VON ZEILLER F.,

Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch: für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Bande I-VII, Wien und Triest, Geistinger, 1811-1813 (trad. it. *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca del signor Francesco de Zeiller...tradotto dalla tedesca nell'italiana favella dal signor Francesco De Calderoni*, Venezia, Picotti, 1816)

To. VI, 62

To. VI, 63

- *Das Natürliche PrivatRecht*, Wien, Wappler & Beck, 1802 (anche in trad. latina *Jus naturae privatum – editio germanica tertia reddita a Franciso Nobili de Egger*, Viennae, Beck, 1819, e italiana *Il diritto privato naturale*, Milano 1818 e Milano 1826, da cui la consultazione)

55

VON ZYPE F.,

Notitia juris belgici. Editio nova tertia parte auctior, Antverpiae, apud Hieronymum et Ioannem Baptistam Verdussen, 1665

VULTEJUS H.,

Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae, Libri II, Marpurgi, Typis Pauli Egenolphi, 1614

Cap. XXVII, *De conventione*, 161-165

Cap. XXX, *De contractibus*, 168-172

Cap. XLI, *De contractibus innominatis*, 217-219

Cap. XLIV, *De contractuum adiunctis*, 229

WESEMBECK M.,

In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Libros VIII Commentarij: olim Paratitla dicti, nunc demum in Academia Duacena ad correctissima exemplaria accurate recogniti, et ab omni heretica et offensiva doctrina expurgati. Cum indice gemino, Coloniae Agrippinae, sumptibus Antonij Hierati, 1612

Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 9, 129E

Lib. XII, Tit. IV, *De condictione causa data, causa non secuta*, n. 2, 378F

WINDSCHEID B.,

Lehrbuch d. Pandektenrechts, Frankfurt Am Main, 1862, To. II, pp. 778 e ss. (trad. it. *Diritto delle Pandette*, FADDA C. e BENSÀ P.E. (a cura di), Torino 1925)

WINIWARTER G.,

Il diritto civile universale austriaco sistematicamente esposto ed illustrato dal dottor Giuseppe Winiwarter. Parte Quinta, Delle disposizioni comuni ai diritti delle persone ed ai diritti sulle cose. Seconda versione italiana nuovamente riveduta sulla seconda dell'originale tedesco per cura di Annibale Callegari, Venezia, G. Antonelli, 1847

To. V, § 36, *Della transazione*, 61-62

ZACHARIAE VON LINGHENTAL K.S.,

Cours de Droit Civil Français par C.S. Zachariae, traduit de l'Allemand sur la Cinquième édition (1839) et revu et augmené avec l'agrément de l'auteur, par Aubry et Rau. Second édition, To. II, Bruxelles, Meline, Cans et Comp., Libraires-éditeurs, 1850 (trad. it. Corso di diritto civile francese. Prima traduzione italiana eseguita nello studio dell'Avv. Vincenzo de Matteis... fatta sull'ultima edizione Parigina degli anni dal 1854 al 1861, tradotta sulla quinta edizione tedesca annotata e ridotta secondo l'ordine del codice Napoleone da G. Massé, giudice del tribunale di Reims, e Vergé e viceversa per facilitare le ricerche, cose che mancano nelle edizioni finora pubblicate, Napoli, Giuseppe Marghieri Librajò editore, 1862, To. V)
 § 420, 69-70
 § 422, 72-73

ZASIVS U.,
In primam Digestorum partem Paratitla, sive titulariae annotationes, denuo iam in iurisprudentiae studiosorum usum excusa, indiceque rerum toto opere memorabilium, nunc primum adiecto, Basileae, apud Michael Insegrin, 1539
 Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, 70

Indice delle fonti normative

Diritto romano

Corpus Iuris Civilis

- C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *fratris tui*
- C. 2.4.20, *de transactionibus*, l. *non minorem auctoritatem*
- C. 2.4.28, *de transactionibus*, l. *sive apud acta*
- C. 2.4.38, *de transactionibus*, l. *transactio*
- C. 4.44.2, *de rescindenda venditione*, l. *rem maioris pretii*
- C. 4.44.8, *de rescindenda venditione*, l. *si voluntate tua*

- D. 1.3.31, *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, l. *princeps legibus solutus*
- D. 1.4.1, *de constitutionibus principum*, l. *quodcumque igitur imperator*
- D. 2.15.1, *de transactionibus*, l. *qui transigit*
- D. 2.15.2, *de transactionibus*, l. *transactum accipere*
- D. 10.2.23, *familiae erciscundae*, l. *propter spem*

- I. 1.2.6, *de iure naturali, gentium et civili*, *Sed et quod principi placuit*

Diritto canonico

Vangelo s. Matteo

Mt. 5, 25

Mt. 5, 39-41

s. Paolo

Ad Rom. 12, 21

Ad Rom. 13, 8-10

Quinque compilationes antiquae: nec non collectio canonum Lipsiensis, ad librorum manu scriptorum fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg, Leipzig 1882 [rist. Graz 1956]

Comp. I, Lib. I, Tit. XXVII, *de transactionibus*

Comp. II, Lib. I, Tit. XVI, *de transactionibus*

Comp. V, Lib. I, Tit. XX, *de transactionibus*

Liber extravagantium decretalium,

FRIEDBERG E. (ed.), in *Corpus Iuris Canonici*, To. 2, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1881 (reprint Graz), 1959

X. 1.36.1 *de transactionibus*, *sicut grave*, col. 206

X. 1.36.7 *de transactionibus*, *super eo*, col. 208

- X. 1.36.8 *de transactionibus, veniens*, col. 208
- X. 1.36.9 *de transactionibus, preterea quando*, col. 209
- X. 1.36.10 *de transactionibus, preterea quarto*, col. 209
- X. 1.36.11 *de transactionibus, ex parte tua*, col. 210

Austria

Codice Civile Generale Austriaco. Edizione seconda e sola ufficiale, parte I, Milano, Dalla Cesarea Regia Stamperia, 1815
 Parte III, *Delle disposizioni comuni ai diritti sulle persone e ai diritti sulle cose*, Cap. II, *Della mutazione dei diritti e degli obblighi*, § 1380, 336

Brasile

Código Civil Brasileiro (2002)
 Liv. I, *Do Direito das Obrigações*, Tít. VI, *Das Várias Espécies de Contrato*, Cap. XIX *De transação*, Art. 840

Francia

Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 423 jusqu'à la Révolution de 1789, par DECRUSY T. – ISAMBERT F.A. – TAILLANDIER A.H., vol. XIV (mai 1610- mai 1643), Paris, Belin-Léprieur, Libraire Éditeur, 1829
Édit relatif aux transactions sur procès entre mineurs, Fontainebleau, avril 1561, pp. 104-105
 pp. 223-344

Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667. Nouvelle édition, augmentée de l'Idée de la justice civile. Par M. Jousse, conseiller au presidial d'Orleans, To. I, Paris, chez Debure l'ainé, 1767

Code Louis. Ordonnance Civile 1667, in *Testi e documenti per la storia del processo*, To. I, PICARDI N. - GIULIANI A. (a cura di), Milano 1996

Code Civil des Français, édition originale et seule officielle, Paris, de l'imprimerie de la République, 1804 (trad. it. *Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia*, Milano 1806 [rist. anast. Padova 1989], CIAN G. [con presentazione di], CAPPELLINI P. [note storiche e introduttive di])
 Liv. III, Tít. XV, *Des transactions*, Art. 2044, 492
 Liv. III, Tít. XV, *Des transactions*, Art. 2052, 494

Germania

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (1896-1900) in *Codice dell'Impero germanico, promulgato il 18 agosto 1896, seguito dalla Legge introduttiva*, EUSEBIO L. (trad. it. a cura di), Torino, Utet, 1897

Lib. II, *Dei rapporti di debito*, Sez. VII, *Dei singoli rapporti di debito*, Tit. XIX, *Della transazione*, § 779, 112

Italia

Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia, CIAN G. (con presentazione di), CAPPELLINI P. (note storiche e introduttive di), Milano 1806 (rist. anast. Padova 1989)

I codici napoleonici, I, *Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del Processo*, PICARDI N. - GIULIANI A., (a cura di), Milano 2000

Codice Civile per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna, Torino, Stamperia Reale, 1837

Lib. III, *Dei vari modi coi quali si acquista la proprietà*, Tit. XIX, *Delle Transazioni*, Art. 2083, 553

Codice Civile del Regno d'Italia, Torino, stamperia reale, 1865

Lib. III, *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*, Tit. XII, *Della transazione*, 415

Relazioni e Raffronti del Codice Civile Italiano colla Legge Romana e coi Codici Olandese, Prussiano, Francese, Bavarese, Albertino, Austriaco, Napoletano, Parmense ed Estense, con richiamo alle affini disposizioni legislative vigenti nel Regno e alle principali massime della dottrina e della giurisprudenza per l'avvocato A. Bianchetti, Torino-Napoli, Società l'Unione Tipografico Editrice, 1871
450

Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli Preceduta dalla Relazione al Disegno di legge Sul valore giuridico della Carte del Lavoro, I^a ed. stereotipa del testo ufficiale, Roma Istituto Poligrafico dello Stato, 1943
522-524

Processi Verbali. Lavori importanti del Codice Civile Italiano, Componenti e Compilatori di detto Codice, Milano, Stamperia Reale, 1866

XIV, 180, spec. nt. 5

XV, 180-181;

VI, 216

Raccolta dei Lavori preparatori del Codice civile, vol. I, Pedone Lauriel, Palermo-Napoli, 1866

Relazione tenuta da G. Vacca nel luglio del '64 sul Terzo libro del progetto Pisanelli, p. 353

Le Costituzioni italiane, AQUARONE A., D'ADDIO M., NEGRI G. (a cura di), Milano 1958

Portogallo

Livro das Leis e Posturas, ESPINOSA GOMES DA SILVA N. (prefazione di), Lisboa 1971
pp. 83-84

Ordenações Del-Rei Dom Duarte,
DE ALBUQUERQUE M. e BORGES NUNES E. (a cura di), Lisboa 1988
p. 200

Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1792 (rist. anast. per iniziativa della Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998, disponibile all'indirizzo <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/>)

Liv. III, Tit. XX, *Da ordem do Juizo, que o Juis deve ter, e guardar em seu Officio*, pp. 75-83

Liv. III, Tit. LV, *Das Excepçoeens perentorias*, pp. 183-187

Liv. III, Tit. LXXX, *Quando poderám apelar dos autos, que se fazem fora do Juizo*, pp. 306-314

Liv. III, Tit. LXXXI, *Dos que nom devem ser recebidos a apelar*, pp. 315-317

Liv. III, Tit. LXXXV, *Dos que podem apelar das Sentenças dadas antre as outras partees*, 324-326

Ordenaçõeens do Senhor Rey D. Manuel, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1797 (rist. anast. per iniziativa della Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998), Liv. III, Tit. LXII, p. 231

Liv. III, Tit. LXVII, p. 248

Ordenaçõeens Filipinas in Ordenaçõeens e leis do reino de Portugal recopiladas per mandado del rei D. Filippe o Primeiro. Decima edição, To. III, Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1833

Liv. I, Tit. LXI, pp. 219-222

Liv. IV, Tit. XIII, pp. 23-26

Código Comercial redigido por Veiga Beirão (1888)

Art. 700, § 2

Art. 742

Art. 765

Art. 766

Art. 977

Legislação complementar do Codigo Civil Portuguez (coord. pelo lente catedrático da 6.ª cadeira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Coimbra 1891

p. 370

Código Civil Português (1966)

Lib. II, *Direito das obrigações*, Tit. II, *Dos contratos em special*, Cap. XVI, *Transacção*, Art. 1248, *Noção*

Prussia

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Textausgabe mit einer Einführung von HATTENHAUER H. und einer Bibliographie von BERNERT G., Frankfurt Am Main-Berlin 1970

I, Tit. XVI, *Von den arten, wie rechte und verbindlichkeiten aufhören*, Sez. VIII, § 405, Begriff, 238

Spagna

Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX, To. II, Barcellona 1844

Parte IV, Titolo XXVI, Ley X, cuest. 45-46, 1162-1163

Los Códigos españoles concordados y anotados. Código de las siete partidas, Madrid, Antonio de San Martín editor, 1872²

p. 691

Código Civil español (1889)

Lib. IV, *De las obligaciones y contratos*, Tit. XIII, *De las transacciones y compromisos*, Cap. I, *De las transacciones*,

Art. 1809

Provvedimenti legislativi

Metodo giudiziario Civile adottato dalla Legge 14 Aprile 1804, Anno III, in ASMi, *Giustizia Civile*, p.m., cart. 14 o anche in *Bollettino delle Leggi della Repubblica italiana, Anno III*, nn. 1-11, Milano 1804, 212-427

Leggi organiche giudiziarie, in ASMi, *Miscellanea Storica*, cart. 85

*Provvedimenti giurisprudenziali**Francia*

- SIREY M. – DE VILLENEUVE L.M.,
Jurisprudence du XIX^{me} siècle ou table decennale du recueil général de lois et des arrêts de 1831 à 1840, Paris, Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1841
 COUR DE CASSATION, 7 luglio 1812, *Ritzenthaller c. le General Thureau*, S. 1813, I, 80
 COUR ROYAL DE BOURDEAUX, 21 luglio 1830, *Bourbon c. Renier*, S. 1831, II, 236
- COUR DE CASSATION, 10 prairial an XII, *Bouchot c. Lagarde*, in *Journal du Palais*, an XII-XIII, p. 18
 COUR ROYAL DE BESANÇON, 9 febbraio 1830
 COUR DE CASSATION, 14 marzo 1832, *La Junquière c. Bonneval*, *Journal du Palais*, 1831-1832, p. 853
 COUR DE PARIS, 11 giugno 1864, *Dailly c. Laforge*, *Journal du Palais*, 1865, p. 324
 COUR DE CAEN, 15 maggio 1865, *Lequex c. Chauvin et Comp. De l'Ouest*, *Journal du Palais*, 1865, p. 1023
 COUR DE CASSATION, 19 dicembre 1865, *Salguès c. Louvrien et Rampon*, *Journal du Palais*, 1866, p. 784
 COUR DE PARIS, 16 Luglio 1870, *Nelliger c. Chabrié*; *Journal du Palais*, 1871, p. 657
 COUR DE CASSATION, 31 maggio 1871, *Liquid. Maurin c. Détrie*, *Journal du Palais*, 1872, p. 228

Italia

- CORTE D'APPELLO DI MILANO, 1866, *D'Italia c. Civita*, in *Annali*, 1886, 480
 CORTE DI CASSAZIONE DI FIRENZE, 6 Febbraio 1873, P. M. c. *Quarteroni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1873, I, 1, 1873, 155
 CORTE DI CASSAZIONE DI PALERMO, 25 gennaio 1876, *Palazzolo c. Mattina e Canizzo*, in *Foro Italiano*, 1876, I, 794
 CORTE DI CASSAZIONE DI NAPOLI, 21 giugno 1879, *Palomba c. Palomba*, I, 28
 CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA, 21 febbraio 1879, *Casciani, c. Felici, Blagi, Pivani*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1879, I, 1, 356
 CORTE DI CASSAZIONE, 30 giugno 1896, *Maccaferri c. Amministrazione dei LL. PP.* in *Temi Veneta*, 1896, 417
 CORTE D'APPELLO DI MILANO, 1 febbraio, 1899, *Strada c. Speri*, in *Monitore dei Tribunali*, 1899, 448
 CORTE DI CASSAZIONE DI TORINO 12 maggio 1919, in *Mon. Trib.* 452
 CASS. CIV. 4 luglio 1924, in *Foro nuove prov.* 357
 CASS. 29 luglio 1958, m. 2735, *Mass. Giur. it.* 1958, c. 621
 CASS. 17 febbraio 1968, n. 555, in *Rep. Foro It., sub. v. transazione*, n. 3
 CASS. 28 marzo 1969, n. 1019, in *Rep. Giur. it., voce Transazione*, n. 1

Altre fonti non giuridiche

- Segn. 67.XI.C.047.34, *R. Tribunale di Prima Istanza, Riflessi per il Marchese Don Giovanni Parravicini nella causa colla Damigella Donna Giuseppa di lui figlia*

Segn. 67.XI.C.057.33, *Alla Regia Corte d'Appello, Deduzioni per la Congregazione della Carità di Milano, rappresentante l'Ospitale Maggiore della stessa città*

Segn. 67.XI.C.062.27, *Osservazioni delle Sorelle Tron sul ricorso introdotto alla Suprema Corte di Cassazione dal sig. senator Cav. Mocenigo*, p. 2

Fonti d'Archivio

ASMi, *Miscellanea Storica*, cart. 85