

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO  
SEZIONE DI STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO

39

SARA PARINI VINCENTI

# TRANSACTIONIS CAUSA

STUDI SULLA TRANSAZIONE CIVILE  
DAL TARDO DIRITTO COMUNE AI CODICI

PARTE PRIMA

La dottrina dei secoli XV e XVI



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO  
SEZIONE DI STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO

39

SARA PARINI VINCENTI

# TRANSACTIONIS CAUSA

STUDI SULLA TRANSAZIONE CIVILE  
DAL TARDO DIRITTO COMUNE AI CODICI

PARTE PRIMA

La dottrina dei secoli XV e XVI



GIUFFRÈ EDITORE

«Covenants, without the sword, are but words  
and of no strength to secure a man at all»

(Chapter XVII, *Leviathan* by Thomas Hobbes)

Giuffrè Editore

Giuffrè Editore

*a Z. G., per tutto*

Giuffrè Editore

Giuffrè Editore

## INDICE GENERALE

<i>Abbreviazioni</i> .....	1
<i>Premessa</i> .....	3

### CAPITOLO I

#### LA "CATEGORIA TRANSATTIVA": NOZIONE, DEFINIZIONE ED ELEMENTI ESSENZIALI

1. Nozione e definizione .....	13
2. <i>Transactionis etymon, acceptio, definitio</i> .....	21
2.1. (Segue) <i>ambigua vocis significatio</i> .....	30
3. Gli elementi essenziali della transazione .....	69
3.1. <i>Res litigiosa e lis incerta</i> .....	76
3.2. <i>Res dubia</i> .....	99
3.3. Reciproche concessioni: <i>aliquid datum vel receptum</i> .....	108

### CAPITOLO II

#### LA QUALIFICAZIONE DEL NEGOZIO

1. ● <i>Interpretatio duplex</i> di D. 2.15.2: i negozi costitutivi della transazione tra <i>mos italicus</i> e <i>mos gallicus</i> .....	121
2. Spunti per l'approfondimento della dicotomia fra <i>pactum</i> e/o <i>stipulatio transactionis</i> .....	129
2.1. La <i>stipulatio</i> come veste "residua" .....	139
3. <i>Transactionis causa</i> .....	160
3.1. L'articolazione della transazione fra <i>pactum</i> e <i>contractus innominatus</i> .....	168
3.2. (Segue) qualche eccezione .....	179

CAPITOLO III  
EFFICACIA, INEFFICACIA ED INVALIDITÀ

1.	<i>De vi effectu et potestate transactionis</i> .....	201
2.	<i>Item per transactionem finitam prohibent iura: l'exceptio rei iudicatae et per transactionem finitae</i> .....	208
2.1.	Qualche accenno all'oggetto del contratto .....	222
3.	L'efficacia convenzionale: clausola penale e <i>rato manente pacto</i> .	230
4.	Efficacia e validità: <i>l'agere praescriptis verbis</i> .....	241
4.1.	(Segue) <i>l. sive apud acta</i> .....	254
5.	<i>Miscellanea circa nullitatem, aut rescissionem transactionis propter varias causas</i> .....	259
	<i>Conclusioni</i> .....	269
	<i>Abstract</i> .....	287
	<i>Bibliografia</i> .....	291
	<i>Indice dei nomi</i> .....	339



## ABBREVIAZIONI

- ADB:* Allgemeine Deutsche Biographie, Berlin 1967-1971, 56 voll. (ripr. dell'ed. Leipzig, 1875-1912)
- AfK:* Archiv für Kulturgeschichte
- AGFS:* Archivio giuridico Filippo Serafini
- AHDE:* Anuario de historia del derecho español
- AHFDJSJ:* Annales (poi: Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique)
- A-J:* Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento-Jahrbuch des. Ital.-deut. Historischen Inst. in Trient
- ASD:* Annali di storia del diritto
- ASL:* Archivio storico lombardo
- AUCA:* Annali dell'Università di Camerino
- AUPA:* Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo
- BIDR:* Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"
- BSpvSP:* Bollettino della Società pavese di storia patria
- BSSPin:* Bollettino della Società storica pinerolese
- DBI:* Dizionario biografico degli italiani
- DDP:* Digesto delle discipline privatistiche
- DI:* Digesto italiano
- Dict. H.J.Fr.:* Dictionnaire historique des juristes français: 12.-20. siècle., P.ARBAYRE-J.L.HALPÉRIN-J.KRYNEN (publié sous la direction de), Paris 2007
- D@S:* Diritto@Storia (<http://www.dirittoestoria.it/>)
- ED:* Enciclopedia del diritto
- 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
- JBL:* Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20 Jahrhundert, M. STOLLEIS (hrsg. von), Munchen 2001<sup>2</sup>
- JU:* Juristas universales, R. DOMINGO (a cura di), Madrid 2004

<i>MSCG:</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>NDB:</i>	Neue Deutsche Biographie, Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (hrsg von) , <a href="http://www.deutsche-biographie.de/pnd116517735.html">http://www.deutsche-biographie.de/pnd116517735.html</a>
<i>NNDigI:</i>	Novissimo digesto italiano
<i>NRHDFE:</i>	Nouvelle Revue historique de droit français et étranger
<i>QF:</i>	Quaderni fiorentini
<i>QS:</i>	Quaderni storici
<i>RDC:</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCo:</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDCoO:</i>	Rivista di diritto commerciale e delle obbligazioni
<i>RDR:</i>	Rivista di diritto romano ( <a href="http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano">http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano</a> )
<i>RIDC:</i>	Rivista internazionale di diritto comune
<i>RIDA:</i>	Reveu internationale des droits de l'antiquité
<i>RIDU:</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RISG:</i>	Rivista italiana per le scienze giuridiche
<i>RDPC:</i>	Rivista di diritto processuale civile
<i>RIUEAL:</i>	Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina
<i>RSDFE:</i>	Revue Historique de droit français et étranger
<i>RSDI:</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>SDHI:</i>	Studia et documenta historiae et iuris
<i>SCDR:</i>	Seminarios complutenses de derecho romano
<i>SS:</i>	Studi senesi
<i>SeS:</i>	Società e storia
<i>TR:</i>	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit. The Legal History Review) Dordrecht-Antwerpen (1918 ss.) Tijdschrift voor Rechtsgeschiede
<i>ZSS, GA:</i>	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung (1880 ss.)
<i>ZSS, RA:</i>	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (1880 ss.)
<i>ZSS, KA:</i>	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung (1911 ss.)

## PREMESSA

Il dibattito continuo, anche negli ultimi decenni, sulla transazione (1) – dibattito talora non esente dalla tentazione di semplificare la complessità degli intrecci storico-sistematici della dottrina e delle normative – ha sollecitato una ricognizione delle fonti tardo medievali e moderne, tale da condurre, se non ad inquadrare l'intero fenomeno compositivo, quantomeno ad alcune considerazioni conclusive sulle maggiori problematiche ad esso sottese nello sviluppo diacronico dell'esperienza giuridica intermedia.

Gli studi sull'*amicabilis litium conventio*, rispecchiando fedelmente la refrattarietà della *transactio* a qualsiasi intento classificatorio (2), sono stati tradizionalmente contraddistinti dalla sintesi, funzionale ad individuarne il concetto, piuttosto che dall'analisi (3).

---

(1) L'*utilitas* della transazione, sia a livello individuale, che sociale, è generalmente riconosciuta e si pone all'origine della costante attenzione dedicata all'istituto nel corso dei secoli. «Utilitas sane eius eximia est, cum per transactionem, et amicabilem litium conventionem pax et concordia firmetur inter eos qui, in foro contendunt, quae semper viris bonis fuit chara, et legibus nostris merito commendata...» scriveva il maggior trattatista in materia all'inizio del secolo XVII (E.R. VALERON, *Tractatus de transactionibus. In quo integra transactionum materia theorice, ac practice, ingenti studio, et iusta methodo collecta, et exposita continetur*, Lugduni 1664, *Proemium* n. 2, 2 e n. 10, 3). Ma i medesimi toni enfatici sono già presenti in Bartolo (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis in Commentaria*, To. VII, Comm. ad C. 2.4 *de transactionibus*, l. *neque pactio*, Venetiis 1526 (rist. anast. Roma 1996), 57v) ed in Fulgoso (RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Domini Iustiniani Codicem*, Comm. ad C. 2.4 *Rubrica de transactionibus*, Lugduni 1547, 66v), solo per citare qualche esempio.

(2) Situazione del resto prevedibile per una fattispecie ai confini tra diritto processuale e diritto privato e, come tale, partecipe in egual misura dei due requisiti qualificanti della giustizia privata e del contratto.

(3) L'impossibilità di pervenire a risultati sicuri ed ad un approccio esplica-

Al di là delle due o tre ipotesi largamente testimoniate della negozialità genericamente intesa, quali il *contractus*, il *pactum* e la *conventio* (4) è dunque sempre rimasto sullo sfondo il non facile problema di

tivo della problematica, che almeno aspiri a dirsi definitivo, si riflette nella bibliografia sull'istituto, che segnala la presenza di indirizzi, in relazione ai quali si può forse parlare di correnti maggioritarie o minoritarie, ma non certo di univocità di risultati. Cionondimeno: il primo vero e proprio studio di diritto comune risale al saggio, apparso dopo la metà del XIX, a cura di C. RISCH, *Die Lehre vom Vergleiche mit ausschluß des Eides und Compromisses nach gemeinem Civilrechte*, Erlangen 1855. Si tratta di un'opera che è divenuta la guida base della trattatistica tedesca in materia. Negli stessi anni, in territorio francese, il medesimo ruolo in ambito romanistico viene svolto dall'indagine di C. ACCARIAS, *Études sur la transaction en droit romain et droit français*, Paris 1863; sua diretta filiazione è la tesi di dottorato di K. OUMÈ, poi pubblicata, e dal titolo, *De la transaction en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris 1889. La ricca produzione tedesca dopo il Risch, segnala, invece: A. STURM, *Die Lehre vom Vergleiche nach Gemeinem und Preussischen Rechte*, Berlin 1889 e, a pochi anni di distanza, P. OERTMANN, *Der Vergleich in gemeinem Civilrechte*, Berlin 1895. Per quanto concerne l'Italia, sino almeno agli anni '30, un'enumerazione organica, accompagnata da osservazioni e commenti è svolta da A. BUTERA, nel suo lavoro *La definizione dei rapporti incerti, I, Della transazione* (XV, Torino 1933) e nell'omonima, voce *Transazione* (diritto romano e diritto moderno), redatta per il *Digesto Italiano* (DI, XXIII, Torino 1925, pp. 1666-1816). Mentre, nell'ultimo secolo, l'interesse per la materia si è riaperto sia fra i romanisti, che fra civilisti. Per il primo ambito disciplinare, meritano di essere segnalati i saggi di taglio monografico di M.E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936 e F. STURM, *Stipulatio Aquiliana: Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München 1972. Maggiormente legati all'idea di un'evoluzione della *transactio* da causa negoziale a *contractus* si ricordano, invece, e senza pretesa di completezza: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani: nova negotia e transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli 1971; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere, contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto, ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, Torino 1995; A. BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale tra il diritto classico e post-classico in tema di transazione*, in *Seminarios complutenses*, IX-X, (1997-1998), Madrid 1999, e, da ultimo, M.A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004. Alla rassegna offerta si aggiungono ulteriori studi che saranno richiamati in prosieguo per il carattere particolare della loro trattazione, dedicata ad aspetti specifici della nostra problematica. Più recentemente, in ambito positivo, una ricognizione storiografica è compiuta da G. Gitti (*L'oggetto della transazione*, Milano 1999), ove si offre anche un lucida sintesi delle più autorevoli dottrine maturate tanto sotto l'impero del vecchio, che del nuovo codice (p. 23 nt. 64).

(4) G. FALCONE, *L'origine della definizione di sunallagma nella Parafrasi di Teofilo.1. Le fonti*, in *SCDR*, XI (1999), pp. 27-38, spec. p. 27.

collegare, sul filo della tradizione, le diverse tipologie del “*transigere*” e dei suoi valori semantici, propri e traslati.

Allo stesso modo, è rimasta insoddisfatta la necessità di collocare in uno schema autonomo, rispetto alla forma verbale, la più specifica *transactio*, in rapporto alla quale resiste anche il non minore problema dell'improponibile sinallagmaticità della *stipulatio*.

Alcune preziose indagini storiografiche sono state svolte in passato, ma si tratta di studi ormai risalenti e, per lo più, dedicati all'apporto offerto dal diritto comune classico a singoli profili controversi, ora per scelta degli autori, ora per la natura stessa delle trattazioni in cui sono inseriti (5).

Il lavoro che oggi si propone ha un taglio diverso.

Per superare le contraddizioni presenti nell'archetipo transattivo (6) che, sin dal tempo di Plauto e Terenzio, è documentato nella lingua letteraria latina con un bagaglio di significati via via appesantitosi (7), è parso subito opportuno procedere con una certa cautela.

(5) Alludo, in particolare, agli spunti significativi ed eloquenti offerti da Giuliana D'Amelio (*Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla Scuola di Napoli*, Napoli 1972, anticipato dal saggio *Transazione ed "auctoritas iudicialis" nella giurisprudenza del Regno di Sicilia*, in *ASD*, 12-13 (1968-1969), pp. 161-253) ed al lavoro di taglio “enciclopedico” di Ferdinando Treggiari (*Profili storici della transazione*, in *SS*, 104 (1992), pp. 304-378) entrambi, per scelta degli Autori, non finalizzati ad una esplorazione complessiva del negozio transattivo. Il primo è, infatti, volutamente circoscritto all'approfondimento solo di alcuni “momenti di rilievo” della transazione civile e canonica ritenuti significativi per la storia dei rapporti fra ordinamento ed autonomia privata, il tutto nella cornice della Scuola napoletana; il secondo, invece, versione “accresciuta” della voce *Transazione* (diritto intermedio), redatta per l'Enciclopedia del diritto (*ED*, XLIV, Milano 1992, pp. 790-813), mantiene, di questa, la struttura schematica e lo stile espositivo.

(6) M.A. FINO, *L'archetipo contrattuale transattivo: radici storiche e ruolo attuale nell'ordinamento*, in *RDR*, I (2001), pp. 405-459.

(7) Originariamente utilizzato per indicare “lo sbrigare faccende ed il portarle a termine” il verbo *transigere* ha visto nel corso del tempo arricchire il proprio bagaglio semantico, tanto da arrivare ad indicare oltre che le attività unilaterali del concludere e trascorrere (ad es. la vita o il tempo), quella convenzionale dell'accordarsi. In questo contesto, l'attitudine ad indicare l'attività con cui si pone fine ad una controversia, sia essa in atto o solo potenziale, è comunque latente e si appalesa come il fine cui è teleologicamente rivolto il verbo nei passi di Gaio e di Pomponio. Un consuntivo delle fonti in cui compare il sostantivo *transactio* in veste giuridica è stato stilato da Fi-

Pochi istituti hanno, del resto, suscitato tesi così apertamente in contrasto fra loro, non solo sul piano dell'individuazione della norma regolatrice, ma persino rispetto ai principi generali (8).

La materia, più che il frutto di una dottrina ben costruita, si presenta di sovente come la formulazione di un eterogeneo insieme di definizioni, raramente coerenti con le ragioni argomentative preposte dai singoli autori all'identificazione del lessema come conclusione, definitiva ed onerosa, di un rapporto controverso e/o processuale.

Proprio questo graduale processo di "distillazione giuridica" ha dunque suggerito l'idea che non fosse sufficiente esaminare il pensiero di singoli giuristi – o di un "circolo" di costoro quale espressione di una "scuola" specifica –, ma che neppure fosse possibile tentare di offrire un profilo integrale del negozio nel suo insieme, se non tenendo conto della relatività spazio-temporale dei problemi.

---

no, che ne attesta la più risalente testimonianza nei *Libri ad Sabinum* di Pomponio, a seguire, nella seconda metà del II secolo d.C., in cinque passi attribuiti a Giuliano e Gaio, per arrivare ai frammenti del giurista consigliere di Marc'Aurelio, Cervidio Scevola, in cui si trovano, ricorrentemente, tanto il sostantivo che la voce verbale. «La più ricca miniera di reperti dell'uso di *transigere* nella letteratura latina non strettamente giuridica» si rinviene, invece, nella produzione dell'Arpinate che, integrata con alcuni passi di Quintiliano, Tacito e Plinio, offre uno scorcio degli utilizzi del lemma nel linguaggio dei retori e degli autori dal I sec. a. C. al II d. C. Per tutto cfr. FINO, *L'origine della transactio*, spec. pp. 114 ss. (da cui la citazione); pp. 167 ss.; pp. 213 ss.; pp. 249 ss. Per la testimonianza di Pomponio si vedano inoltre SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, pp. 168 ss. e E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2002, p. 214; per l'elenco dei passi scevoliani MELILLO, *Contrabere, pacisci, transigere*, p. 264, mentre per la letteratura N. MARINONE, *Cronologia ciceroniana*, I, Roma 1997, pp. 19 ss.; pp. 53 ss.

(8) Così almeno sembrano testimoniare il Fontana con l'indicazione di oltre cinquanta titoli licenziati tra la fine del 1400 e la metà del 1600 (A. FONTANA, *Amphitheatrum legale seu bibliotheca legalis, Pars secunda*, Parmae 1688, (rist. anast. Torino 1961), *pars Quinta*, 748-750; *pars Septima*, 452), ed il Lipenius con circa altrettanti per il secolo successivo (M. LIPENIUS, *Bibliotheca realis iuridica*, Lipsiae 1757-1789 (rist. anast. Hildesheim 1970-1971), *Scriptorum Indice*, T. II, 419; *Emendationum*, Vol. II, 399; Vol. III, 1334-1336; Vol. IV, 1107-1109; *Supplementa ac emendationes*, 478-480 ma, per un controllo, anche B.G. STRUVE., *Bibliotheca iuris selecta secundum ordinem litterarium disposita atque ad singulas iuris partes directa*, Ienae 1725). Sul fortunato genere dei repertori, si veda da ultimo, di M. G. DI RENZO VILLATA, *Tra consilia, decisiones e tractatus ... le vie della conoscenza giuridica nell'età moderna*, in *RSDI*, LXXXI (2008), pp. 15-76, spec. pp. 36 e 66-69.

Volendo, infatti, rivedere le fasce del *transigere* più diffuse e meglio testimoniate nella circolarità del sistema del diritto intermedio, non è sembrato possibile fare a meno di dividere lo studio in due parti.

Quella iniziale è stata così dedicata alle identità e differenze terminologiche necessarie per convalidare l'esistenza di una realtà storica legata alla "*transactio*", diversa ed indipendente dal primitivo arco polisemico del *transigere* (9); quella successiva – di imminente pubblicazione – è stata rivolta all'analisi del rapporto dialettico fra gli impegni assunti *per promissa et pacta* e la *facultas agendi* delle parti.

La prospettiva indicata, appare, del resto, giustificabile anche in relazione all'ambiguità del negozio e della realtà analizzata, molto articolata per fasi, contesti territoriali e culturali – talora persino ideologici – che, evidentemente, sarebbe stato arduo far rientrare nell'ambito di una singola ricerca.

Questa prima trattazione, dunque, ove lo studio verrà condotto in modo sistematico, si soffermerà, pertanto, sul Quattro e Cinquecento, messi criticamente a confronto con la visione in due toni della dottrina più antica (10).

---

(9) La cui «subtilitas tituli difficilioris quam alius qui sit in corpore iuris» diviene un *incipit* classico, per scusare eventuali improprietà e difficoltà nella disamina della materia: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus*, Rubrica, 57v; GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4 *de transactionibus* Rubrica, Venetiis 1590, 64r; FRANCESCO CORTI, *Recentissima commodissima veraque consilia iurisperitis optatissima hac sculptione novissima curiose repurgata* (d'ora in poi *Consilia*), Lugduni, 1547, *Cons. LXXI*, 131-133; FRANCESCHINO CORTI, *In undetriginta Codicis Iustiniani rubricas, interpretationes luculentissimae, quarum nouem calcographorum stylum necdum senserunt ... C. 2.4 Rubrica de transactionibus*, Lugduni 1552, 66; GIO. F. PORPORATO, *Commentaria in titulos. C. De pactis et transactionibus*, Taurini 1531, n. 1, 49.

(10) Non di rado la scienza giuridica medievale ragiona "filosoficamente" in termini di opposizione (dal latino *oppositio* dal verbo *opponere*, opporre), spiegando, sulla base delle *Categorie* aristoteliche, la condizione per cui una cosa per le sue caratteristiche si pone, materialmente e/o idealmente, in netto contrasto rispetto ad un'altra. Nel IV Libro della *Metafisica* il concetto di opposizione si esprime in quattro forme caratterizzate da un diverso grado d'intensità: la contraddittorietà che rappresenta la maggiore tensione oppositiva fra concetti; la meno incisiva, ovvero la correlatività, ed i gradi intermedi cioè la privazione e la contrarietà, per maggiori riferimenti, cfr. *infra* Cap. II, nt.115.



E' nel quadro delle origini della scienza giuridica medievale, infatti, che la definizione assume valore strumentale rispetto ad ogni forma di riconoscimento e tutela.

Per i secoli successivi, poiché il problema assume, invece, un maggior spessore, sino a divenire crocevia di diverse metodologie di ricerca, i termini della questione si organizzeranno intorno alla funzione sociale ed alla rilevanza giuridica dell'istituto, con specifica attenzione all'accertamento di rapporti pregressi e alla costituzione di nuovi (11).

In materia transattiva, infatti, se per un verso il XV si presenta come il secolo cui giunge compatta l'eredità del passato, vi si percepisce altresì lo sforzo di superare ogni remora intellettuale di fronte alle elaborate "architetture" che avevano vanamente e a lungo impegnato glossatori e commentatori.

Lo strisciante malessere verso esegesi "pilotate", unito al disagio di fronte alle impostazioni preconcepite dei primi legisti, offriva del resto ai dottori del più tardo commento già indicazioni sufficienti in merito ad aspetti utili a promuovere investigazioni sui "nodi classici" della transazione e sulle cause storicamente determinanti la sua genesi nel pensiero giuridico.

Nelle diverse sfaccettature dell'articolato periodo di "transizione" fra XV e XVI secolo si coglie, dunque, un risveglio di interesse

---

(11) In realtà, l'ipotetica chiarezza del frammento C. 2.4.38 (l. *transactio*), normalmente alla base della tesi dell'onerosità dell'accordo, è stata di recente rivisitata dalla romanistica alla luce del precetto contenuto in C. 6.31.3 (l. *suus heres*), che ripropone lo stesso principio, aprendo, però, anche ad una serie di interrogativi derivanti dall'utilizzo dei tempi verbali. La tradizione ermeneutica è infatti propensa a ritenere che quanto *datum vel promissum* sia ciò che la controparte, rispetto a colui che rinuncia ad agire, deve dare/fare, se vuole che la transazione sia efficace; di converso, il *retentum*, riferito al rinunciante, starebbe ad indicare la possibilità di trattenere in luogo di corrispettivo una parte della *res de qua transigit*, che sia già nella sua disponibilità. Scrive in proposito Cujas: «transactio etiam nullius momenti est quia qui discedit a lite transigendi animo si nihil ei datur, vel promittatur vel se ipse nihil retineat ex bonis, de quibus transigit, transactio nulla est et qui ita transigit nihil agit. Nam transactio gratuita nulla est». Cfr. per tutto J. CUJAS, *Codex Iustinianus... recitationes solemnes*, in *Opera omnia in decem tomos*, Lutetiae Parisiorum 1658, TO. V, Ad Tit. XXXI, *De repudianda vel abstinenda hereditate*, IX, 1188, mentre per la restituzione integrale delle costituzioni ed una sommaria bibliografia, cfr. *infra* Cap. I, nt. 305.



che rompe il silenzio statico della civilistica, sino a quel momento propensa ad ignorare tanto le differenti stratificazioni concettuali caratteristiche della *sedes materiae*, quanto le palesi incongruenze da esse derivate (12).

Le singole “situazioni transattive”, sino ad allora un aggregato di strumenti flessibili di natura empirica, e non una categoria generale, si precisano nell’opera di Giason del Maino, Filippo Decio e Giovan Battista Caccialupi, che riordinano gli esiti di un’indagine volta a superare la dicotomia *pactum/contractus*.

Di costoro, più famosi, si esalteranno, perciò, le soluzioni originali, ma non si darà minor rilevanza alla schiera di autori, che, pure di minor prestigio e fama, in scritti dai titoli accattivanti, come «syntagma», «methodus», «ars», «oeconomia», avevano riletto e corretto la miopia degli interpreti precedenti.

Proprio a quella dottrina dall’armamentario ristretto e dalla cultura limitata, considerata con sufficienza dalle Scuole successive, in particolare, da quella culta, va ascritto il merito di aver intagliato un materiale informe, segnando nuove vie ermeneutiche, mai più abbandonate.

Senza soluzione di continuità, da allora in avanti, autori oscuri e professori famosi di tutta Europa si impegneranno così in un’intensa

---

(12) Come avremo modo di verificare nel Cap. I (*infra*, nt. 5) già il dettato di D. 2.15.1 pone rilevanti questioni di tradizione testuale. Le difficoltà ermeneutiche derivanti dalla reiterazione del verbo *transigere* nella l. *qui transigit* hanno portato, e tuttora portano, sia gli interpreti medievali, che gli storici contemporanei, ad interrogarsi su tale incongruenza lessicale nell’ambito di una proposizione che dovrebbe avere, invece, carattere definitorio. Per uno sguardo critico alle fonti sino alla testimonianza del *Codex Florentinus* ed ai suoi rapporti con la *littera bononiensis*, cfr. P. PESCANI, *De Dygestorum archetypo*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, pp. 587-628; ID., *Studi sul Digestum vetus*, in *BIDR*, 84 (1981), pp. 159-250 e ID., *La scoperta del Bononiensis*, *ivi*, 88 (1985), pp. 383-396; con più specifico riferimento alla transazione, invece, si vedano: C. BERTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, Torino 1900, p. 79; PETERLONGO, *La transazione*, p. 11; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, p. 172, nt. 4; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, pp. 276 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, pp. 248-249 e, da ultimo, FINO, *L’origine della transactio*, pp. 28-74. Infine, per la riproduzione fotografica del manoscritto, cfr. l’anastatica della “Littera Florentina”, in *Justiniani Augusti Pandectarum. Codex florentinus* (A. CORBINO – B. SANTALUCIA cur.), Firenze 1988, I, 52v.

produzione “a tema” che, in specifiche trattazioni monografiche, *repetitiones* di singole leggi, *disputationes* o più acute *dissertationes*, testimonierà la volontà di reperire la chiave di volta per la riedificazione dalle fondamenta di questo atto negoziale di autonomia privata.

L’obiettivo è anzitutto di far emergere le contraddizioni teoriche del passato, prive dell’acribia necessaria per smascherare impostazioni accomunate soltanto dal tentativo di non scalfire il dogma della sussidiarietà della transazione, quale negozio di secondo grado, rispetto al rapporto principale contestato.

E’ infatti questa la motivazione per cui glossatori e commentatori, restii a forzare, o anche solo ad aggirare, il rigido dettato delle fonti classiche, a loro volta ancorate all’idea che entrambe le parti dovessero essere gravate, *transigendi causa*, dall’onere di un’attività o di un’omissione, non riconobbero mai alla *transactio* un’idonea protezione giudiziale.

Concentrando l’attenzione sulle fonti italiane del maturo commento, prospettiva certo parziale ma significativa, si tenterà quindi di far luce sui passaggi cruciali delle successive tappe evolutive dell’istituto (13), sino al momento in cui, nei toni più nitidi della dizione umanistica, si cercherà di cogliere al meglio i punti di approdo del dibattito per dare autonomia all’istituto.

La svolta definitiva del pensiero giuridico nella concezione del *pactum transactionis causa factum* (14), in specie, e dell’attività negozia-

---

(13) L’attualità della questione ancora dibattuta dalla Scuola dell’esegesi, dimostra l’eccezionale sopravvivenza di questi problemi. Solo per uno sguardo, cfr. V. MARCADÉ e P. PONT, *Cours élémentaire de Droit Civil Français ou explication théorique et pratique du Code Civil*, IX, Paris 1867, n. 459, 225 (trad. it. *Spiegazione Teorico-pratica del Codice Napoleone*, Napoli 1878, n. 459, 253).

(14) La trasformazione si coglie, principalmente, dal modo in cui si appropria il *Corpus Iuris*. La compilazione era infatti intesa sia come documento attestante una disciplina del passato, che quale deposito di un insieme insuperato di schemi giuridici e di ragione. «Il gusto antiquario, la caccia ai testi smarriti, l’impulso all’edizione critica delle fonti antiche racchiudevano complessivamente questi significati nuovi: si apriva così il campo alla riflessione sulle istituzioni proprie di ciascuna patria e alla ricerca sulla legislazione e sulle forme politico-giuridiche più consone al vivere civile» (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 commune e*

le privata, in genere, si percepirà appieno, infatti, nel Seicento, quando l'impulso creativo della scienza giuridica sarà suggestionato dalla *simplicitas* del *ius gentium* e diverrà più ossequioso alle esigenze dei *mores hodierni*.

Qui, si vuole ricostruire la storia di una "sintesi", riduzione di una somma di elementi essenziali e caratteristici; in altre parole, di come le peculiarità di uno strumento originariamente non connotato da unitarietà concettuale, ma utilizzato, a seconda dei casi, per sopire liti, e/o accertare/terminare rapporti attraverso lo scambio di reciproche concessioni, possa chiamarsi transazione.

Infine, un'annotazione marginale intorno al metodo espositivo. Si sono trascritte molte fonti latine: non per frastagliare la continuità del discorso, ma per rendere più trasparente la lettura.

Ogni esegesi o parafrasi, infatti, avrebbe comportato, nella traduzione, un'interpretazione.

In questo bivio, è sembrato preferibile rimettere al lettore la scelta per agevolare la formazione di opinioni più libere e diverse.

---

*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. p. 42). Ma, per una sintesi, già M. REULOS, L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique) au XVIème siècle et au début du XVIIème siècle, 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), Vol. I, Firenze 1977, pp. 281-288.*

Giuffrè Editore

CAPITOLO I  
LA “CATEGORIA TRANSATTIVA”:  
NOZIONE, DEFINIZIONE ED ELEMENTI ESSENZIALI

SOMMARIO: 1. Nozione e definizione – 2. *Transactionis etymon, acceptio, definitio* – 2.1. (Segue) *ambigua vocis significatio* – 3. Gli elementi essenziali della transazione – 3.1. *Res litigiosa e lis incerta* – 3.2. *Res dubia* – 3.3. Reciproche concessioni: *aliquid datum vel receptum*

1. *Nozione e definizione.*

Buona parte degli sforzi dell’umanità si indirizzano alla ricerca del più vantaggioso accomodamento tra l’interesse generale e quello del singolo, e nel tentativo di bilanciare tali opposte esigenze.

I procedimenti, che ogni gruppo organizzato adotta per realizzare forme di convivenza sempre più funzionali ed armoniche, finiscono, dunque, per misurare il livello di complessità giuridica del contesto associativo in cui si svolgono.

Non è facile accettare che un proprio diritto non trovi soddisfazione. La frustrazione, se non è compensata economicamente, può dare luogo ad inconciliabili fratture: occorrono perciò strumenti idonei a garantire un equilibrio nei rapporti sociali, che prescindano dalla ferina regola della forza e dell’arbitrio.

La composizione negoziale della lite persegue tale scopo: cerca un punto di incontro, una mediazione, fra l’oggettività del diritto, che si realizza con il suo accertamento coattivo e giudiziale, e l’affermazione individuale.

«“Transigens” non vincit nec vincitur» scriveva Andrea Alciato, riecheggiando l’insegnamento di più insigni maestri (1): egli, diversamente, in nome di una maggiore concretezza e di un più sano pragmatismo, accetta di trasformare una pretesa, soggettivamente fondata, in un benessere moderato, ma prontamente esigibile.

Questa è la forza della transazione, ed in ciò si iscrive la sua vita come istituto di lunga durata.

Ma se «laudari etiam potest a sui frequentia et efficacia» (2), l’elevata varietà terminologica da cui essa è stata via via, nel corso del tempo, caratterizzata, coerente con l’altrettanto numerosa quantità di distinzioni fra diverse tipologie compositive offerte dalla compilazione giustiniana, costituisce un vero e proprio percorso ad ostacoli per la ricostruzione storica di questo istituto e per la sua funzione processuale.

E’ vero, infatti, che per qualsiasi fenomeno giuridico, cui si attribuisca una significativa durata nel tempo, si pone preliminarmente il problema di circoscriverne l’entità sul piano concettuale, ma dinanzi all’*amicabilis compositio* si avverte immediatamente il carattere indistinto del negozio, amplificato da una molteplicità di orientamenti interpretativi, tesi a valorizzare qualche singolo elemento e tuttavia inadatti ad una visione unitaria (3).

Nel corso dei secoli, si è finito quindi per identificare l’unione di *trans* con *agere* pressoché con l’intera area dei rapporti umani (4).

---

(1) Il riferimento corre ai più insigni esponenti del commento, da Bartolo a Baldo, ma diviene un *topos* cui facilmente ricorre anche tutta la dottrina successiva. Per la fonte qui specificamente ricordata, cfr. A. ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos aliquot Commentaria*, To. IV, Comm. ad C. 2.4.15 *de transactionibus*, l. *ut responsum, § acceptilatio*, Lugduni 1560, n. 11, 80.

(2) PORPORATO, *Commentaria, Rubrica de transactionibus*, C. 2.4, 49.

(3) Non solo è lecito a tutt’oggi dubitare che, quello cui il linguaggio settoriale giuridico moderno si riferisce con il termine “*transigere*”, corrisponda all’uso dello stesso glossema da parte dei giuristi romani, ma la polisemia caratterizza anche il verbo italiano, ancorché la varietà dei significati si espliciti tutta nel «raggiungimento di un accordo di natura compromissoria». Cfr. S. BATTAGLIA, voce *Transigere*, in *Grande Dizionario della lingua italiana*, G. BARBERI SQUAROTTI (a cura di), 21, Torino 2002, pp. 170 ss.

(4) Dopo una prima identificazione del lessema *transigere* con l’idea di pas-

Di tutto ciò occorre tenere debito conto.

Del resto, nemmeno il dato normativo ha mai potuto fornire solidi appigli.

Infatti, il frammento D. 2.15.1. (l. *qui transigit*) (5), di centralità straordinaria stante la sua collocazione all’apertura del titolo *de transactionibus* dei *Digesta*, porta evidentemente con sé tutti i limiti dell’inserimento di una proposizione definitoria estrapolata da un contesto che definitorio non era affatto, e restringe la portata dell’elemento teorico, come denota l’evidente mancanza di scorrevolezza del passo (6).

---

sare attraverso, documentata sino alla fine del V e la prima parte del IV secolo, si passa ad una sfera di significati svincolati dall’azione fisica di “ultimare” o “finire”, per indicare un’attività commerciale volta a concludere affari contraendo obblighi. In questo senso compare in Plauto 8 volte, in altrettante commedie diverse. Dalla metà del I secolo la fonte di riferimento per documentare l’uso del termine è Cicerone, che non solo testimonia la perdita della connotazione di movimento tendente ad una conclusione, ma indica un accordo economico a definizione di una situazione pendente. Nella *pro Roscio*, del 76, si profila così una nozione ormai tecnica della transazione, che realizza, per la prima volta, «una coincidenza del significato fra antico e moderno» (SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, p. 7 e pp. 27 ss.). Per una rassegna dall’età arcaica cfr. PETERLONGO, *La transazione*, pp. 329-341; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, pp. 259 ss., mentre un compendio ragionato delle fonti giuridiche e letterarie è offerto da FINO, *L’origine della transactio*, pp. 99 ss., peraltro in vari spunti contestato da F. ZUCCOTTI, *A proposito di un recente libro*, in *RDR*, 5 (2005) (<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>), cui *contra* ancora FINO, *Ancora a proposito di ‘transigere’, ‘transactio’, ‘transigere’ e ‘transazione’*, in *D@S* (<http://www.dirittoestoria.it/>), n. 4 (2005), *Note e rassegne*. L’analisi filologica dell’etimologia del verbo poggia, invece, quasi totalmente sulle tesi dei noti latinisti francesi E. ERNOUT – E. MEILLET (*Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1959<sup>4</sup>, pp. 699 ss.), allo stato, peraltro, non contrastate nemmeno dalle recenti ricerche di G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea. Rivelazioni della linguistica storica*, I e II, Firenze 1984 e ID., *Dizionari etimologici. Basi semantiche delle lingue indoeuropee*, II (*Latino e voci moderne*), Firenze 1994.

(5) Il passo: D. 2.15.1 (*Ulpianus libro quinquagesimo ad edictum*). *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit*. Per le questioni semantiche e topologiche dell’intero titolo *de transactionibus*, il rinvio va a FINO, *L’impiego dell’Appendix nella compilazione dei «Προτα»*. *Studio di un’anomalia*, in *SDHI*, 68 (2002), pp. 399 ss.: una ricerca programmaticamente filologica ove l’autore, con una ricostruzione di tipo congetturale per dimostrare la tardiva realizzazione, e il forzato inserimento del Titolo D. 2.15., si produce in una critica motivata alle antiche dottrine romanistiche, non trascurando rapidi accenni a letture e strumentazioni attuali.

(6) La compilazione giustiniana si pone come fonte predominante del re-

Quest'ultimo, evinto dal libro del commentario di Ulpiano all'Editto consacrato ai *Testamenta*, offre, infatti, l'esempio di uno stile "approssimativo" e di una "poco brillante tecnica retorica", che inciampa nella ripetizione del termine *transigit/transigit*, contrapposto alla coppia *pacisci/remittit* (7).

Solo incidentalmente, dunque, il passo ulpiano riguarda la transazione e, più che una nozione istituzionale, presenta una differenziazione di concetti (8) che non attribuisce assolutamente la medesima

---

gime della transazione. A questo istituto sono specificamente dedicati: D. 2.15, C. 2.4, entrambi intitolati *De transactionibus* e C. 2.4.31 *Si adversum transactionem vel divisionem minor restitui velit*. In un intervento in Senato, riportato in D. 2.15.8, Marco Aurelio fissa, poi, le modalità ed i requisiti di validità della *transactio* in materia alimentare, limitandone l'applicazione alla sola ipotesi in cui il diritto alla prestazione derivi da disposizione testamentaria. Tale intervento imperiale consente la citazione di regimi speciali di alcune figure compositive inerenti a materie per loro natura delicate ed incerte. Per quanto concerne le altre opere della Compilazione, non si rileva menzione della transazione nelle *Istituzioni*, ove di tale negozio non si trova accenno nei titt. 3.13 e 3.29 intitolati *De obligationibus* e *Quibus modis obligatio tollitur*, senza peraltro che ciò debba stupire, data la natura eminentemente didattica di tale opera. Per il periodo antecedente, una sorta di continuità di norme e precetti fino alla Compilazione è garantita dal *Codex Theodosianus* ove il titolo 2.9 *De pactis et transactionibus*, contenente tre riferimenti alla nostra fattispecie privi, tuttavia, di un qualsiasi intento definitorio (MELLILLO, voce *Transazione* (dir. rom.), in *ED*, XLIV, Milano 1992, pp. 771-790, spec. pp. 772 e 777; una rassegna delle opere pregiustiniane si ha, inoltre, in PETERLONGO, *La transazione*, pp. 320 ss.). Pare comunque opportuno sottolineare che una precoce ricognizione delle nostre fonti si può già reperire nel XVII secolo, grazie all'acribia investigativa di uno dei maggiori esponenti della Scuola Elegante olandese: G. NOODT, *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus, Liber Singularis*, in *Opera Omnia*, To. II, Coloniae Agrippinae 1763, Caput III, 427.

(7) FINO, *L'impiego dell'Appendix*, p. 433 nt. 118.

(8) Così BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale*, pp. 51 ss. In realtà, in un genere letterario che mantenne sempre intatta la propria struttura espositiva casistica ed "alluvionale", come quello dei commentari *ad edictum*, il momento della riflessione teorica non ha mai avuto una sede ben definita nell'economia generale del lavoro, ma si è di volta in volta accompagnato all'analisi di uno specifico caso di scuola, o all'osservazione della singola fattispecie normativa, secondo le esigenze interne di un progetto non sistematico di lavoro. La l. *qui transigit* (D. 2.15), che più che di *transactio*, parla di *transigere*, articolandosi in un confronto fra concetti, ne è testimone. Nella prima sezione, infatti, presenta due situazioni "tipo" accomunate entrambe dall'incertezza che le parti intendono eliminare attraverso l'accordo transattivo al fine di raggiungere un equilibrio fra le opposte pretese di cui sono portatrici. La seconda parte del testo, al contrario, precisa l'oggetto del *pacisci*, ponendo l'accento sulla stabi-



capacità denotativa alle due fattispecie *pacisci* e *transigere*, appuntando, semmai, la loro peculiarità sulla diversità dell'oggetto, ovvero la *res dubia* e la *lis incertaneque finita* da un parte, e la *res certa et indubitata* dall'altra (9).

Il frammento che segue – I. *transactum* (D. 2.15.2) – descrive, a propria volta, la transazione per via sommaria, attraverso la sincronia tra *pactum conventum* e *stipulatio* quali strutture alternativamente espressive del *transigere* (10).

Infine, i due passi paolini contenuti nel cinquantesimo libro dei *Digesta* (D. 50.16.229-230), che nulla hanno in comune con i frammenti che, rispettivamente, precedono e seguono nel medesimo titolo, se non la comune origine da Paolo, completano il quadro, legando la

---

lità della fattispecie che in questo modo può essere regolata e sull'*animus* necessario per la sua attuazione. Di natura squisitamente medievale è, infine, l'identificazione della gratuità del negozio pattizio, cui si contrappone l'onerosità di quello transattivo (per cui *infra* § 3.3). Cfr. J. FREIXAS, *Una contribucion al estudios de Ulpiano "ad edictum"*, D. 2.15.1 (*De transactionibus*), in *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la ensenanza (1936-1986)*, Madrid 1988, pp. 223-234. Più risalenti, ma sempre valide anche le impressioni di E. LEVY, *Pauli sententiae. A palinogenesia of the opening titles as a specimen of research in West Roman vulgar law*, Ithaca 1945, p. 60 nt. 285.

(9) Per una lettura storicamente attenta della fonte D. 2.15.1 e della sua interpretazione nel corso dei secoli, effettuata tenendo principalmente conto del ruolo "inaccettabile" della reiterazione del *transigit*, frutto, più che del periodare ulpiano, del lavoro di un oscuro copista o, comunque, derivante da un lavoro di "tradizione" testuale, cfr. *Lineamenti di storia del diritto romano*, TALAMANCA (sotto la direzione di), Milano 1989, p. 700, § 141 e FINO, *L'origine della transactio*, pp. 41-74. Una preconizzazione delle difficoltà ermeneutiche del passo in relazione al ruolo di *pacisci* e *transigere* si coglie, nelle fonti, in Hugues Doneau che, come vedremo in seguito, con coraggio, affronterà il problema. Cfr., per i passi, H. DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, Biturigibus 1572, spec. 174 e 177-179.

(10) Il passo D. 2.15.2 – (*Ulpianus libro septuagesimo quarto ad edictum*). *Transactum accipere quis potest non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum* – distingue la *transactio* dal *pactum* in ragione del carattere incerto della *res* o della *lis*, ma a dispetto di una disciplina apparentemente autonoma, quest'ultima continuerà, a lungo, a partecipare dei limiti delle formule, o dei negozi, attraverso cui è di volta in volta formata. Per letture alternative sul ruolo del *pactum* e della *stipulatio* in tema di transazione cfr. PETERLONGO, *La transazione*, pp. 12 ss., 177 e 311 ss.; *contrariis* S. RICCOBONO, *Intepretatio duplex* del fr. 2. *De transactionibus II*, 15 in *BIDR*, XLIX-L (1948), pp. 6-29; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, pp. 172 ss.

*definitio transactionis* al concetto di “conclusione” tipico del passare oltre (*agere trans*) (11).

Isolare le differenze nelle strutture costitutive di ciascun rapporto riconducibile al *transigere* diventava, pertanto, imprescindibile per il giurista di diritto comune che, posto di fronte alla convenzione onerosa, cui il diritto romano sembrava ricorrere sia per superare il generico conflitto di interessi fra privati, sia per risolvere rapporti litigiosi, toccava con mano la difformità fra fattispecie accomunate da una solo apparente omogeneità terminologica (12).

Ma in questa «iustiniana confusio» (13), liberare l'essenza della *transactio* da ogni suggestione metagiuridica non era, comunque, di per sé solo, sufficiente.

La sua natura ancipite si riproponeva, infatti, anche di fronte ad ogni tentativo per uscire dalla classica antitesi fra l'area del patto e del

---

(11) I passi: D. 50.16.229 (*Paulus libro singulari de tacitis fideicommissis*). “*Transacta finitave*” *intellegere debemus non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint possessa*; e D. 50.16.230 (*Paulus libro singulari ad senatus consultum Orfitianum*) *ut sunt iudicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita*. Un commento in MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, pp. 263-265 e 276 nt. 642.

(12) Le notevoli ripercussioni che derivano alla sistematica transattiva dalla diversa ampiezza assegnata al lemma *transigere* sono segnalate da F. TREGGIARI, voce *Transazione*, pp. 806-813. Una rivisitazione di questa interpretazione, ritenuta classica (cfr. BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale*, pp. 45 ss.), è portata dall'analisi delle fonti greche (cfr. FINO, *L'origine della transactio*, pp. 57-58 e 73). La rinuncia inerente una posizione giudizialmente contestata (o che potrebbe esserlo) è ciò che differenzia il *transigere* dal *pacisci donationis causa*, che, viceversa, viene riferito all'abbandono di una posizione certa, incontestata o, comunque, accertata in modo definitivo. A tal proposito Fino, infatti, scrive: «*qui transigit* come minimo ha un risparmio e spesso anche un guadagno dalla rinuncia con cui chiude o previene una controversia, e questo non si limita certo al credito di gratitudine nei confronti del beneficiario, che, viceversa, risulta essere ciò che al massimo può aspirare *qui paciscitur donationis causa*». Così anche A. SALOMONE, *La transazione “post rem iudicatam”*, in *Index*, 28 (2000), pp. 379-408, spec. p. 391.

(13) L'espressione di Francesco Calasso (*Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959, p. 217) segnala icasticamente l'intrinsecità, cioè l'intima pertinenza ravvisabile nella reciprocità del rapporto fra *transigere* e *pacisci*, che in diritto romano perdura dall'età decemvirale sino alla comparsa dell'*Aquiliana stipulatio*, in epoca ciceroniana, garantendo alla composizione amichevole della lite un destino autonomo sul piano processuale. Cfr. anche MELILLO voce *Transazione*, pp. 774-776.

contratto, quali sottoinsiemi della *conventio*. Una costruzione, quest'ultima, post-classica (14), probabilmente coeva con la creazione di un titolo separato dedicato "alle transazioni" all'interno del *Corpus Iuris*, rielaborata, poi, in termini diversi ed originali dai *doctores* (15).

In mancanza di una nozione univoca, l'attenzione dei primi legisti bolognesi, che forse già da allora mirava più ambiziosamente a precisare i rapporti fra la *transactio* e l'intera categoria negoziale, si era perciò concentrata sul piano meramente lessicale.

---

(14) In merito al *contractus* quale specificazione del più ampio *genus* della *conventio* giustiniana, la letteratura è vastissima. Per qualche accenno ai lavori editi nell'ultimo trentennio cfr. A. BISCARDI, «Quod Graeci synallagma vocant», in *Labeo*, 29 (1983), pp. 135 ss.; *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*: Milano, 7-9 aprile 1987, I, Milano 1988; *Contractus e pactum: tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della Littera florentina*: Copanello, 1-4 giugno 1988, F. MILAZZO (a cura di), Napoli 1990; *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*: Siena, 14-15 aprile 1989, N. BELLOCCI (a cura di), Napoli 1991; BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *SCDR*, V (1993), pp. 41-66, spec. pp. 63-66; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto, passim*; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa: aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002 e, da ultimo, per una lettura critica, G. ROMANO, *Conventio e consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed. D. 2.1.4.1.3)*, in *AUPA*, 48 (2003), pp. 239-331.

(15) Secondo un convincimento, fortemente radicatosi in dottrina nel corso dei secoli, si sarebbe ravvisata una perfetta specularità fra i termini *conventio* e *consensus*, nel lessico romano, entrambi in qualche modo espressivi di una comune volontà (R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, 37 (1983), p. 194 e SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, pp. 148 e, per quanto riguarda la tradizione di diritto comune, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, p. 563, ma anche ID., *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di Storia del Diritto*, I, Milano 1996, pp. 1-25, spec. pp. 10-11). I legisti bolognesi, dal canto loro, assegnarono alla *conventio* il significato di accordo non giuridico, perché privo dell'obbligatorietà. In questo contesto, il concetto di patto, di carattere più specifico, venne quindi ad assumere una preminenza sistematica in virtù del suo valore dispositivo, sconosciuto, invece, al *nomen* generale (Cfr. R. VOLANTE, *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano 2001, p. 47).

Dapprima i glossatori si erano dunque soffermati sull'*etymon vocabuli* e, poi, solo di riflesso, sulla vera e propria *definitio* di cui, tuttavia, avevano da subito percepito il valore strumentale rispetto ad ogni ulteriore prospettiva di indagine.

Le conclusioni erano, dunque, state all'insegna della differenziazione *secundum nomen et secundum significationem* (16), mentre lo sforzo ermeneutico si era proteso a suggerire l'operazione logica per garantire un aggancio con il mondo delle azioni esperibili in giudizio.

L'assorbimento del *genus contractus* nella più ampia categoria dei *pacta (induta)* (17) avrebbe, infatti, potuto legittimamente aprire una via utile per la tutela processuale della transazione.

---

(16) «hoc scilicet modo de transactionibus tractat, dicendo quid sit transactio secundum nomen et secundum significationem» (ROGERIO, *Summa Codicis*, tit. *De transactionibus*, in *Scripta Anelecta Glossatorum*, Bologna I, 1913, n. 1, 67a).

(17) La teoria prende avvio da una rappresentazione elementare: alla base vi è il *pactum*, categoria generale, cui il giurista medievale riconduce tanto il *contractus* romano – momento esclusivo della negozialità bilaterale *stricti iuris* – quanto il *pactum*. I patti si dividono poi in principali (nudi e vestiti) ed accessori. Questi ultimi, a loro volta si classificano e distinguono in forza della sostanza, della natura o in virtù di semplici elementi occasionali (*accidentalità*). La paternità della teoria è usualmente attribuita a Piacentino (*In Codicis Domini Iustiniani Libros IX summa*, d'ora in poi *Summa Codicis*, Lib. II, *De pactis*, Tit. III, Moguntiae 1536 (rist. anast. Torino 1962), 40-47), ma i suoi presupposti si ritrovano già nel testo dell'*Ulpianus de edendo*, un *ordo iudiciorum* normanno (*Incerti auctoris Ordo iudiciorum. Ulpianus de edendo*, ed. Haenel, Lipsiae 1838, p. 38, sulla cui struttura e origine, da ultimo, si è espresso A. GOURON, *A twelfth century Scottish treatise: the ordo "Ulpianus de edendo"*, in *TR*, 78 (2010), pp. 1-14). Le origini della teorica dei *vestimenta* sono ricostruite sia in terra di *mos italicus*, in Mantica – cfr. *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conuentionibus in libros viginti septem dispertitae. (Tomus primus [-secundus]. – Romae 1609<sup>1</sup>*, Lib. XXIV, Titt. II-VIII, per cui *infra* nt. 236 – che in terra di *common law* in Bracton – *De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque*, Londoni 1569, ove si parla di *clothes of pact*, in contrapposizione a *bare pact, naked promise, nude contract*. Cfr., ancora, in tema: J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le Droit classique de l'Eglise*, Paris 1933, spec. pp. 75-83; *The teaching of Roman law in England around 1200*, F. DE ZULUETA – P. STEIN, London 1990, spec. p. XLI; P. STEIN, *The vatican school*, in *Miscellanea Domenico Maffei dicata: historia, ius, studium*, A. GARCIA Y GARCIA – P. WEIMAR (a cura di), Vol. II, Golbach 1995, pp. 11-19, spec. pp. 17 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Torino 1997, pp. 48-51 e da ultimo VOLANTE, *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 1 e 27 e ss.

Purtroppo, però, l'impegno scientifico, per quei primi anni, non sembra premiato, così come pare impossibile uscire dal *cul de sac* delle *exceptiones* (18).

Vediamone più da vicino i motivi.

## 2. Transactionis etymon, acceptio, definitio (19).

I glossatori, pensando la *transactio* come un comportamento individuale, atipico, non erano andati oltre il dato impressionistico di una sorta di *intentio* o *utilitas* valorizzandone le sfumature, peraltro non sufficientemente supportate sotto il profilo documentale e argomentativo.

In pari tempo, vedendola come rappresentazione soggettiva, funzionale solo a sollecitare le parti a soprassedere alle rispettive contestazioni per scongiurare la lite (20) – una sorta di “motivo” nel linguaggio odierno –, l’avevano estraniata dal meccanismo processuale delle *actiones*, facendola ricadere nell’ampia categoria dei *pacta iniqua* (21).

---

(18) «effectus transactionis talis est quod parit solummodo defensionem et non actionem» (ROGERIO, *Summa Codicis*, tit. *De transactionibus*, n. 8, 68).

(19) PORPORATO, *Commentaria, Rubrica de transactionibus*, C. 2.4, 49. Per notizie sull’Autore pinerolese, cfr. *infra* nt. 69.

(20) Sulla “contrazione” – l’espressione è di TREGGIARI, voce *Transazione*, p. 807 – del significato esegetico di *transactio* presso i glossatori, sia consentito il rinvio al mio, *La res dubia nella transazione dal diritto comune ai codici: un problema aperto*, in *Amicitiae pignus: Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano 2003, pp. 1745-1793.

(21) La assoggettavano così al medesimo regime dettato per l’osservanza di questi ultimi: l’adempimento era garantito dalla *fides*, dall’*arbitrium* e dall’*auctoritas*; si escludeva ogni azionabilità in giudizio («dicimus neque civilem praescriptis verbis, neque pretoriam de dolo oriri debere»); in assenza di elementi esterni a rafforzare il patto transattivo, la tutela era data solo in via di eccezione («his rationibus cessantibus, ex pacto transactionis dabitur exceptio»). Cfr. *Summa codicis des Irnerius* (hrsg. von H. FITTING), Berlin 1894 (rist. anast. Frankfurt 1921), *De Transactionibus*, Lib. II, Tit. IV, n. 5, 28; n. 6, 29; ROGERIO, *Summa Codicis*, tit. *De pactis*, nn. 1 e nn. 4-7, 62-63 e tit. *De transactionibus*, nn.1; 8; e nn. 10-11, 67-68; *Questiones de iuris subtilitatibus*, tit. VIII, *De transactionibus*, ed. G. ZANETTI (a cura di), Firenze 1958, n. 13, 41; PIACENTINO, *In Codicis Domini Iustiniani libros IX summa* (rist. anast. Torino 1962), *Moguntiae* 1536, *De transactionibus*, tit. IIII, 47 e 50. La motivazione – secondo Azzone – risiedeva nel fatto che normalmente «actori superest vetus actio ad quam redire

Si era così acuita la distanza, già difficilmente colmabile, tra essa ed il *genus contractus*.

Il difetto della reciprocità del sacrificio, infatti, sembrava loro insuperabile a causa della natura stessa della remissione dell'azione (22), un abbandono non definitivo, né irrevocabile, della pretesa vantata dall'attore e, ad ogni buon conto, incapace di vestire *rei interventu* il *pactum transactionis causa factum* (23).

La situazione si era poi complicata di fronte alla sua supposta incapacità di produrre situazioni giuridiche nuove (24).

---

potest»; eccezionalmente, quando questa fosse stata, invece, perenta: «datur ei conditio ob causam contra reum» (AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, Papie 1506 (rist. anast. Torino 1966), C. 2.4, *De transactionibus*, 27); ma si veda anche ODOFREDO, *Matura, diligentissimeque repetita interpretatio, in vndecim primos pandectarum libros* (d'ora in poi *Matura ... Interpretatio*) *De transactionibus* Rubrica, l. *qui transigit*, Lugduni 1550, nn. 1-4, 92.

(22) Qualificata dapprima come *non facio ut des* (PIACENTINO, *Summa Codicis, De transactionibus*, tit. IIII, 50) e poi come *quasi do ut des* (*Dissensiones dominorum, sive Controversiae veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur*, ed. G. HAENEL (a cura di), Leipzig 1834 (rist. anast. Aalen 1964), § 18, l. *sive apud acta*, pp. 263-264.

(23) Cfr. per maggiori riferimenti G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 17-19; TREGGIARI, voce *Transazione*, pp. 790-813, spec. pp. 801-804. Una notazione interessante: Carlo di Tocco, ancora per l'epoca sua, testimonia una rilevante differenziazione nel riconoscimento e nella tutela delle obbligazioni contratte mediante patto nudo sulla scorta della diversa nazionalità dei contraenti. In altre parole, secondo il glossatore beneventano, un longobardo che non avesse mantenuta la promessa poteva vedersi costretto all'adempimento del patto, mentre un romano no. Per una riflessione in tema e la restituzione integrale del passo della Lombarda, si veda C. STORTI, *Stranieri ed "estranee" nelle legislazioni germaniche*, in *Le relazioni internazionali nell'Alto Medioevo*, Spoleto, 8-12 aprile 2010, Spoleto 2011, pp. 383-436, spec. pp. 431-432 e ntt.182-184. Per il testo originale, invece, *Leges Langobardorum cum argutissimis glossis Caroli de Tocco*, G. ASTUTI (prefazione di), Torino 1964, gl. *quantomagis*, Lib. II, *De debitis et quadimoniis*, l. XXVIII, *Si quis ammodo* e, soprattutto, gl. *sicut cui malum*, Lib. II, *Qualiter diversarum legum homines*, l. I, *Sicut consuetudo nostra est*.

(24) In merito alla costante incapacità di individuare nella transazione una fonte di obbligazioni, piuttosto che una causa di sola estinzione delle stesse, si ricordano, tanto le *Questiones de iuris subtilitatibus* (ove una concisa formula recitava: «transigo igitur ut des mihi aliquid: huius pacti nomine non esse actionem constat»), che la gl. *contrahendi transigendique*. Con la notevole efficacia rappresentativa che le è propria, quest'ultima, infatti, confrontava, segnalandone gli elementi distintivi, il "negozio contrattuale" con quello transattivo: l'uno come generatore di obbligazioni,



I commentatori, pur scettici a parole sulla validità dei risultati di tali opzioni ermeneutiche, di fatto avevano invece continuato ad applicarle, anche ben oltre i limiti che avrebbe loro imposti la fedeltà al *Corpus Iuris*, senza, pertanto, conseguire risultati di particolare rilievo in ordine alla costruzione di una diversa sistematica (25).

La "più marcata" definizione della *transactio* quale contratto innominato proposta da Bartolo (26) si era così esaurita nell'attribuzione di un *nomen generis* (27), senza che da essa fosse in alcun modo scaturita una rinnovata interpretazione dell'istituto.

---

l'altro come mezzo per la loro estinzione. E, a tal fine, recitava: «negotii contrahendi, obligationis constituendae [...] vel transigendae obligationis tollendae». Per i testi cfr. *Questiones de iuris subtilitatibus*, VIII *De transactionibus*, n. 3, 35; ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *consensum*, D. 2.14.1.3 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, Venetiis 1488 (rist. anast. Torino 1969), 37.

(25) Con Cino si ha il recupero di tutta l'elaborazione dottrinale più risalente, ma senza novità di rilievo. I testi, in CINO DA PISTOIA, *In codicem et aliquot titulos primi pandectorum tomi, id est, digesti veteris doctissima commentaria* (d'ora in poi *In Codicem... Commentaria*) Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, Francoforti ad Moenum 1578 (rist. anast. Torino 1964), nn. 3-8, 66-66a.

(26) Per un quadro di sintesi segnaliamo: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Digesti Veteris*, in *Commentaria*, To. I, Venetiis 1526 (rist. anast. Roma 1996), Comm. ad D. 2.14.1.3 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, n.1, 85: «transactio est nomen quod congruit omni contractui per quem ab obligatione recedit [...] ergo tale nomen non facit contractus nominatus», nonché il commento alla l. *iuris gentium* (Comm. ad D. 2.14.7 *de pactis*, l. *iuris gentium*, n.1, 86), che, però, conferma la sola capacità estintiva della *transactio*. L'orientamento di Bartolo sarà, nel tempo, oggetto di ampia riflessione. Una per tutte la testimonianza di Giasone del Maino: «secundum Bartolum transactio est contractus innominatus, cum habeat nomen generis [...] Et adverte, quod dum textus hic dicit contrahendi, transigendique causa, vult dicere, quod conventio specie est: sive fiat animo contrahendi, sive animo transigendi et sic distrahendi. Nam transactio dicitur [...] transitus ab actione [...] Terminus ergo transigendi non ponitur in hoc texto in specie pro transactionem [...] sed capitur generaliter pro distractu seu recessu» (GIASONE DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *huius edicti*, Venetiis 1590, n. 7, 142v).

(27) Come sottolineerà Decio anni dopo: «sed Bartolus ibi non loquitur de actione: solum dicit ibi et declarat an sit contractus nominatus, ex se solo, quia nomen ei imponatur et distinguit inter contractus iuris gentium et iuris civilis. Sed in casu nostro dicatur contractus innominatus: quia actionem non producit» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Venetiis 1570, Comm. ad C. 2.3.21 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 1, 165).

Né a Baldo, che pure fra tutti costoro si distingue per concretezza e rigore, può essere ascritto un atteggiamento più spregiudicatamente innovatore. La conciliazione fra il *facere* e il *dare*, anche in questo autore è, infatti, più forzata che convinta (28).

Solo sul finire del secolo si apre qualche spiraglio, quasi una sorta di critica alle incongruenze trecentesche (29), ottenuta trasferendo

---

(28) La “lettura” della complessa l. *sive apud acta* conferma gli assunti sopra proposti: «iste autem finis numquam habitur perfecte quia licet non petatur hodie, tamen poterit peti cras, vel alio tempore, merito ergo, quia non habemus totalem impletionem, non habemus debitum vestimentum, nec sufficientem materiam ad actionem» (BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis 1599, Comm. ad C. 2.4.28, *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, 124-124v). Cfr. anche l’opinione di Baldo riferita dal Caccialupi nella *repetitio* alla l. *iusiurandum* (GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, Papie 1513, 16v).

(29) La complessità del quindicesimo secolo, quale età di passaggio, è stata dalla storiografia più volte sottolineata sia in sede di indagini sulle fonti, che in occasione dello studio delle “precoci manifestazioni umanistiche” in singoli giuristi. Per una panoramica, si vedano: DI RENZO VILLATA, *Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell’età moderna*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell’Europa. Atti del Convegno di Varenna: 12-15 giugno 1979*, Milano 1980, pp. 329-388; EAD., *Scienza giuridica e legislazione nell’età sforzesca*, in *Gli Sforza a Milano e in Lombardia e i loro rapporti con gli stati italiani (1450-1530)*, Milano 1982, pp. 65-145; G.P. MASSETTO, *La cultura giuridica civilistica*, in *Storia di Pavia*, III, 2, Milano 1990, pp. 475-531; ID., *Le fonti del diritto nella Lombardia del Quattrocento*, in *Milano e Borgogna. Due Stati principeschi tra Medioevo e Rinascimento*, J.-M. CAUCHIES – G. CHITTOLETTI (a cura di), Roma 1990, pp. 49-65; M. ASCHERI, *Giuristi umanisti e istituzioni del Tre-Quattrocento*, in *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini 1991, pp. 101-138; E. CONTE, *Umanisti e “bartolotti” tra i colleghi romani di Marc Antoine Muret*, in *RIDC*, 4 (1993), pp. 171-189; A. BELLONI, *L’insegnamento giuridico in Italia e in Francia nei primi decenni del Cinquecento e l’emigrazione di Andrea Alciato*, in *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai giorni nostri: strutture, organizzazione, funzionamento*, Atti del Convegno Internazionale di Studi: Milazzo 28 settembre-2 Ottobre 1993, A. ROMANO (a cura di), Soveria Mannelli 1995, pp. 153 ss.; D. QUAGLIONI, *La cultura giuridico-politica fra Quattro e Cinquecento*, in *Storia di Torino*, II, *Il basso medioevo e la prima età moderna (1280-1536)*, R. COMBA (a cura di), Torino 1997, pp. 628-642; ID., *Tra bartolotti ed antibartolotti. L’umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Garibaldi Mofa (1541)*, in *Studi di Storia del diritto medievale e moderno*, F. LIOTTA (a cura di), Bologna 1999, pp. 185-212, spec. pp. 186-190; P. GILLI, *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l’Italie médiévale (XIIe-XVe siècles)*, Paris 2003; F. AIMERITO, *L’insegnamento del diritto*, in *Alma felix Universitas studii Taurinensis. Lo Studio generale dalle origini al primo Cinquecento*, I. NASO (a cura di), Torino 2004, pp. 173-208, spec. pp. 179-186.



il piano logico di riferimento dalla considerazione della transazione, quale tassello del più ampio e generale ragionamento sulla forza processuale dei *pacta* (30), ad elemento della categoria generale del contratto (31).

Il nucleo del *transigere* non è, infatti, più rappresentato dalla *litis transitio*, nel vano tentativo di equipararla ad una qualsiasi forma di adempimento indispensabile per parlare di contratto (32), ma nella corrispettività delle prestazioni *hincinde* richieste (*mutuum factuum obligatorium*), senza che tale lettura possa essere messa in crisi dal frequente ricorso al *pactum* come veste della *transactio* (33).

---

(30) Nella ricerca di una sostanziale continuità del processo evolutivo della cultura giuridica, non si può fare a meno di osservare per il Quattrocento la piena validità del principio per cui *ex nudo pacto actio non oritur*. Ciononostante, diventano frequenti le liste di eterogenee *fallentiae* utili – forse quasi indispensabili – per conferire efficacia a fattispecie negoziali atipiche, attraverso la proliferazione di eccezioni alla regola base. Un esempio ci viene da Andrea D' Exea, giurista francese, autore di uno dei quattro *Tractatus de pactis* contenuti nei *Tractatus universi iuris* – ma altrimenti poco noto – che, nella tralatizia esposizione della maggiore dottrina bartolista, sulla scia di quanto già fatto da Giason del Maino (*In Primam Digesti Veteris Partem*, Comm. ad D. 2.14.7.4 *de pactis*, l. *iuris gentium*, § *sed cum nulla*, 148) offriva un'eccezionale carrellata di *fallentiae* all'inesigibilità del patto nudo, da cui, senza esitazioni, allontanava la transazione (EXEA A. D', *Tractatus de pactis*, in *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris* (d'ora in poi *TUI*), Venetiis 1584, VI, P. II, spec. nn. 1-8, 1 e nn. 295 ss. Notizie su Andres de Exea (m. 1575), professore all'Università de Valence, giudice, autore del Trattato *de pactis* del 1572 e del Commentario *de constitutionibus* del 1545, si veda la voce, *Exea André d'*, di P. ARABEYRE, in *Dict. H.J.Fr.*, p. 316. Sul *De Pactis*, già ampiamente BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, in particolare, cfr. il saggio II: *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, pp. 99-190, da ultimo apparso in *Towards a general law of contract*, Berlin 1990, pp. 249-366 (la numerazione delle pagine nelle citazioni successive sarà sempre relativa all'ed. Cagliari '88). Altre notizie, più di recente, sempre in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 65-66.

(31) Per una più trattazione più specifica si rinvia al Cap. 2, § 3. *Transactionis causa*.

(32) Nel tentativo, sempre abortito, di vestire il patto *rei interventu* per veicolarlo in una qualche categoria di contratto *sine nomine*.

(33) Un saggio di questa nuova metodica ci arriva da Caccialupi che, riprendendo Bartolo, non si appaga dell'attribuzione di qualifica di *contractus sine nomine* alla *transactio* solo sulla base di un *nomen generis*, né si perde dietro al forzato inserimento del negozio in una delle quattro classificazioni proposte dalla l. *naturalis ff. de praescriptis verbis*, ma: «posito quod transactio proprie in specie sumpta sit contractus

Da questo momento le lunghe catene di citazioni si rincorrono sul filo di un'unica trama che cresce pian piano su se stessa, dando vita ad un lungo ed ininterrotto tessuto interpretativo.

Non si svolge certo fra le pagine dei molti che, stancamente, ripetevano le conclusioni della *communis opinio*, quanto piuttosto in quelle di Giasone del Maino (34) e di Filippo Decio (35), passando per il

---

[...] dicas quod est innominatus [...] et concludendo potest adactari cuiuslibet speciei ex illis quattuor» (GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, 17). La corrispettività, nel Cinquecento, diverrà anche la pietra angolare dell'impalcatura teorica costruita da Alciato – come di molti altri autori di spicco della Scuola culta – *contra*, invece, Hotman che assumerà *transigere* in luogo di *decidere* (*Commentarius de verbis iuris*, in *Operum* (To. I, Pars II), Lugduni 1599, *Transigere*, 951-952, spec. 951, da cui la citazione.

(34) Giasone del Maino (1435-1519). Sulla complessa ridefinizione della figura accademica e della personalità intellettuale del maestro “milanese”, soprattutto in rispondenza ai profili “umanistici” qui trattati, cfr. F. SANTI (già autore dell'omonima voce per il *DBI*, 67, Roma 2006, pp. 605-607) *Giasone del Maino giurista umanista*, in *BSpuSP*, CIII (2003), pp. 25-69; a ritroso, si ricordano inoltre BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 66, 87-90; BELLONI, *L'insegnamento giuridico in Italia*, pp. 153 ss.; A. SOTTILI, *L'Università di Pavia nella politica culturale sforzesca*, in *Università e cultura. Studi sui rapporti italo-tedeschi nell'età dell'Umanesimo*, Goldbach 1993. Ancora BELLONI, *Professori e giuristi a Padova nel secolo XV. Profili bibliografici e cattedre*, Frankfurt am Main 1986, pp. 221-227, per un esauriente elenco delle prime edizioni e DI RENZO VILLATA, *Scienza giuridica e legislazione*, pp. 65-145, mentre per una panoramica sulle opere cfr. il recente saggio, più volte citato, sempre della DI RENZO VILLATA, *Tra consilia, decisiones e tractatus*, pp. 30-31 e, da ultimo, G. DI RENZO VILLATA-G.P. MASSETTO, *Facoltà Legale: Diritto Civile (1361-1535)*, *L'insegnamento del diritto civile*, in *Almum Studium Papiense. L'università di Pavia dal Medioevo al XXI secolo*, D. MANTOVANI (a cura di), cds, testo corrispondente alle nt. 209 e ss. del manoscritto che la cortesia degli autori mi ha consentito di leggere in bozza.

(35) Filippo Decio (1454-1535). Allievo del fratello Lancelotto e di Giasone del Maino a Pavia, si laureò in Pisa nel 1475, fermandosi poi come docente sino agli inizi del Cinquecento. Di carattere litigioso, si trasferì più volte, trovandosi sia a Siena, che a Padova, per poi, infine, rientrare a Pavia. Celebrato, al suo tempo, come grande didatta e giurista, non solo ebbe come discepoli uomini di grandezza indiscussa quali Leone X, Cesare Borgia e soprattutto Francesco Guicciardini, ma fu anche tra i più prolifici autori dell'ultima generazione dei giuristi di tradizione medievale. La sua opera più nota è il *De regulis iuris*, scritta nel 1521. Per un resoconto completo ed aggiornato cfr. la voce omonima di A. MAZZACANE, in *DBI*, 33, Roma 1987, pp. 554-560, contenente, inoltre, ampi riferimenti bibliografici. Si vedano poi: BELLONI, *Professori e giuristi a Padova nel secolo XV*, spec. pp. 9 e pp. 78-80; DI RENZO VILLATA, *Scienza giuridica e legislazione*, pp. 98-100 nt. 49 ed in merito ai suoi rapporti, “ormai decrepi-

trattato di Giovan Battista Caccialupi (36), autori, insomma, che avevano percepito il "nuovo" e da esso si erano lasciati in qualche modo conquistare.

---

to", con i giovani francesi approdati in Italia, in particolare con Jean de Coras, cfr. D. MAFFEI, *Nota minima su Antonio Augustin e Jean Matal*, in ID., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Golbach 1995, pp. 375-382, ma anche con Jean Feu (su cui E. CORTESE, *Jean Feu a Pavia nel 1509-10. Propaganda francese nella Lombardia conquistata*, in *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert Festschrift für Knut Wolfgang Norr*, ASCHERI (a cura di), Koln 2003, pp. 121-143). Per le edizioni delle opere, da ultimo, si rinvia ad A.M. GIOMARO – C. BRANCATI, *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Edizioni Studio @lfa 2005 e ad A. MATTONE – T. OLIVARI, *Dal manoscritto alla stampa. Il libro universitario italiano nel XV secolo*, in *Manoscritti, editoria e biblioteche dal medioevo all'età contemporanea. Studi offerti a Domenico Maffei per il suo ottantesimo compleanno*, M. ASCHERI – G. COLLI – P. MAFFEI (a cura di), Roma 2006. Infine, per l'influenza esercitata dai suoi studi sulla tematica negoziale, cfr. F. CARPINTERO – J.J. MEGÍAS – M.J.R. PUERTO – E.V. DE LA MORA, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz 2003.

(36) Giovanni Battista Caccialupi (1420-1496). Allievo, a Perugia, di Giovanni Petruccio Montesperelli ed Angelo Perigli per il diritto civile e di Andrea Baglioni, vescovo di quella città, per il canonico, appare come il più celebrato giurista attivo a Roma (ove fu chiamato da Sisto IV) alla fine del Quattrocento. Prolifico autore, si ricorda in particolare per il Trattato *De modo studendi et vita doctorum*, che composto nel 1467, venne poi stampato a Venezia a partire dal '72, per una trentina di edizioni (cfr. A. MATTONE, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, in *Tra diritto e Storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dall'Università di Siena e di Sassari*, Soveria Mannelli 2008, pp. 39-122, spec. p. 39). Sempre nella città toscana, nella tipografia del tedesco Enrico da Colonia vede la luce, nel 1486 (A.G. CAVAGNA, *Librai e tipografi a Pavia nel Cinquecento*, Milano 1981, p. 239), il *Tractatus de transactionibus*, da me consultato nell'ed. Papie 1513. Uno studio puntuale sulla vita del giurista di San Severino si deve a D'AMELIO, *Caccialupi, Giovanni Battista*, in *DBI*, 15, Roma 1972, pp. 790-797. Da allora, quest'ultimo ha destato negli storici un interesse crescente, come dimostrano i saggi di MAFFEI (*Giovanni Battista Caccialupi biografo*, in *ZSS, KA*, 83 (1997), pp. 393-399) e di P. NARDI (*Giovanni Battista Caccialupi a Siena: giudice delle Riformazioni e docente nello Studio*, in *SS*, 109 (1997), pp. 83-124). Ulteriori riferimenti, si vedano, inoltre in: C. DIONISOTTI, *Filologia umanistica e testi giuridici fra Quattrocento e Cinquecento*, in *La critica del testo. Atti del Secondo Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, I, Firenze 1971, pp. 192-198, cui si deve la citazione; ASCHERI, *Giuristi umanisti e istituzioni del Tre-Quattrocento: qualche problema*, in *A-J*, 3 (1977), pp. 62-70; C. BASTIANONI – G. CATONI, *Impressum Senis: storie di tipografi, incunaboli e librai*, Siena 1988, pp. 17-40; *Lo studio e i testi: il libro universitario a Siena (secoli XII-XVII)*, ASCHERI (a cura di), Siena 1996; ID., *La normativa di diritto comune per lo straniero nell'opera di G. B. Caccialupi da San Severino*, in *Stranieri e forestieri nella Marca dei secc. 14.-16*, *Atti del XXX Convegno di studi maceratesi*: Macerata 19-20 novembre 1994, Macerata 1996,

In questo intreccio, che arriva senza soluzione di continuità sino all'Alciato (37), non ha nemmeno quasi più senso, per lo storico, parlare di "prima" o "seconda mano" per un riferimento passato dal maestro all'allievo (38).

---

pp. 93-113; ID., G. B. Caccialupi (1420-1496) *fautore dei monti di Pietà*, in *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, R.H. HELMHOLZ – P. MIKAT – J. MÜLLER – M. STOLLEIS (hrsg. von), Paderborn 2000, pp. 643-653; D. GIRGENSOHN, *Die Anleitungen zum studium der jurisprudentz an den Universitäten de späteren Mittelalters*, in P. LANDAU – J. MUELLER, *Proceedings of the ninth International congress of Medieval canon law: Munich, 13-18 July 1992*, Città del Vaticano 1997, pp. 523-552, più di recente, ancora MATTONE – OLIVARI, *Dal manoscritto alla stampa. Il libro universitario italiano nel XV secolo*, pp. 708-709.

(37) I legami fra i summenzionati giuristi sono noti. Non solo, infatti, vi fu una relazione diretta maestro-allievo fra Giason del Maino ed Alciato, come fra lo stesso Maino e Decio – quantomeno prima che si instaurassero fra i due burrascosi rapporti di colleganza – ed, infine, fra Decio e Alciato. Ma i processi migratori che portano tanto Alciato, quanto Decio, nella Francia di Francesco I sono più o meno dettati dalle stesse motivazioni. Quando l'Alciato si laureò a Ferrara nel 1516, ed emigrò poi ad Avignone, lo studio pavese era ormai chiuso a causa delle vicende belliche del ducato milanese e rimase inattivo sino al 1533, anno in cui Alciato fu richiamato per insegnarvi. In quel tempo, dunque, passare in Francia per un giovane "milanese", di nascita o formazione, era quanto mai plausibile visto che il ducato si trovava sotto il dominio di Francesco I. E in Francia, per qualche anno, insegnò pure Filippo Decio, ugualmente milanese e parimenti docente a Pavia sino al 1511. Cfr. per maggiori notizie su questa migrazione intellettuale G. PARDI, *Titoli dottorali conferiti dallo Studio di Ferrara nei secoli XV e XVI*, Lucca 1901, rist. Bologna 1970, p. 116; R. ABBONDANZA, *La laurea di Andrea Alciato*, in *Italia Medievale e Umanistica*, 3 (1960), pp. 325-374, spec. pp. 325-328; ID., *Alciato (Alciati) Andrea*, *DBI*, 2, Roma 1960, p. 270; ID., *La vit et les oeuvres d'André Alciat*, e ID., *Premières considérations sur la méthodologie d'Alciat*, entrambi in *Pédagogues et juristes*. Congrès du Centre d'Études Supérieures de la Renaissance de Tours: Été 1960, Paris 1963, pp. 93-106 e pp. 107-118; MAZZACANE, voce *Filippo Decio*, pp. 557-558; BELLONI, *L'insegnamento giuridico in Italia*, pp. 137-158.

(38) Alla luce delle considerazioni svolte sinora risulta arduo in questo particolare settore separare in modo netto e deciso l'apporto degli ultimi commentatori, come Maino e Decio, da quello di umanisti del calibro di Alciato che, pure promotore del funzionale avviamento di una nuova sistematica, non solo risente le influenze del suo retroterra culturale, ma è altresì improntato ad una certa moderazione. Una lettura più problematica della tradizionale contrapposizione fra *mos italicus* e *mos gallicus* ha del resto dimostrato per la prima metà del Cinquecento una coesistenza e complementarietà dei due sistemi. E' nella seconda metà del secolo che si assiste ad una profonda frattura fra epigoni del commento ed umanisti radicali, con l'insegnamento di professori quali Cujas e, in misura minore, Doneau. Cfr. oltre a quanto già indicato, J.L. THIREAU, *L'enseignement du droit et ses méthodes au XVIe siècle. Continuité ou*

Ciò che si coglie, infatti, è una spiccata propensione ad assicurare efficacia giuridica ad una situazione negoziale che, in partenza, mancava dei requisiti necessari: non attraverso una nuova sistemazione dell'inattaccabile ed inamovibile equilibrio di rapporti fra patto e contratto, ma, anzi, proprio eludendo quella classificazione che, più di tanto, non si prestava a forzature.

Il reimpiego del materiale medievale, che pure c'è, è, dunque, nuovo ed originale.

Si passa, in questa fase di transizione, ad un tipo di ricerca diversa, che prendendo avvio dalla nozione, eviti di ricadere in una nuova e più grave forma di genericità metodologica e, al contrario, porti in luce tutti i processi e le linee di sviluppo del segno linguistico del *transigere* (39), consentendo una migliore messa a fuoco dei problemi di diritto sostanziale ad esso sottesi, laddove declinato nella forma di *transactio*.

Non è, infatti, inusuale che nella lingua latina un sostantivo venga ad assumere un particolare valenza tecnica, invece, mancante nel verbo da cui discende.

Anche nel nostro caso, dunque, l'impiego tecnico del sostantivo utilizzato per indicare una particolare tipologia di atti produttivi di *obligationes* si contrappone, per converso, ad un uso estremamente generico del verbo adattabile, indistintamente, ad una gamma amplissima di situazioni che oltrepassano il significato tecnico per sconfinare nel linguaggio comune. Mentre gli sforzi degli interpreti si uniscono per legare i fili del discorso giuridico in modo razionale, disponendo i precetti

---

*rupture?*, in *AHFDJ*, 2 (1985), pp. 27-36, spec. pp. 29-33; sulla stessa linea V. PIANO MORTARI, *Itinera juris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli 1991, pp. 69-78, 113-123, 367-372; BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 7-12; MATTONE, *Manuale giuridico e insegnamento del diritto nelle università italiane del XVI secolo*, in *D@S*, 6 (2007), *Storia & Diritto, tra Antico e Moderno, Contributi*.

(39) Moltissime sono infatti le potenzialità del *transigere*: «aliud est transactio aliud pactum aliud amicabile compositio aliud finis refutatio sive remissio aliud renunciatio; tamen in largo modo quilibet ex predictis possit appellari transactio» (GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus* cit., 16).

in logica successione, seguendo una concatenazione rigorosa, ricostruibile attraverso lo strumentario dialettico che l'Umanesimo aveva riportato in luce, a cominciare dall'utilizzo del *locus a definitione* (40), in luogo del ricorso, di solito più frequente, anche se spesso inconsapevole, alla *descriptio* (41).

### 2.1. (*Segue*) ambigua vocis significatio.

Ma scorriamo più da vicino i testi.

Se una prima identificazione della *res transacta* con la *res finita* è conforme all'etimo, rivelandosi aderente ai due luoghi paolini contenuti in D. 50.16.229-230, l'asse delle ricerche si sposta.

La disputa, iniziata su un crinale puramente etimologico dai primi glossatori, si intreccia ora, nel panorama dottrinale del più tardo commento, con la capacità dispositiva riconoscibile alla remissione onerosa dell'azione giudiziale, e la ricognizione si focalizza sulla *causa utilis* (42) che presiede all'onerosità dell'accordo.

---

(40) Sull'ampia diffusione delle opere dialettiche nel corso del XVI secolo, oltre che per un'elencazione cfr. PIANO MORTARI, *Diritto logico e metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978, spec. pp. 126-169. Per un diretto contatto con i testi, si veda, invece, il *De praeceptis Definitionis*, di Hotman, ove il giurista, con una prosa stringente ed un atteggiamento inflessibile, declina le regole espositive e le potenzialità insite nella *definitio*, che, per essere una «brevis et circumscripta explicatio eorum rerum quae sunt eius rei proprie quam definire volumus», deve a sua volta essere *propria, brevis et aperta*. Cfr. F. HOTMAN, *Institutionis Dialecticae ex fontibus Philosophorum, libri IIII*, in *Operum* (To. I, Pars II), *De praeceptis definitionis*, 1203-1206, spec. 1203.

(41) Si trattava di un *locus* ricco di grandi possibilità argomentative. Il giurista doveva reperire il contenuto sostanziale del concetto giuridico in esame, per distinguerlo da altri e poi elaborarlo. Doveva, in altre parole, procedere alla ricostruzione della natura ed all'individuazione dell'essenza di una regola, o di un istituto, esprimendone la sostanza *ex genere et differentia*. La ricognizione degli elementi logici comuni offriva così la possibilità di costruire idee generali (*genera*) comprensive dei diversi modi di essere di una sostanza, indicati a loro volta come *species*, inconfondibili però fra loro perché, pur appartenendo al medesimo *genus*, erano altresì dotate di attributi essenziali e particolari (*differentiae*). Questi modelli di definizione appartengono sia al commento, che all'umanesimo. Cfr. PIANO MORTARI, *Diritto logico e metodo*, pp. 148-149 nt. 81.

(42) L'idea di fondo, come spiegherà più avanti Doneau, pur richiamandosi



La formazione della nozione di *transactio* come *contractus* occupa, infatti, in questi anni, un posto centrale, storiograficamente leggibile solo se la si vede come punto di arrivo dell'articolato dibattito sulla qualificazione di questo *novum negotium*.

L'itinerario argomentativo passa, quindi, attraverso momenti distinti.

Inizialmente, a dispetto della specificità della *sedes materiae*, lo sguardo si volge all'individuazione della particolare esperienza socio-

---

a maestri del calibro di Decio, era quella di sfruttare la causa sino alle sue estreme potenzialità, così come era già stato del resto previsto dalle *Questiones de iuris subtilitatibus*. Infatti, se il «pactum quod in nomen speciale non transit, tunc parit actionem, cum subest causa» (*De dolo malo*, 46, n.1) allora anche la *transactio*, benchè conclusa in via informale, sarebbe comunque stata azionabile (*ex pacto agi potest*), perchè «caussa subsit praeter conventionem». Al contrario, «si nulla causa [...] ex pacto actio non nascitur» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 182). Sull'amplessimo e complesso tema causale in materia transattiva si rinvia, ancora, al Cap. 2, § 3. Quale prima guida bibliografica per il rapporto causa/negozio giuridico si vedano, oltre alle note voci di E. BETTI, voce *Causa* (diritto romano), in *NNDigI*, III, Torino 1959, pp. 30 ss.; G. GROSSO, voce *Causa del negozio giuridico* (diritto romano), in *ED*, VI, Milano 1960, pp. 532 ss. (ora in *ID.*, *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato Persone Obbligazioni Successioni*, Torino 2001, pp. 684 ss.); CORTESE, voce *Causa* (diritto intermedio), in *ED*, VI, Milano 1960, pp. 535-547, spec. p. 545; G. HANARD, *La cause dans les contrats: données romaines et codes civils français et allemand*, in *Droit romain et identité européenne*. Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992 (ora in *RIDA*, Supplément au Tome XLI, 1994), pp. 103 ss.; *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. II Congresso Internazionale ARISTEC: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995, L. VACCA (a cura di), Torino 1997, per i saggi ivi contenuti di G. BROGGINI, *Causa e contratto*, pp. 9-32; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, pp. 35-61; SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, pp. 85-130; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, pp. 131-144; BIROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento* (materiali per un corso monografico), pp. 189-215 ed, infine, il Congresso internazionale "La formazione del sistema giuridico latino americano: codici e giuristi", Roma e America. Diritto romano comune: Salerno-Amalfi, 19-21 aprile 2001, pubblicata in *RIUEAL*, 12 (2001), per i saggi di A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmatica de los juristas medievales y modernos en la codificación europea y americana*, pp. 167-320, di A. PALMA, *Note critiche sul concetto di causa*, pp. 321-325 e di C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa: la prospettiva del diritto europeo*, pp. 327-338. Da ultimo, si segnala la monografia di T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, pp. 26 e ss., alla cui ampia analisi circa gli apporti della dottrina civilistica contemporanea si rinvia, spec. pp. 35 e ss.

economica che l'ampiezza semantica della composizione del *trans* con l'*agere* permette di individuare all'interno dei rapporti fenomenici.

In un secondo momento, la riflessione scientifica si concentra sulla qualificazione dei rapporti fissati linguisticamente dall'uso tecnico di *transactio* e, da ultimo, sulla loro tutela.

Secondo Giason del Maino, la prima grande scissione da operare è, ancora, perciò, *secundum nomen et secundum significationem* (43), ma senza che questo ridimensionamento del significato sortisca l'effetto di degradare il ruolo ricoperto al suo interno dall'aspetto convenzionale, inibendone approfondimenti ulteriori.

*Largo modo sumpto* (44), infatti, *transactio* qualifica un'attività portata a termine, che, se, più specificatamente riferita ai rapporti controversi fra le parti, si risolve in una: «quasi transitio et recessus ab actione et sic a lite (*argumentum ab aethymologia vocabuli*)» (45), e si sovrappone alla generica e complessiva idea di estinzione, «qua pro cuiuscumque negotii terminatione accipitur» (46).

---

(43) Attestazioni di questa metodologia si rintracciano in Giason del Maino e Filippo Decio (GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4 *de transactionibus Rubrica*, n. 2, 64 e FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4 *De transactionibus, Rubrica*, n. 5, 175v). Un tratlatia riproposizione delle problematiche insite nella polisemia del *trans* unito all'*agere* si leggono, però, ancora nel Cinquecento, quando Nikolaus Kistner (per cui *infra* nt. 175), richiamandosi alla dottrina del diritto comune classico, oltre alle precoci riflessioni di Fulgoso e Maino, giungerà sino alla rappresentazione della problematica offerta da Connan (cfr. N. CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus, Commenarij*, Basileae 1566, n. 1, 7 e n. 7, 25). Infine, i medesimi passaggi logici per condurre quella generale *significatio* che «in omni negotio gerendo est aliquis finis etiam meta nobis proposita» ad uno più specifico e caratteristico scopo, che possa essere unico per la nostra tipologia negoziale (ovvero, *finire litem consensu*) si rintracciano nell'opera di Doneau, che, proprio per il tema che ci occupa, arriverà a traslare quel *verbum compositum* da *trans et agendo*, sino alla *conventio* per cui è possibile *consentire de litem finienda* (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 174 e 178).

(44) «largo modo transactio dicitur quocumque modo a lite recedatur» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.1 *de transactionibus*, l. *qui transigit*, n. 9, 175v).

(45) *Ibidem*.

(46) Si veda, sul punto, TREGGIARI, *Profili*, p. 360.



L'interpretazione, di per sé non originale, viene mutuata in via tralatizia dal pensiero giuridico più risalente, forse riconducibile al Piacentino.

Il glossatore aveva, infatti, isolato con una modesta operazione filologica il *verbum compositum* (*trans agere*), cui *latissime* era stato attribuito il significato di *conficere* e *ad alium negotium transitum facere*, allargato un primitivo arco semantico, e svincolato il comportamento transattivo dalla più immediata idea della comunicazione dell'azione fisica del “passare oltre”, assegnandogli un'area polisemica più ampia, con il significato di «quasi actionis transitio» e «non minus litium finis legitimus» (47).

Lo sforzo ermeneutico compiuto dagli interpreti più antichi si era tuttavia orientato ad una bipartizione (48), a seconda che l'idea di “condurre” e “portare a compimento” fosse genericamente intesa o, al contrario, specificamente applicata alla lite, già in atto o futuribile (49), per scongiurare il ricorso all'azione (*transactio proprie sumpta*) (50).

In un *climax* crescente di distinguo e di dubbi, insomma, i primi legisti bolognesi avevano ragionato in termini di *pactum in genere* e di *pactum remissionis in specie*. Da ciò la conseguenza inevitabile di identificare il *transigere* con l'*agere*, la transazione con la rinuncia al giudizio ed il transigente con l'attore (51).

“Fondendo” la qualifica di legittimato ad agire, ovvero “confondendo” la figura del soggetto legittimato all'azione in giudizio, derivante dal rapporto giuridico sottostante sul quale vi era aperto conflit-

---

(47) Una testimonianza per tutte viene dal Piacentino (PIACENTINO, *Summa Codicis, De transactionibus*, tit. IIII, 47).

(48) Si trattava di un *topos* ricostruttivo, condotto attraverso le usuali categorie genere/specie, quale *modus arguendi* tipico di un ridotto impianto logico-dialettico.

(49) AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, 26.

(50) «ultimo nota [...] iuncta glossa, quod transactio est nomen generale ad refutationem et ad finem et ad omnem aliam speciem finiendae obligationis» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.11 *de transactionibus*, l. *fideicommissio*, n. 8, 100). In realtà la numerazione del foglio è errata, dovrebbe, infatti, trattarsi del 70.

(51) ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *qui transigit*, D. 2.15.1, *de transactionibus*, l. *qui transigit*, 45v.

to, (52) con quello di parte nel contratto di transazione, creato appositamente allo scopo di superare detto antagonismo (53), il significato del *transigere* si era “contratto” (54), l’*agere* era stato inteso in senso esclusivamente processuale da Accursio (55), mentre la l. *cum te proponas* (C. 2.4.2) non aveva concesso margini per ulteriori epiloghi interpretativi (56).

Il Trecento non aveva innovato.

Alberico, nel suo *Dictionarium*, scriveva, infatti, ancora: «transactio dicitur quasi actionis transitio: quia is qui transigit, recedit ab actione sibi competente» (57) e Bartolo, richiamando la glossa, non

---

(52) Laddove avessero osservato la fattispecie dal punto di vista del convenuto, si sarebbe trattato di *transactio improprie dicta*. Un lucidissimo Piacentino spiegava, infatti, che: «dicta est transactio quasi actionis transitio, ab actione enim transit qui transigit, etiam is qui agit proprie transigere dicitur: sed is cum quo agitur transigere dicitur, sed abusive». Quindi: «[...] magis proprie dici potest non facio ut des, quam facio ut des. Nec enim qui transigit facit id est desistit» (PIACENTINO, *Summa Codicis, De transactionibus*, tit. IIII, 47-47v). Conforme Azzone (*Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, 27).

(53) «in hac quaestione [...] glossa distinguit inter dolum actoris et rei [...] Certe si glossa intelligit quod dolum impedit translationem dominii rei traditae obligationem, non bene intellegit: quia ubi transigunt actor et reus, est reperire obligationem ultrocitroque intervenientem et postea traditionem rei promissae. Nam si transigimus ut te liberem et tu mihi des X hic est obligatio hincinde: quia ego ad liberandum, et tu ad dandum obligaris. [...] Unde si glossa intelligit quod dolum actoris hic impedit translationem rei, non recte intelligit [...] Si vero intelligit glossa quod dolum actoris impedit obligationem non bene dicit [...] et sic intelligendo non est differentia inter actorem et reum» (CINO DA PISTOIA, *In Codicem ... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.29, *de transactionibus*, l. *sub preatextu*, n. 5, 65).

(54) L’espressione è di TREGGIARI (*Profili*, p. 362).

(55) «dicunt autem transactio quasi actionis transitio. Ab actione nam transit qui transigit et ita is qui agit proprie dicitur transigere. Reus autem improprie dicitur transigere» (ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, gl. *cum te*, C. 2.4.2., *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, Venetiis 1488 (rist. anast. Augustae Taurinorum, 1968), 40v).

(56) Il passo prospettava una transazione intervenuta fra fratello e sorella per scongiurare ogni futura ipotesi di rivendicazione giudiziale da parte della donna sull’eredità paterna, dalla quale era stata esclusa. Poiché la transazione prevedeva una *datio* da parte dell’ipotetico convenuto all’altrettanto ipotetico attore, affinché costui dismettesse l’azione, ed è nei fatti il fratello a versare denaro alla sorella, la lettura classica aveva finito per identificare in quest’ultimo – *Luctatius*, appunto – il *reus*, e nell’accordo una transazione “impropria” («et sic “transegisse” ponit improprie»). Per il testo latino, cfr. *infra* nt. 208.

(57) ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, Ve-

si era mai veramente allontanato dall'idea di remissione/recesso dall'azione (58).

---

netiis 1573, 822. Sul *Dictionarium iuris* si vedano: M. MONTORZI, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli 1984, pp. 270-303 e, da ultimo, A. ERRERA, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino 2006, pp. 114-115. Per la diffusione cinquecentesca dell'opera di Alberico, cfr., invece, DI RENZO VILLATA, *Tra consilia, decisiones e tractatus cit.*, p. 24 nt. 29. Sulla figura del giurista bergamasco molti gli scritti. Un primo studio biografico, accompagnato anche dalla pubblicazione dei testamenti, risale a G. CREMASCHI, *Contributo alla biografia di Alberico da Rosciate*, in *Bergomum*, XXX (1956), pp. 3-102, mentre per la voce "ufficiale" si veda, L. PROSDOCIMI, in *DBI*, 1, Roma 1960, pp. 656-657 e ID., *Alberico da Rosciate e la giurisprudenza italiana del secolo XIV*, in *RSDI*, 29 (1956), pp. 67-74. Aspetti specifici, come il rapporto con le istituzioni, in particolare con la *curia viscontea*, in qualità di legislatore, sono stati poi approfonditi da C. STORTI, *Prassi dottrina ed esperienza legislativa nell'Opus Statutorum di Alberico da Rosciate*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du colloque de Montpellier: 12-14 décembre 1977*, Milano 1979, pp. 435-489, mentre per l'attenzione dedicata alla disciplina degli statuti cittadini si rinvia a A. ROMANO, *Le quaestiones disputatae nel "Commentarium de statutis" di Alberico da Rosciate in Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali*, IV, *Le quaestiones disputatae*, Reggio Calabria 1975, pp. 47-224, più di recente a QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione: le "Quaestiones statutorum di Alberico da Rosciate"*, in ID., *"Civilis Sapientia". Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna*, Rimini 1989, pp. 35-76 e, da ultimo, anche ad A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 234-238.

(58) «nam transactio est nomen quod congruit omni contractui per quem ab obligatione recedit: ut hic cum Glossa super verbo transigendi» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Digesti Veteris*, Comm. ad D. 2.14.1.3 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, n. 1, 85). Le considerazioni che, per l'epoca del Commento, inducevano ad escludere un uso circoscritto ad una nozione strettamente tecnica della *transactio* sono enucleate e commentate da Giasone del Maino («nota sub verbo "transigendi": secundum Bartolum transactio est contractus innominatus, cum habeat nomen generis [...] Et adverte, quod dum textus hic dicit "contrahendi, transigendique causa" vult dicere, quod conventio specie est: sive fiat animo contrahendi, sive animo transigendi et sic distrahendi [...] Terminus ergo transigendi non ponitur in hoc texto in: speciem pro transactione, prout capit in l. *sive apud acta C. de transactionibus*, sed capitur generaliter pro distractu seu recessu» (GIASONE DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *huius edicti*, n. 7, 142v). Bartolo aveva, infatti, spiegato che: «transigere proprie dicitur ex parte actoris quasi ab actione risalire [...] sic tunc in transactione convenit dari pecunia actori a reo, ut ipse actionem remitteret, sed hic dicit espresse quod frater promiserat pecuniam, ergo innuit quod erat reus» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, 58v).

Ma col tempo questa lettura aveva dimostrato chiaramente tutti i suoi limiti.

«Le fattispecie unilaterali, tanto care al diritto comune classico, sono infatti dotate di una minore latitudine di effetti» (59).

Continuare a leggere la transazione solo come *pactum remissionis*, ovvero come atto di rinuncia alla contestazione in giudizio, avrebbe inevitabilmente finito per comprimere nel tempo l'ambito applicativo della *compositio* così fortemente da farne misconoscere il valore obbligatorio (60).

Lo sforzo “progressista” messo in campo già alla fine del XV secolo – una vera e propria passione in grado di elaborare una più complessa strategia per l'operatività sul campo della fattispecie – aveva perciò nuovamente mutato l'angolo di osservazione dell'istituto considerando il ruolo di entrambe le parti in causa.

Il *Tractatus de transactionibus* del Caccialupi, apparso a Siena solo pochi anni prima dei Commentari di Giasone al *Digestum Vetus* (61), si colloca in questo filone interpretativo e, complice la natura autonoma della trattazione monografica, utilizza toni marcatamente polemici verso gli interpreti più antichi.

Nell'ambito di un discorso partito come monito ad un ipotetico giovane studente che si avvicina ad una materia cavillosa, l'autore si abbandona, così, a frequenti invettive contro una dottrina che «clamat loquendo sine sale», sorda alle novità e, quindi, in ultima analisi, fuorviante, nei confronti della quale occorre porsi *intrepide*, sostenendo

(59) VOLANTE, *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico*, p. 54.

(60) Il ravvicinato scambio terminologico effettuato da Baldo è illustrato ampiamente dal Caccialupi (*Tractatus de transactionibus*, 16v-17).

(61) La monografia del Caccialupi è del 1486, mentre l'edizione incunabola del commentario alla prima parte del *Digestum vetus* di Giasone è quella pavese del 1492 (ed anche il manoscritto München, Bayerische Staatsbibliothek, *Clm* 5478, *Iason de Mayno, Lectura Digesti veteris, pars I*, del 1488, è comunque posteriore). Difficilmente, pertanto, i due autori avrebbero potuto avvertire le reciproche influenze. Per una disamina delle prime edizioni dei Commentarii del Maino, cfr. CAVAGNA, *Librai e tipografi*, pp. 218-219 e BELLONI, *Professori e giuristi a Padova*, pp. 223-224; da ultimo DI RENZO VILLATA, *Tra consilia, decisiones e tractatus*, pp. 30-31.

con pari enfasi che «transactio proprie in specie sumpta sit contractus [...] innominatus» (62).

L'impegno teorico, disancorando il dato linguistico dagli angusti confini di quell'impiego più risalente, aveva in poche battute sostituito l'originale e vetusta partizione binaria del concetto con una visione tripartita, scindendo l'*etymon*, l'*acceptio* tecnica e la vera e propria qualifica giuridica (*definitio*) (63).

Tre erano quindi diventate le questioni sul tappeto: «unde dicatur transactio, quotuplex seu quot modis summatur» (64).

La trasformazione è già riscontrabile in Giason del Maino, laddove specificava che il carattere distintivo della transazione «in specie» (65)

---

(62) GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, 17.

(63) In età medievale si riscontra una certa propensione all'utilizzo delle definizioni. Lo scopo cognitivo ad esse attribuito tendeva ad individuare l'immediato nucleo dell'oggetto da descrivere, secondo un insegnamento classico. Con il tempo, l'impalcatura teorica, però, si era inspessita per arrivare a tracciare la prima grande scissione fra definizioni reali e nominali. Cfr. ALCIATO, *Tractatus, Orationes, Adnotationes in C. Tacitum, et Emblemata*, Lugduni 1560, Tomi VI, *Pars unica, PARERGON seu obiter dictorum*, Lib. IX, *De diffinitionibus*, Cap. XXI, 170rv; S. MEDICI, *De diffinitionibus*, pars I, quaest. II, nn. 8-10 («definitio quid nominis quid sit, et quid definitio quid rei; definitio substantialis quae sit; definitio notialis quae sit»), in TUI, XVIII, *De varijs verbis iuris*, 284r e, ancora, HOTMAN, *Institutionis Dialecticae ex fontibus Philosophorum*, 951-952. Sull'utilizzo delle norme logiche in tema di definizione all'interno del discorso giuridico per il Quattro e Cinquecento, cfr. inoltre G. ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi “de iuris interpretibus” di Alberico Gentili*, in *RSDI*, 10 (1937), fasc. I, pp. 149-207 e fasc. II, pp. 222-347; L. LANTELLA, *Pratiche definitorie e protezioni ideologiche nel discorso giuridico* in A. BELVEDERE – M. JORI – L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano 1979, spec. pp. 131-145 e J. MACLEAN, *Interpretation and meaning in the Renaissance: the case of law*, Cambridge, 1995, pp. 105 ss. Da ultimo, qualche riflessione sull'“*Emblematum liber*” (1531), galleria di situazioni umane trasfigurate in metafore, ed archetipo di un genere di letteratura che non solo conobbe successo in Europa, fin dalla sua nascita, ma esercitò un influsso sbalorditivo, tanto da costituire la chiave di accesso a molta parte dell'arte e della letteratura successive, si veda, in A. BREGMAN, *Emblemata. The emblem book of Andrea Alciato: a leaf book*, Newtown (Pennsylvania) 2007 e in ALCIATO, *Il libro degli Emblemata. Secondo le edizioni del 1531 e del 1534*, M. GABRIELE (a cura di), Milano 2009.

(64) PORPORATO, *Commentaria, Rubrica de transactionibus*, C. 2.4, n. 12, 49r. Le modalità di approccio al tema divengono, peraltro, una costante nel XV secolo. Cfr., in proposito, anche GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, 16.

fosse il superamento – oneroso per entrambi i contraenti (66) – di un contrasto caratterizzato dalla pretesa di una parte, cui si contrapponeva la resistenza, o la contestazione, dell'altra (67).

Pur con una posizione formulata in una trattazione non certo libera da vincoli, come poteva essere il commento ad una serie di titoli del *Corpus*, anche il giurista “milanese” rinviava sì alla consueta cornice interpretativa, accentuando, però, il ruolo dell'onerosità dell'accordo.

Infatti, dapprima dichiarava: «duo copulative requiruntur, primo quod aliquid detur vel retineatur, et sic non potest esse gratuita. Item requiritur, quod fiat de re dubia, ubi est vel subesse potest dubium» (68).

Poi, con notevole senso critico – *clarius mente*, scriveva Porporato citando il maestro quale principale referente della propria dottrina – (69) prospettava uno schema negoziale che tenesse in debito conto le obbligazioni correlative sorte in capo alle parti grazie alla con-

---

(65) GIASON DEL MAINO, *Super Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 12.2.2 *de iureiurando*, l. *iusiurandum*, Venetiis 1590, nn. 1-2, 56.

(66) «prout est conventio non gratuita, quae sit super re dubia, et lite incerta, aliquo dato vel retento» (*Ibidem*).

(67) «ratio quia est remedium finiendarum litium» (*Ibidem*, Comm. ad D. 2.15.1 *de transactionibus*, l. *qui transigit*, n. 1, 175).

(68) Il passo concludeva, infatti che «pactum autem esse potest gratuitum, item ubi nulla est lis, et sic potest fieri super re clara» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4 *de transactionibus Rubrica*, n. 2, 64).

(69) PORPORATO, *Commentaria, Rubrica de transactionibus*, C. 2.4, n. 12, 49. Giovanni Francesco Porporato (1485-1544). Giurista pinerolese, laureato nello *Studio* torinese nel 1511, fu, già dall'anno successivo, chiamato a ricoprire la cattedra di Lettore ordinario di Diritto Civile che tenne per una decina di anni. Nominato da Carlo III di Savoia avvocato fiscale nel Consiglio Cismontano, fu, nel 1524, Presidente patrimoniale generale; nel 1532, a soli 48 anni, Presidente del Senato Piemontese; ed, infine, Gran Cancelliere della Savoia. Per notizie sull'autore cfr. l'ormai datato L. FERRARI, *Onomasticon. Repertorio bibliografico degli scrittori italiani dal 1501 al 1850*, Milano 1947, p. 551; O. DEROSI, *Scrittori piemontesi, savoirdi, nizzardi, registrati nei cataloghi del vescovo Francesco Agostino della Chiesa e del monaco Andrea Rossotto*, rist. anast Bologna 1974 (Ripr. dell'ed.: Torino, nella Stamperia Reale, 1790), p. 68; E. GARZIA, *I consilia di Gian Francesco Porporato in materia feudale*, in *BSSPin*, XVIII, 1-2 (2001), III s., pp. 104-163, ed infine, *IBI*, 3a ed. riveduta ed ampliata, T. NAPPO – P. NOTO (a cura di), Munchen 2002, 8, p. 2844.



clusione dell'accordo (70), a prescindere dall'opinione della glossa «quod vult quod transactio, proprie dicatur ex parte actoris, non ex parte rei» (71).

Infine, sulla scorta dell'interpretazione di D. 50.17.41 (72) e sulla base della prassi (73), Giasone concludeva per una serie di deduzioni fondamentalmente poggiate sulla pariteticità dei diritti processuali di attore e convenuto – *ratione substantiae et correlationis* – prima dell'accertamento processuale del fatto in contestazione (74).

---

(70) Cfr. GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.40, *de transactionibus*, l. *ubi pactum*, n. 2, 81 (esegesi completa della parola *transactio*) e ID., *Super Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 12.2.2 *de iureiurando*, l. *iusiurandum*, nn. 1-2, 56 (ipotesi di transazione quale contratto innominato).

(71) GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.2, *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 7, 65v.

(72) Il passo sanciva, infatti, che «non debet licere actori quod reo non permittitur». La fonte era offerta da D. 50.17.41, mentre l'effetto era: «[...] quod actor non debet esse melioris condicionis, quam si reus, non autem dicit quod a pari procedant actor et reus» (FILIPPO DECIO, *In tit. ff. de regulis iuris*, l. *Non debet actori*, Regula XLI, Lugduni 1561, n. 3, 178). E per questa via – ispirata al diritto di difesa – che nacque dunque la «regola che negava all'attore la possibilità di svolgere atti che non fosse consentito compiere anche al convenuto [...] L'*aequalitas in iudicio* assunse così un rilievo particolare [...] costituiva un *quid pluris* rispetto al diritto alla difesa [...] né la parità di trattamento coinvolgeva il diritto della persona nel suo complesso, ma esclusivamente quel particolare aspetto del suo agire che si concretizzava nel momento del processo [...] a veder realizzata la propria aspirazione ad ottenere giustizia» (STORTI, «*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, spec. pp. 377-378 e 392-396, ancora EAD., *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).

(73) «[...] et ita servatur in practica et mihi placet quando militaret identitas rationis, alias standum esset etymologiae vocabuli negative conceptae, quando diffinitio non repugnat» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 7, 65v).

(74) Qualche anticipazione di questi temi si può leggere già in Raffaele Fulgoso. Quest'ultimo, infatti, affrontando i vizi in grado di inficiare la transazione, aveva affermato la rilevanza del dolo, ove proveniente dall'attore mentre, nel caso opposto: «non videtur facienda differentia inter actorem et reum» (RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.15.1 *de transactionibus*, Lugduni 1547, l. *qui transigit*, n. 2, 99).

Con qualche scarno correttivo, insomma, la transazione aveva assunto un diverso statuto teorico.

Non era più in discussione il suo ruolo di *remedium finiendarum litium* (75), ma l'impegno, sino ad allora profuso nella qualificazione del recesso unilaterale dall'azione giudiziale *ex parte actoris*, si era ormai isterilito a favore dell'accentuazione strutturale degli elementi oggettivi dell'accordo (76).

Non si trattava, però, solo di una nuova dislocazione logica quanto, piuttosto, di una diversa sistematica che, attraverso l'abbandono dell'*analogia* a tutto vantaggio dell'*etimologia* (77), se-

---

(75) GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.1 *de transactionibus*, l. *qui transigit*, n. 1, 175.

(76) Come si è già avuto modo di sottolineare in premessa, è proprio in sede di qualificazione che si avverte tutta la problematicità della costruzione dei glossatori. Costoro, infatti, riconoscendo nella rinuncia/*transactio* un elemento squilibrante nei rapporti fra i soggetti coinvolti dalla composizione della lite, appiattivano sull'autore l'uso del verbo *transigere*. Una tesi, questa, in un certo qual modo avallata anche dalle fonti. Si allude, in particolare, alla celebre orazione in materia alimentare, riportata in D. 2.15.8 (riferita e commentata da Ulpiano) ove la lettura del *transigere*, applicata alla dismissione dei propri diritti da parte del creditore alimentare, veniva assimilata al *remittere*, senza tenere in debito conto che, anche in quella sede, il "*transigere negotium*" poteva semplicemente significare concludere il rapporto.

(77) Il richiamo ad una impostazione metodologica diversa verrà, molti anni più avanti, sottolineato dal Gentili che chiarirà, anche sotto il profilo teorico, i termini di questa contrapposizione, nonché il diverso approccio dei «*Veteres*», in rapporto ai «*Novi*»: i primi impegnati in *analogica interpretatione*, mentre i secondi sempre alla ricerca di quella *etimologica* (*De iuris interpretibus dialogi sex*, ASTUTI (a cura di), Torino 1937 (rip. prima ed. Londini, apud Johannem Wolfium, 1582), *Dial. II Paulus*, p. 81 (vd. anche *Dial. V Pomponius*, p. 169). Solo per qualche riflessione sul ruolo del giurista ginesino e sulla sua complessità scientifica (G. VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the development of international Law. His life Works and Times*, Leyden 1937), si ricordano i volumi relativi alle giornate gentiliane. In particolare e per quel che qui più preme, ovverosia riguardo al metodo, cfr. *Alberico Gentili: politica e religione nell'età delle guerre di religione. Atti del Convegno, seconda Giornata gentiliana*: San Ginesio, 17 maggio 1987, D. PANIZZA (a cura di), Milano 2002, con particolare riferimento al lavoro della P.A. PILLITU, *Metodo scientifico e libertà di religione*, pp. 41-55, mentre fra gli ultimi si ricordano i saggi contenuti in "Ius gentium, ius communicationis, ius belli". *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità. Atti del Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552-1608)*: Macerata, 6-7 dicembre 2007, L. LACCHE' (a cura di), Milano 2009; e, recentissimo, si segnala il volume *Alberico Gentili (San Ginesio 1552-Londra 1608). At-*



gnava per la nostra fattispecie l'ingresso “a pieno titolo” nell'ampia categoria del contratto e il contemporaneo svuotamento di quella dei *vestimenta* (78).

Un più cauto rappresentante del “fronte riformatore” pare, invece, Filippo Decio (1515-1525).

Evidentemente poco incline ad avallare interpretazioni che avrebbero in qualche modo messo eccessivamente in ombra il fine cui il negozio era teleologicamente orientato (*transitio actionis*), si concentra anch'egli sulla natura bilaterale dell'accordo per chiarirne, però, le peculiarità rispetto ad altri contratti, solo apparentemente caratterizzati da un più specifico *nomen* (79).

Attento a nuove forme di riflessione, senza tuttavia inasprire la polemica con le generazioni precedenti, egli riteneva che le dispute in tema avessero da sempre sofferto un'errata impostazione di partenza. Infatti, altro era la spiegazione dell'origine della forma verbale, in base alla quale «*transactio dicitur quocumque modo a lite recedatur*» (80), altro la «*transactio proprie dicta secundum diffinitionem*» (81), in forza della cui conclusione entrambe le parti venivano ad assumere obbligazioni reciproche, ancorchè di diverso contenuto (82).

Per i *Moderni* – l'espressione proviene dallo stesso Decio – pareva, insomma, ormai assodato che il *lessema* identificasse una convenzione onerosa con la quale due soggetti, in competizione di interessi

---

*ti dei convegni nel quarto centenario della morte*: San Ginesio, 11-12-13 settembre 2008, Oxford e Londra, 5-6 giugno 2008, Napoli “L'Orientale”, 6 novembre 2007, P. RAGONI (presentazione di), Milano 2010, Voll. II.

(78) Circa il rilievo della problematica dei *vestimenta* in tema di *transactio*, cfr. Cap. II nt. 23. Per sguardo a più ampio spettro, invece, BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 84-90, spec. ntt. 159, 162 e 164.

(79) «in glossa notandum est quod transactio proprie dicitur ex parte actoris et ad hoc facit: quia transactio dicitur quasi transiens actio: ut nota Baldus [...] et in idem effectu dicit Bartolus [...] Ex quo inferri videtur, quod statutum de transigente non haberet locum in reo» tuttavia, sarebbe, più opportuno valutare la *substantia transactionis* (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 5, 176v).

(80) *Ibidem*, Rubrica, n. 5, 175v.

(81) *Ibidem*.

(82) «ita respicit reum, sicut actorem» (*Ibidem*).

fra loro, rinunciavano ciascuna al riconoscimento processuale delle rispettive pretese facendo, a tale riguardo, “pace”.

Lo scambio di prestazioni, in questa cornice, soddisfaceva aspettative antagoniste e rimuoveva una situazione di incertezza potenzialmente rischiosa per entrambe le parti.

Limitando l'indagine all'accezione etimologica ed atecnica del termine, questo avrebbe certamente potuto ancora sovrapporsi al più ampio e generico concetto di contratto, teso a risolvere, regolamentandoli, tutti i tipi di conflitti economici insorti tra le parti (83).

Diversamente, un esame più specifico si evidenziava, però, come la *transactio* fosse proprio “quel particolare contratto” la cui funzione era superare un conflitto di interessi qualificato quale, appunto, la lite. E la differenza intercorrente fra la lite, intesa come conflitto giuridico – nel senso più sopra specificato – ed il contrasto economico di interessi, composto attraverso la creazione di un rapporto, che è funzione comune a tutti i contratti, secondo Decio avrebbe persino permesso, in *extrema ratio*, di segnalare la *transactio* come *contractus nominatus* («*transactio debet considerari specialiter prout proprie accipitur et ista respectu diceretur contractus nominatus*») (84).

La medesima lettura revisionista, nei primissimi decenni del Cinquecento, era riproposta da Franceschino Corti, giureconsulto pavese tra i più stimati, autore di importanti *consilia*, giudice a Mantova, consigliere di Francesco I, figura di spicco dello studio pisano, nel periodo della sua riapertura su impulso dei Papi medicei – tra il 1515 ed il

---

(83) «*transactio non est contractus nominatus: quia actionem non producit [...] Moderni hic dicunt, quod ista inductio non est bona: quia pactiones nominatae solo consensu actionem producant, quando sunt de iure gentium [...] sed Bar. ibi non loquitur de actione; solum dicit ibi et declarat, an sit contractus nominatus ex eo solo, quod nomen ei imponatur*» (*Ibidem*, Comm. ad C. 2.3.21 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 1, 165).

(84) «*transactio est nomen generis, quod pluribus competere videtur ut nota Bar. [...] sed ista ratio non videtur concludens: quia transactio debet considerari specialiter prout proprie accipitur et ista respectu diceretur contractus nominatus quia unicam speciem contractus ostendit et quamvis largo modo considerari possit, hoc non facit quod contractus innominatus dicatur*» (*Ibidem*).

1527 – insieme con lo stesso Decio, di cui annotò l'opera ed, infine docente a Padova, dove poi morì (85).

Con sicura percezione del problema, il giurista respingeva, infatti, la dottrina comune, di cui riportava, però, con puntuale precisione, le distinzioni scolastiche: «Debent scire iuvenes quod transactio dicitur esse pactio non gratuita de re dubia et lite incerta [...], secundo debent iuvenes scire etymologiam transactionis. Dicitur enim transactio communiter [...] quasi transitus ab actione, vel a lite» (86).

Per cogliere il cuore della questione, ovvero il nesso obbligatorio fra i contraenti, occorre, tuttavia, secondo Corti guardare, una volta di più, ai *Moderni* che, facendo riferimento sia alla *diffinitio* (*potius attendenda*), che all'*etymologia et proprietas verbi* – di per sé volte esclusivamente a scongiurare la lite – affermavano «qui recedit a lite, sive actor sive reus, dicitur proprie transigens [...]» (87).

Nel Cinquecento si coglie un generale ripensamento sui dubbi più significativi della giurisprudenza medievale.

Gli interpreti si dimostrano più propensi a sintetizzare i problemi in vista della *ratio legis* sottesa alla *amicabilis compositio*, mentre l'analisi del dato semantico, che gradatamente inizia ad introdurre

(85) Notizie su Franceschino Corti (1470 ca.-1533), corredate da un esauriente resoconto bibliografico, in DI RENZO VILLATA, *Scienza giuridica e legislazione*, p. 111 nt. 69; EAD. *Egidio Bossi, un criminalista milanese quasi dimenticato*, in Ius mediolani, *Studi offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp. 365-616, spec. p. 369 nt. 6, MASSETTO, *La cultura giuridica civilistica*, p. 505, A. LUPANO, *Aimone Cravetta (1504-1569), giurista del diritto comune*, Torino 2008, p. 16, nt. 35 ed, infine, DI RENZO VILLATA-MASSETTO, *Facoltà Legale: Diritto Civile (1361-1535)*, testo corrispondente alle ntt. 233 e ss. del manoscritto. In merito ai suoi rapporti con le singole sedi universitarie si vedano, invece, *Storia dell'Università di Pisa. I: 1343-1737*, a cura della Commissione rettorale per la storia dell'Università di Pisa, Ospedaletto (Pisa), 1993 e F. PIOVAN, *Maestri pavesi nello studio di Padova nel terzo e quarto decennio del Cinquecento. Schede per Gio. Francesco Burla, Branda Porro, Matteo e Franceschino Corti*, in *Università, umanesimo, Europa: giornata di studio in ricordo di Agostino Sottili*. Pavia 18 novembre 2005, S. NEGRUZZO (a cura di), pp. 79-95.

(86) FRANCESCHINO CORTI, *In undetriginta Codicis Iustiniani rubricas*, n. 1, 69v.

(87) FRANCESCHINO CORTI, *Consiliorum, Pars Prima*, Venetiis, 1571, spec. *Cons.* CL, n. 15, 91v-93, ma già, in tema, lo zio Francesco (m. 1495) (*Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa*, To. VII, Lugduni 1553, Franciscus Curtius, *Repetitio super l. cum te proponas*, nn. 3-9, 222-223).

l'indagine filologica nella conoscenza delle antiche *leges*, tradisce la nascita di una nuova categoria giuridica.

E', infatti, ormai compiuta, per la *transactio*, la fondamentale traslazione di significati dal "portare a termine" all'"accordarsi": due gruppi per i quali, a livello lessicale, non vi è una totale frattura semantica, che invece si coglie appieno, laddove la valutazione sia fatta in termini squisitamente giuridici (88).

La passione per il restauro e per la comprensione storica dei testi giustinianeî (89) che anima il commentario al *De verborum significa-*

---

(88) Testimonianza di questo orientamento verrà tanto dai commentari (e primo fra tutti quello di Doneau) che si intratterranno lungamente sulla differenza fra *decidere, transigere e pacisci* (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 177-179), quanto, e forse, ancora più chiaramente, dai lessici e repertori giuridici dell'epoca. Due per tutti: il *Lexicon* di Barnabè Brisson (1531-1591), pubblicato circa alla metà del secolo (B. BRISSON, *De verborum quae ad ius pertinent significatione, Libri XIX*, Francofurti ad Moenum 1578, Lib. XVIII, 595-596) ed il *Lexicon iuridicum iuris ciuilib et canonic* (Coloniae Agrippinae 1583, 567-568) di Pardoux Duprat (*Pardulphus Prateius*, 1520-15769). Nel primo, leggiamo, infatti: «transigendi verbum generale est, et ad omnes species pertinet, quibus controversiae deciduntur atque finiuntur [...] transacta finitaque in Senatoconsulto Tertylliano sic accipimus, iudicio terminata transactione composita; Paulus vero [...] transacta finitave intelligenda scribit [...] transactio specialiter conventionem significat, qua a lite iam mota vel movenda aliquo dato retento promisso receditur. Et a pacto hoc distat, quod qui transigit de re dubia et lite incerta neque finita, non gratuito decedit: qui vero paciscitur donationis causa, rem certam, et indubitam libertate remittit». Nel secondo dizionario, specularmente, troviamo, invece, che: «transigere verbum et generaliter usurpatur et specialiter. Generaliter pro quamvis conventionem, ut quoquo modo ad finem perducatur aliquod negotium [...] vero speciatim et peculiariter accipitur pro de lite iam mota vel movenda, aliquo dato vel retento, vel promisso decidere [...] in hac significatione transigi gratis non potest». Su Brisson e Duprat, si vedano le voci contenute nel *Dict. H.J.Fr.*, di O. DESCAMPS, per *Brisson Barnabé*, pp. 137-138 e di ARABEYRE, per *Duprat (Du Prat, Prateius) Pardoux (Pardulphus)*, pp. 287-288 e in *JBL*, E. HOLTHÖFER, *Brissonius (Brisson), Barnabas*, pp. 102-104. In particolare poi, ancora sul Brisson, di recente pubblicazione cfr. G. BERNARD, *La codification en France avant le Code Civil, le Code Henri III (1587) du président Barnabé Brisson (1531-1591)*, in *Le Code civil et les droits de l'homme. Actes du Colloque international de Grenoble: 3 et 4 decembre 2003*, J.L. CHABOT – P. DIDIER – J. FERRAND (textes reunis et publies par), Paris 2005, pp. 43-69, spec. pp. 43-48. Per i dizionari giuridici ancora valido cfr. P. FIORELLI, *Vocabolari giuridici fati e da fare*, in *RISG*, I (1947), pp. 293-396. Per i vocabolari di area tedesca, cfr. *infra* le definizioni riportate nel *Lexicon iuris ciuilib* di Jacob Spiegel e, soprattutto, nel *Magnus Lexicon iuridicum* di Kahl.

(89) Si tratta di un atteggiamento storico filologico spesso adottato da Gia-

tione (90) di Andrea Alciato (91) dimostra che il dato linguistico, di

---

son del Maino e da questi insegnato agli allievi più dotati, cfr., in proposito, il non più recente B. BRUGI, *I giureconsulti italiani del secolo XVI*, estratto da *AGFS*, Vol. XI, fasc. 2 (1903), pp. 3-26.

(90) Un titolo del *Digestum Novum* normalmente escluso al motivo della sua oscurità dalle lezioni ordinarie, durante le quali non era possibile presentarlo agli studenti privi di un'adeguata preparazione, tanto nel campo storico, quanto in quello linguistico. Alciato sembra, tuttavia, averlo letto nell'anno accademico 1520-1521 ad Avignone (P. E. VIARD, *Andrè Alciat 1452-1550*, Paris 1926, pp. 47 ss. e 276; G. BARNI, *Le lettere di Andrea Alciato giureconsulto*, Firenze 1953, n. 161, rr. 28-29; n. 5, rr. 44-46; U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a general law*, pp. 215-247, spec. p. 219 nt. 23 e BELLONI, *L'insegnamento giuridico in Italia*, n. 79, p. 154) per poi pubblicarlo come trattato nel 1530 (MATTONI, *Manuale giuridico e insegnamento del diritto nelle università italiane del XVI secolo*, testo corrispondente alle ntt. 87-88). La struttura è complessa: nel primo libro, viene approfondito il valore delle parole ed il loro impiego *ex proprietate, ex improprio, ex usu* e per *interpretationem* studiandone gli impieghi *ab auctoritate, a diffinitione, ab etymologia*. Nel secondo, Alciato richiama ancora l'impiego dei lessemi *ex usu* e per *interpretationem*; nel terzo, studia contratti e testamenti; nel quarto, infine, si diffonde sulle *figurae* e sui *tropi*. In tema cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, pp. 70-71 e da ultimo, STORTI, *Pratica Statutorum altercationes doctorum: quelques réflexions sur le mot haereditas dans le De verborum significatione d'André Alciat*, in *Modernisme, tradition et acculturation juridique, Actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit*, tenues a Louvain, 29 mai – 1 juin 2008, Brussel 2011, pp. 85-95.

(91) Andrea Alciato (1492-1550). Nato nel maggio 1492 da una ricca famiglia borghese, ancorchè la datazione sia oggetto di contestazione (G. PRINA, *Elogio di Andrea Alciati, Orazione inaugurale degli Studi nell'Università di Pavia*, Milano 1911, p. 56), fu allievo a Pavia del Maino e, successivamente, di Decio e Paolo Pico, ma solo nei confronti del primo manifestò atteggiamenti di grande ammirazione. Laureatosi a Ferrara nel 1516 (anche su questo infinite sono state le discussioni), nel '17 fu ammesso al Collegio dei giureconsulti per iniziare, dall'anno successivo, la sua esperienza francese, ove si impose per le sue approfondite conoscenze giuridiche e filologiche, rimanendo oltralpe sino al '21. In pochi anni diede alle stampe la maggior parte dei suoi lavori. Trattenuto da Francesco II Sforza presso l'ateneo pavese, ove il suo metodo di insegnamento fu più volte contestato, tentò di staccarsi dall'*Alma ticinensis* ma, nemmeno la malattia, che lo tenne spesso lontano dalle aule, gli permise di abbandonare la città. Morì nel 1550, lasciando unico erede, il nipote, che gli successe in cattedra. Al merito di quest'ultimo deve essere ascritta la pubblicazione postuma dei suoi *consilia*. Come si può evincere dalla breve carrellata proposta, la letteratura intorno alla figura dell'Alciato è tanto ricca quanto affascinante. Oltre ai contributi più datati (tra cui alcuni già segnalati in precedenza) senza pretesa di completezza, si ricordano i lavori del *Convegno Internazionale di studio sull'Alciato*, tenutosi ad Alzate Brianza e Como: 7-9 maggio 1993, in occasione del V centenario dalla nascita, i cui atti sono stati pubblicati come *Andrea Alciato, Umanista Europeo*, estratto da *Periodico della Socie-*

per sé incolore, ha ormai perso quasi completamente la sua capacità di significare qualunque movimento finalizzato verso la conclusione («peragere, transire [...] unde transigere aestatem [...] sic et transigere aevum, transigere diem») (92), per identificare, al contrario, lo scambio di reciproche concessioni che definisce stabilmente una situazione altrimenti sospesa («transigit qui actionem [...] causa concordiae omittit») (93).

Il concetto generale di riferimento, in questa rinnovata teorica, è offerto dalla *conventio* (94) in cui si riconoscono tutte le tipologie di contratti. All'interno della *conventio* è collocato il patto, un tipo di convenzione generalmente informale, gratuita e non specificamente finalizzata alla risoluzione della lite (95). Infine, fra i patti stipulati «cum enim aliquo dato vel recepto timore praesentis vel futuri iu-

---

*tà Storica Comense*, LXI, 1999 e, più recentemente, D. OSLER, *Andrea Alciatus (1492-1550) as philologist*, in *A Ennio Cortese, Scritti promossi da D. MAFFEI – I. BIROCCHI – M. CARVALE – E. CONTE – U. PETRONIO*, II, Roma 2001, pp. 1-7, oltre alla voce di R. RODRIGUEZ OCAÑA, redatta per *JU*, Vol. II, pp. 147-150 e a quella di J. OTTO, per *JBL*, pp. 27-29 ed ai riferimenti contenuti nel saggio di DI RENZO VILLATA-MASSETTO, *Facoltà Legale: Diritto Civile (1361-1535)*, testo corrispondente alle nt. 244 e ss. del manoscritto.

(92) ALCIATO, *Digestorum titulos aliquot Commentaria*, Tomi III, pars II, Comm. ad D. 50.1.229, *de verborum significatione*, Lugduni 1560, spec. l. *transacta*, lex CCXXIX, nn. 1-2, 281.

(93) «transigit qui actionem sibi competentem, sive instituta, sive instituenda sit, aliquo accepto, causa concordiae omittit. Haecquae transactionis vera et stricta est significatio: generaliter tamen etiam accipitur pro quocumque actu quo concordia inducatur, vel ab obligatione recedatur, vel ad finem aliquid ducatur» (*Ibidem*).

(94) «duorum pluriumve: unde contractus omnes qualescumque sint, nominatos seu innominatos, complectitur» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad *de transactionibus Rubrica*, nn. 2-3, 68v). Il ruolo generale della *conventio*, in sostituzione del *pactum*, quale concetto di riferimento per i negozi bi o plurilaterali si coglie anche in altri autori. Per qualche esempio, cfr. DONEAU (*Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 178), che qualifica la *transactio* quale *speciem conventio-nis*, e HOTMAN (*Commentarius de verbis iuris*, 951) che, in proposito, specifica: «conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negocij, contrahendi transigendique caussa consentiunt».

(95) «etiam si gratuita non sit, dum tamen contemplatione litis non sit concepta» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad *de transactionibus Rubrica*, nn. 2-3, 68v).



dicij [...]» (96) si trova ciò che «proprio specialique nomine transactio appellatur» (97).

La lunga trama del significato più antico del verbo *transigere* si coglie ora nel senso di "portare a compimento"; il filone più recente del sostantivo *transactio*, invece, viene stabilmente ricondotto alle operazioni concretamente poste in essere allo scopo di concludere l'accordo, inteso quale esatto adempimento delle obbligazioni *hincinde* sorte, piuttosto che come momento astratto dell'incontro delle volontà.

Nel rispetto di una secolare tradizione linguistica, *pacisci* e *pactum* individuano il vero e proprio accordo, produttivo o meno di conseguenze giuridiche a seconda delle formalità con cui viene estrinsecato (98).

*Transigere*, che ha alle proprie spalle un'evoluzione meno facilmente qualificabile sotto il profilo giuridico, si colloca, al contrario, in una posizione più marginale, mettendo a fuoco di quell'accordo fra le parti il momento delle operazioni materiali compiute dai soggetti per realizzarlo («recedit autem ab actione tam actor quam reus, alter active [...] alter passive») (99).

Lo scambio delle prestazioni per superare un conflitto di interessi qualificato, come la lite (100), collega la propria capacità vincolante ad elementi materiali e concreti, ancorché lontani dalle successive concettualizzazioni ed astrazioni della causa.

---

(96) *Ibidem*.

(97) La nozione coniata dall'Alciato, è stata variamente ripresa da Barnabè Brisson e verrà considerata, nel Seicento, una delle più complete in materia. Cfr. a riguardo VALERON, *Tractatus de transactionibus*, n. 14, 9.

(98) Il *pactum* operava su due piani: uno fattuale, in cui il patto vincolava per sua stessa natura, in ragione della parola data; ed un piano più strettamente giuridico, in cui il valore dispositivo era riconnesso alle formalità con cui lo stesso veniva estrinsecato. Cfr. VOLANTE, *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 30-36.

(99) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, § *transegisse*, nn. 5-6, 70.

(100) Il che poteva avvenire con modalità differenti da caso a caso, facendo inquadrare la *transactio* «in quaslibet species contractus innominati», come, tempo addietro, aveva già sottolineato Caccialupi (GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, 17).

In tale prospettiva, la *transactio* presuppone, dunque, un'operazione economica consistente nel versare denaro – o, comunque, compiere una prestazione – affinché la controparte mantenga un certo atteggiamento, in vista di un risultato ritenuto utile da entrambi (101).

E' questo il motivo per cui con essa «*nemo victus aut victor dicitur*» (102).

Anche la problematica sollevata dalla l. *cum te proponas* trova una corretta dimensione teorica nelle pagine dell'Alciato, il *conciliateur*, come spesso è definito (103).

L'identificazione del ruolo svolto dal soggetto agente – chiamato *Luctatius* – ai fini dell'adempimento della *transactio* è irrilevante.

«*Nec tenetur reus actori servare transactionem, quam actor, quod in se fuit, non servavit*» (104), e questo indipendentemente dal fatto che la prestazione dedotta sia attiva od omissiva.

---

(101) «*agere, verbi composita et differentia horum. Agit qui in iudicio prosequitur id, quod sibi debetur. Ad hoc verbo deducuntur exigere, peragere, transire [...] generaliter tamen etiam accipitur pro quocumque actu quo concordia inducatur, vel ab obligatione recedatur, vel ad finem aliquid ducatur. Unde transigere aestatem Plinius dixit: sic et transigere aevum, transigere diem dicimus*» (ALCIATO, *Digestorum titulos aliquot Commentaria*, Comm. ad D.50.1.229, de *verborum significatione*, l. *transacta*, nn. 1-2, 281).

(102) «*Bartolus tamen non uno in loco inter actorem et reum distinguit [...] Sed hanc ego differentiam sequi non soleo*». Che l'opinione di Alciato avesse fatto "scuola", lo dimostra poi il lavoro di Doneau che, in proposito avrà modo di sottolineare l'equivalenza fra i ruoli dei contraenti («*non tantum actorem dicit transigere [...] sed etiam reum*») (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.9 de *transactionibus*, l. *super possessione*, § *diem certum*, n. 11, 76). Cfr. concordemente, DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, Ad L. 2, 197.

(103) «*Accursius actorem fuisse Luctatium existimat, quoniam transigere proprie actor dicatur, id est ab actione transire. Ego cum pluribus nihil referre sentio, actor an reus fuerit verisimileque est potius reum fuisse, seu timuisse ne a sorore conveniretur: receptius enim est, reum quoque proprie transegisse censer, quia transigere dicitur, qui praeter intentatam actionis in iudicio formulam aliquid dat, vel recipit, ut super Rubrica declaravimus: recedit autem ab actione tam actor quam reus, alter active [ut Picu ait], alter passive: et ideo si in lege municipii mentio sit transigentis, etiam reus continebitur*» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.2 de *transactionibus*, l. *cum te proponas*, § *transegisse*, n. 6, 70). Per le modalità espressive, cfr. THIREAU, *L'enseignement du droit et ses méthodes au XVIe siècle*, p. 29.



Spiega, infatti, il maestro milanese: «non tam ex regula correlativorum, ut quidam sentiunt, quam (ut ego arbitror) ex sermonis proprietate, utrunque enim aequaliter substantia transactionis respicit» (105).

Ma sono soprattutto Connan (106) e, poi Coras (107) a sviluppare, per qualcuno fin'anche alle sue estreme possibilità, l'interpretazione proposta da Alciato.

---

(104) ALCIATO, *Digestorum titulos aliquot Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.122 *de verborum obligationibus*, l. *qui Romae*, § *Scia haeres*, n. 4, 160v.

(105) «Decius eius personam inspiciendam tradit, cui ex transactione acquiritur. Sed cum transactio non fiat, nisi ultro citroque dato et recepto, non putarim eius sententiam hac in quaestione procedere: solum igitur ei distinctioni locus erit, quum lex non transigentis, sed acquirentis mentionem facit» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, § *transegisse*, n. 6, 70). Cfr. in tema, già FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 5, 176.

(106) François Connan (1508-1551). Allievo di Pierre de l'Etoile ed Andrea Alciato – che insegnò a Bourges tra il 1529 e il 1533 – *Maître de requêtes* sotto Francesco I, compagno di studi di Calvino, Connan fu autore dei *Commentariorum juris civilis libri decem*, con i quali tentò la ricostruzione di un sistema di diritto civile sulla falsariga delle *Istituzioni* giustiniane, ispirandosi, più ai principi di ragione, che alla schematizzazione proposta da Triboniano. I commentari, composti – a suo dire – nella tranquillità della tenuta che possedeva vicino a Parigi, ove trascorse gli ultimi cinque anni, e pubblicati postumi, nel 1553, grazie al lavoro dell'amico Louis Le Roy (Regius), riscrissero e riorganizzarono la dottrina del sinallagma riservando all'autore plausi e critiche. Su questa complessa figura cfr.: C. BERGFELD, *Franciscus Connanus (1508-1551), Ein systematiker des römischen Rechts*, Köln und Graz 1968; D.R. KELLEY, *The Rise of Legal History in the Renaissance*, in *HT*, Vol. 9, n. 2 (1970), pp. 174-194 ed i lavori di PIANO MORTARI, quali: *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, Milano 1962, pp. 75-76; ID., *La sistematica come ideale umanistico dell'opera di Francisco Connano*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, Firenze 1966, pp. 521-531, ora in *Diritto, logica, metodo*, pp. 301-317; ID., *Cinquecento giuridico francese*, Napoli 1990, pp. 233-239. Per una rilettura della teoria del sinallagma, PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 219 nt. 23; p. 220 nt. 25, e pp. 233-234; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 97-136; ID., *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 28-35; M.J.R. PUERTO, *François Connan* in *JU*, Vol. II, pp. 183-185; L. PFISTER, *Connan (Connanus) François*, in *Dict. H.J.Fr*, pp. 199-200; HOLTHÖFER, *Connan (Connanus), François*, in *JBL*, pp. 140-141, mentre, per uno specifico riferimento alla transazione D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 119-138.

(107) Jean de Coras (1512-1572). Giurista culto, studente prima a Padova e poi a Siena, ove si laureò con Filippo Decio (MAFFEI, *Nota minima su Antonio Augustin e Jean Matal*, pp. 380-381) andò precocemente in cattedra, insegnando a Ferrara e a Valence. Politicamente molto attivo, fu consigliere del *Parlement* di Tolosa, grazie al

Fra i principali animatori, insieme a Lorient (m. 1589), del dibattito sviluppatosi in quegli anni in seno alla scuola francese sulla qualificazione della transazione come contratto (108), tali giuristi promuovono attivamente la sua riqualificazione come contratto nominato (109), su cui la dottrina avrà modo di ritornare più volte (110).

L'idea era, infatti, di circoscrivere l'ambito operativo di quel

---

favore di Enrico II. Membro del fronte protestante si convertì al calvinismo; imprigionato perché accusato di complottare con gli ugonotti, ma subito scarcerato grazie al principe di Condè, fu nominato cancelliere del regno di Navarra. Nuovamente coinvolto in travagliate questioni religiose dopo i fatti della notte di San Bartolomeo, morì nell'ottobre del 1572, durante una rivolta contro il carcere della Conciergerie dove era momentaneamente detenuto. Il suo legame con Connan si evince dal privilegio a stampa alla sua opera da questi sottoscritto (*Miscellaneorum iuris civilis libri sex*, Lugduni 1549). Cfr. PIANO MORTARI, *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del sec. XVI*, in *SDHI*, 21 (1955) pp. 288-290; ID., *Cinquecento giuridico*, pp. 259-261; ID., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, pp. 95-103; ID., *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, pp. 210-215 e 282-284; ID., *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi del secolo XVI*, in *La sistematica giuridica: storia, teoria e problemi attuali*, Istituto della enciclopedia italiana, Roma 1991; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 85; F. J. ANDRÉS, *Jean de Coras*, in *JU*, pp. 209-212 e da ultimo, J. POUMARÉDE, *Coras (Corarius) Jean de*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 203-204.

(108) Sulla vivacità del dibattito dottrinale all'interno della corrente umanistica, mero riflesso del «ricco ventaglio di indirizzi culturali scaturiti dalla comune matrice» della scuola, ma diversamente sviluppatasi intorno a due nuclei centrali: l'uno più aderente alle esigenze di sistematizzazione e razionalizzazione del diritto portate dalla prassi, e maggiormente attento al bagaglio culturale della tradizione; l'altro, invece, più propenso ad un esame critico-filologico dei testi, nell'intento di restituirli alla loro più genuina veste, cfr. l'ancora insostituibile MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1972 = 1956; e da ultimo, PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2007, pp. 251-264, cui si deve la citazione. Sul respiro internazionale degli atenei nel XVI secolo cfr. J. VERGER, *Sul ruolo sociale delle Università: la Francia tra Medioevo e Rinascimento*, in *QS*, VIII, 23 (1971), pp. 313-358. Per una prospettiva italiana invece si vedano fra gli altri: R.L. KAGAN, *Le Università in Italia 1500-1700*, in *SeS*, VII, 28 (1985), pp. 275-317 e P.F. GRENDLER, *The universities of the Italian Renaissance*, Baltimore and London 2002, pp. 477-511, mentre per un quadro generale ancora GRENDLER, *Renaissance education between religion and politics*, Cornwall 2004 e, da ultimo, K. EISENBICHLER – P.F. GRENDLER – N. TERPSTRA, *The Renaissance in the streets, schools, and studies: essays in honour of Paul F. Grendler*, Toronto 2008.

(109) «rectissime contra doctores putaverim, transactionem contractum esse nominatum» (J. CORAS, *Miscellaneorum iuris civilis*, Lugduni 1549, Cap. XXIII, n. 6, 71).

(110) Sulla transazione come contratto nominato, cfr. Cap. II, ntt. 1 e 12.

*mutuum factum obligatorium*, quale corrispettivo della reciprocità delle obbligazioni dedotte, ragion per cui l'interrogativo cui Connan sentiva di dover rispondere era pressoché il medesimo già affrontato dall'Alciato, suo maestro (111).

Si trattava, cioè, di chiarire il diverso ruolo assunto, nella sistematica generale del diritto, dal *pacisci* («pacisci significat idem quod promittere») (112) e dal *transigere* («vero ab agendi verbo dicitur [...] at vera eius et propria significatio in conventionibus hominum, nec iis omnibus reperitur, sed quae coeptae controversiae finem faciunt») (113), senza tuttavia perdersi in infinite specificazioni e sterili suddivisioni.

I testi permettevano del resto di fondare tre linee argomentative a sostegno dell'assunzione della transazione nella categoria del contratto (114), spostando – come meglio vedremo nel prossimo capitolo – il *focus* del dibattito dal cuore, ormai atrofizzato, della *stipulatio* alla *traditio* (115), passando per l'unificazione dei diversi tipi contrattuali e

---

(111) Sembra infatti di potersi affermare che, nell'ottica di Alciato, e poi di Connan, l'*hincinde* prescinda dal livello di concordanza delle dichiarazioni o delle volontà interne all'accordo, per indicare, piuttosto l'oggetto sul quale è dato registrare il comune apprezzamento. In altri termini, si trattava di volontà oggettivata nel contenuto. Per la fonte si veda ALCIATO, *Digestorum titulos. Commentaria*, Comm. ad D. 50.16.19, *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *contractum*, nn. 6 ss., 215. Ancora, poi D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 125-129, spec. ntt. 13-14 e PETRONIO, *Sinalagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 222.

(112) «sed quoniam pactum utriusque commune est, etiam utriusque perficitur consensu: etiam is cui promittitur dicitur pacisci» (F. CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri decem*, Neapoli 1724, To. I, Lib. V, *de transactionibus*, Cap. VI, n. 1, 347). Salva diversa indicazione si citerà sempre l'edizione in due tomi di Antonio Tivano, pubblicata a Napoli; quella di Basilea, ove, invece, occorra (*Commentariorum juris civilis libri X ... numero atque ordine in margine annotatis, per Clariss. D. Franciscum Hotomanum exornati*, Basileae 1562) verrà citata in quanto riedizione delle opere di Connan da parte di Hotman.

(113) «ut prius verbum ad controversias sopitas referretur, posterius ad caetera omnia quae communi essent consensu terminata. Paul. in l. 229 *De verbor. Signific.*» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 1A, 347).

(114) «transactio unde dicta, quid sit, quid a pacto differat» è l'usuale partizione del problema da cui prendere le mosse (*Ibidem*).

(115) *Ibidem*, Cap. II, n.2 C/D, 326. Cfr. in tema, PETRONIO, *Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*, in *Legge, Giudici, Giuristi: Atti del Convegno tenuto*

rendendoli riconducibili ad un archetipo (116), per arrivare, infine, a comprendere il fondamento dell'efficacia obbligatoria del vincolo contrattuale (117).

Nella riflessione di Connan, dunque, non fungeva più da bussola la suddivisione classica del *pactum* fra tipi *ob rem* o, alternativamente, *ob causam* (118).

Lo strumento per fondare l'obbligatorietà della transazione era l'elemento sinallagmatico («oritur obligatio quatenus sinallagma intervenit») (119) ovvero, quel nesso di tipo oggettivo che sorge fra i contraenti (*aliquid etiam vicissim accipere videtur*) (120) in conseguenza

---

a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981, Milano 1982, pp. 203-225, spec. p. 204 e ID., *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 218.

(116) Il vero momento innovativo dell'opera di Connan risiede nella nuova concezione del *contractus*. La sua ricerca, ed il "rimescolamento di carte" – come scrive D'AMELIO (*Indagini sulla transazione*, p. 123) – hanno infatti come obiettivo quello di individuare uno schema generale che possa essere il presupposto della qualificazione, come contratti, di strutture negoziali diverse. Una maggiore attenzione al problema sarà però riservata nel Cap. II, § 3.

(117) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 3, 327.

(118) *Ibidem*, Lib. V, *de pactis*, Cap. II, nn. 1-2, 326 = CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X* (ed. Basileae), Lib. V, *de pactis*, Cap. II, n. 2, 482.

(119) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 9, 352. A Connan va attribuita l'abolizione della classificazione fra contratti con, e *sine nomine*, attraverso la sussunzione di entrambe le fattispecie sotto il denominatore comune della *vicissitudo obligationis*. Ogni qualvolta, infatti, manchi il *synallagma*, o perché non si è realizzato ancora, o, perché non si realizzerà mai, non essendo prevista in capo ad entrambe le parti un'obbligazione corrispettiva, non nascerà alcun vincolo obbligatorio, né, di conseguenza, azione. In quest'ottica, dunque, non vi è nemmeno ragione per operare una reale distinzione fra contratti. Cfr. per una lettura critica PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 231 ss., sul punto anche BIROCCHI, *L'idea di sistema e la dottrina del synallagma di F. Connan*, in *Causa e Categoria generale*, pp. 95-136.

(120) Nel medesimo solco interpretativo si muovono i "pratici". La citazione, infatti, proviene da uno dei due dialoghi scritti da Anselm Isambert, avvocato presso il Parlamento di Parigi, membro dell'*entourage* di Michel de'L'Hospital – come dimostra la dedica d'apertura dell'opera – a sua volta, cancelliere del Regno, e centro di un vasto movimento di pensiero politico-giuridico, a cavallo fra la prima e la seconda guerra di religione, nella Francia di Carlo IX e Caterina de' Medici (A. ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Parisiis 1564, *Dial. I, Transatio generaliter fit de re dubia et lite incerta, pactum vero de re certa et indubitata*, 15 ss.).

dell'attribuzione patrimoniale (*aliquo dato vel retento*) e che impone loro di mantenere l'equilibrio fra gli interessi rispettivamente vantati o di ristabilirlo coattivamente, in caso di violazione (121).

Nell'ambito di una più ampia rivisitazione della categoria contrattuale, impostata da Connan sulla partizione essenziale fra contratti gratuiti ed onerosi (122), si innestava il discorso di Jean Coras che, accantonando il «generale nomen confusum et aequivocum», elaborava una «conceptionem definitionemque propriam» della transazione come contratto nominato (123).

---

(121) «non sic in transactione, qua quisque sibi consulit et cavet, non ei qui cum transigit. Timet enim dubium litis eventum, et parte ejus quod in lite est, decedit, ne totius adeat periculum qua in re non hoc spectat, ut commodet alteri, sed ut sibi immo potius illum ut damno, si possit, afficiat, quo suum augeat commodum» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 1, 347). La stessa linea di pensiero è seguita anche da Pierre Grégoire. Anche quest'ultimo tendeva, infatti, a svalutare le usuali contrapposizioni fra contratti nominati ed innominati per identificare una serie di negozi "anomali" fra cui utilmente inseriva anche la *transactio* («conventio de re dubia et lite incerta non gratuito facta»), non partecipe di nessuna delle due categorie descritte «neque nominatum contractum esse persuaderi potest» (P. GRÉGOIRE, *Syntagma iuris universi*, Francoforti ad Moenum 1591, *De contractibus anomalis*, Lib. XXVIII, Cap. 1, n. 2, 176; Cap. 2, nn. 1-2, 177). Per notizie su Pierre Grégoire (ca. 1540-97), tolosano, canonista, civilista e pubblicista di fama, professore di Cahors, Tolosa e Pont-à-Mousson, cfr. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, p. 142 nt. 106; QUAGLIONI, *Legge e legislatore nel "De Republica" di Pierre Gregoire* (1596), in *Filosofia e scienza della legislazione*, A. GIULIANI - N. PICARDI (a cura di), Napoli 1988, pp. 103-117, L'educazione giuridica, V, 1; ID., *La prima recezione della "Ragion di Stato" in Francia. Il "De Republica" di Pierre Gregoire* (1591), in *Atti del Convegno in memoria di Luigi Firpo*: Torino, 8-10 marzo 1990, Firenze 1992, pp. 395-403; ID., *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova 1992, pp. 395-403, ID., *Pierre de la Grégoire in Dict. H.J.Fr.*, pp. 384-385; PUERTO, *Pierre de la Grégoire*, in *JU*, Vol. II, pp. 270-273 e, da ultimo, il lavoro di C. ZENDRI, *Pierre Grégoire tra leges e mores: ricerche sulla pubblicistica francese del tardo Cinquecento*, Bologna 2007.

(122) Una *summa divisio* che correva, appunto, fra quei contratti che avevano «per scopo di determinare uno scambio tra un vantaggio che si riceve ed un sacrificio che si compie, ed i negozi, invece, che avevano per scopo di far acquistare a taluno un vantaggio senza un suo corrispondente sacrificio» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X* (ed. Basileae), Lib. VII, *De contractibus innominatis*, Cap. XV, n.1, 826). Per la definizione fra caporali, cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1994, p. 54.

(123) CORAS, *Miscellaneorum iuris civilis*, Cap. XXIII, n. 6, 71.

Un'opinione isolata, resa – come sosteneva egli stesso – contra *Doctores* e maturata sulla base di un delicato equilibrio in bilico tra l'esigenza di non pregiudicare il significato più generale del *verbum*, che «latissimeque patet ad omnia pertinens quibus vel dissidium componitur, vel nonnihil absolvitur, et perficitur» (124), e la sua più robusta natura giuridica di convenzione creata *favor litis sapiendae* (125).

Da una prospettiva analoga dev'essere valutata, almeno inizialmente, anche la posizione di Pierre Lorient (126) che giunge, però, a conclusioni assai lontane dalla comune base di partenza (127).

Promotore anch'egli del dibattito sul *συνάλλαγμα* nel giovane e vivace ambiente universitario di Bourges (128), ma convinto della potenziale debolezza del ragionamento di Coras (129), Lorient riteneva,

---

(124) *Ibidem*.

(125) «putaverim transactionem contractum esse nominatum», *Ibidem*.

(126) P. LORIENT, *De iuris apicibus, Tractatus VIII*, Lugduni 1555.

(127) Interrogatos a fondo sul possibile inserimento della transazione fra le fattispecie tipiche, Lorient giungeva a classificare la transazione, non fra i contratti, bensì fra i modi di estinzione delle obbligazioni: «ego arbitror transactionem neque nominatum neque innominatum contractum esse, sed potius, quoniam negotium diffinit, distractum appellari» (*Ibidem*, ax. LXXX, coll. 460-461).

(128) Pierre Lorient (1568†). Nato a Salin agli inizi del Cinquecento, amico di Lutero, insegnò a Bourges tra il 1528 ed il 1545. Successivamente, dopo aver aderito alla Riforma, ebbe cattedra anche a Lipsia. Di ritorno in Francia, nel 1558, insegnò a Valence e, infine, a Grenoble. Ancora imbevuto della tradizione bartolista, si può iscriverlo fra le fila degli umanisti moderati, propensi ad una conciliazione con il passato, come dimostra il trattato *De iuris apicibus*, più sopra citato, apparso a Lione nel 1545 ed il commentario al *De regulis iuris*. Per maggiori notizie: R. STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, Munich-Leipzig, 1880, I, pp. 373-375; PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, p. 136 nt. 98, da ultimo THIÉBAUD, *Lorient (Loriot, Lorioz) Pierre*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 518. Cfr. anche D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 129 ss. Sulla vivacità di Bourges e dei suoi esponenti cfr. C.H. PARKER, *Bourges to Geneva: Methodological Links Between Legal Humanists and Calvinist Reformers* in *A Journal of Medieval and Renaissance Studies*, 20 (1989), <http://escholarship.org/uc/item/2519654t>.

(129) Sull'incapacità della teorica di Connan di fare scuola, cfr. ZIMMERMANN (*The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, pp. 562 ss.); di opinione contraria già J.H. FRANKLIN (*Jean Bodin and the sixteenth-century revolution in the methodology of law and history*, New York-London 1963, pp. 30 ss.). Più di recente, cfr. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 97-98 e ancora ID., *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 28-31. Per un approfondimento della dottrina della causa cfr. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, p.



infatti, più opportuno qualificare come transazione ogni rinuncia onerosa all'azione in giudizio, vuoi per il timore di una lite già iniziata, vuoi per la sua possibile insorgenza (130).

François Duaren (131) – forse fra i maggiori esponenti del centro di Bourges – ed il suo allievo prediletto, Hugues Doneau (132) ribadì

---

406; mentre sulla "scientificità" del diritto romano in Connan si veda D. LUONGO, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, I, *Oltre il consenso metafisico*, Napoli 2007, pp. 146-176.

(130) LORiot, *De iuris apicibus*, ax. LXXX, coll. 460-461. Cfr., per una valutazione complessiva di questa tesi nell'ambito della sistematica negoziale umanistica, *infra* Cap. 2.

(131) François D(o)uaren (1509-1559). Allievo di Alciato a Bourges («erat tunc temporis apud Bituriges Academia, quae una omnium in Transalpina Gallia florebat maxime») di cui ottenne la cattedra, impegnato come avvocato, oltre che come docente, fu al centro di un fitto reticolato di rapporti fra i maggiori esponenti dell'umanesimo francese («magnopere in Gallia de Francisci Duareni doctrina sapientiaque fama percrebuerat»). Fra questi intensi legami di vita e di scienza, ricordiamo quello con Budé, con il Kistner – che scrisse una *praefatio* all'*Opera Omnia* – con Hugues Doneau – allievo prediletto, e amico – con Baron e Baudin, ed infine con Cujas, nei confronti del quale ebbe sempre una spiccata antipatia. Per notizie bibliografiche, cfr. in primo luogo *de vita Francisci Duareni* (da cui le citazioni sopra riportate), in apertura dell'edizione lucchese del 1765 (pp. XIII-XVIII), e qui, d'ora innanzi, richiamata. Per una bibliografia più aggiornata in tempi odierni si può vedere: STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 368-373; W. VOGT, *Franciscus Duarenus (1509-1559): sein didaktisches Reformprogramm und seine Bedeutung für die Entwicklung der Zivilrechtsdogmatik*, Stuttgart 1971; più di recente PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, pp. 70-75 e ID., *Cinquecento giuridico*, pp. 252-259; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 107; A. MOHINO, *François Le Duaren*, in *JU*, Vol. II, pp. 185-188; OTTO, *Duaren (Duarenus)*, in *JBL*, pp. 186-187 e, per i rapporti fra Duaren e Donello, MATTONE, *Manuale giuridico e insegnamento del diritto nelle università italiane del XVI secolo*, p. 11. Sulla sua metodologia ancora PIANO MORTARI, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, pp. 367-404.

(132) Hugues Doneau (1527-1591). Uno dei maggiori monumenti della Scuola culta, allievo di Coras a Tolosa, di Duaren a Bourges, e riconosciuto capofila della corrente sistematica dell'Umanesimo. Professore a propria volta a Bourges, nel 1551, fu poi costretto ad emigrare a causa delle sue intrasigenti ed eterodosse posizioni religiose, riparando prima ad Heidelberg, dove ebbe fra i suoi allievi Vultejus, poi a Leida, dove ebbe fra i suoi discepoli Gerardus Tuningius, e, infine, ad Altdorf, nel cantone svizzero di Uri. Per riferimenti bibliografici, cfr. il classico A. P. TH EYSSSELL, *Doneau sa vie et ses ouvrages. L'école de Bourges synthèse du droit romain au XVI<sup>e</sup> siècle, son influence jusqu'à nos jours* (traduit par J. SIMMONET), Dijon-Paris-Rotterdam 1860, sia, come prima guida, che per le edizioni dei *Commentarii* e, ancora, STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 375-381. Più di recente cfr. R. FEENSTRA – C.J.D. WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their*

scono, invece, con tutta la forza che il culto umanistico dell'antichità poteva loro offrire, il ruolo della transazione come convenzione limitata ad operare solo all'interno dei rapporti litigiosi, entro i quali si risolve l'incertezza della *res* (133), acuita dal dubbio esito della *lis* (134).

Anche se è difficile fissare i punti di riferimento della loro intesa, della loro solidarietà intellettuale così come ricostruire la complessità delle relazioni di amicizia fra costoro, è tuttavia evidente l'osmosi delle

---

*influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam /Oxford 1975, spec. pp. 16-17 nt. 31, mentre per il suo influsso sulla Scuola olandese, in particolare, su Vinnen, si veda ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, pp. 80-81. La sua attività a Leida, con il corredo di ulteriori indicazioni bibliografiche, è illustrata da J.A.M. AHSMANN, in *Collegia en colleges: juridisch onderwijs aan de Leidse Universteit 1575-1630 in het bijzonder het disputeren*, Groningen 1990, pp. 49-72 e da G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die hollandische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main 2002, spec. pp. 57; 77-79; 151. Sulla costruzione di un "sistema", con particolare riferimento alla dottrina dei contratti: PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, pp. 134-148; M.C. GETE ALONSO Y CALERA – A.L. SERRANO, *Estructura y funcion del tipo contractual*, Barcelona 1979, pp. 87 e 416 ss.; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 178 ss.; ID., *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 31-35 e THIREAU, *Hugues Doneau et les fondaments de la codification moderne*, in *Droits*, 26 (1997), pp. 81-100. Infine, una bibliografia aggiornata si rintraccia in HOLTHÖFER, *Doneau (Donellus)*, in *JBL*, pp. 182-184; J.M. ALBUQUERQUE, *Hugues Doneau*, in *JU*, Vol. II, pp. 232-238 e, in PFISTER, *Doneau (Donellus) Hugues*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 256-258.

(133) «rem autem dubiam intellegimus, de qua, aut iam mota est controversia, aut aliquando moveri timetur: dummodo absit manifesta, atque evidenti litigatorum calumnia sive vexatio. Nam in evidens calumnia et vexatione nullus est transactioni locus» (F. DUAREN, *Opera Omnia*, Lucae 1765, *In Tit. XV, De Transactionibus*, 112).

(134) «lis vero incerta dicitur quae nondum omnino decisa est, pronuntiatione iudicis, aut praestatione iusiurandi» (*Ibidem*, 113). Così anche Doneau: «ex hoc sensu definiemus hoc loco transigere, ut sit litem dubiam, quae vel sit, vel in futurum metuatur, consensu finire [...] Transactio inde dicta aut ea est litis compositio et diremtio [...] aut conventio per quam supra dicta lege a lite disceditur» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 174-175). Sul ruolo svolto dai Commentari di Donello, vero e proprio testamento ideologico dell'autore, cfr. R. FEENSTRA, *Donello e Grozio: l'influenza dei loro "sistemi" sull'evoluzione del diritto privato in Europa*, in *Atti Accademia Peloritana dei Pericolanti*, Vol. LVIII, classe III, a.a. CCLX (1989), Messina 1991, pp. 15-30, spec. pp. 21ss= ID., *Hugues Doneau et les juristes néerlandais du XVIIe siècle: l'influence de son "système" sur l'évolution du droit privé avant le Pandectisme*, in *Legal scholarship and Doctrines of private law, 13th-18th centuries*, Norfolk 1996, pp. 231-243.



teoriche sui patti di Duaren sulla complessa ricostruzione “quinaria” della *transactio* offerta da Doneau (135).

Quest’ultimo, dopo aver posto con decisione l’accento sul *labor* che doveva accompagnarla («quoniam proprie is rem trans agere intelligitur, qui labore et opera adhibita id facit [...] ut aliquid accipiamus ab adversario, et litem ei remittamus»), traduceva in un lessico del tutto personale, gli elementi attraverso cui fosse in qualche modo possibile *consentire de lite finienda* (136).

Anche le definizioni di *transactio* offerte dai lessici protestanti, in particolare, dal *Lexicon iuris civilis* del segretario imperiale Jacob Spiegel e dal *Magnum Lexicon* di Calvino (137), rispondono alle istan-

---

(135) Se infatti Eyssell è indotto a specificare che va a Duaren il merito di «expliquer le matières d’un tritre, et analyser les textes» attraverso un «exposé méthodique de la matière, le divisions, les principes, et les conséquences» perchè fu indubitabilmente il primo a «trouver le sense général [...] dans un ordre méthodique» nella complessa dinamica dell’opera giustiniana, cionondimeno «Doneau se familiarise de bonne heure avec cette méthode et [...] s’élever plus haut», distinguendosi «de ses contemporains per la forme dogmatique qu’il a donné a ses ouvrages de jurisconsulte» (EYSSSELL, *Doneau sa vie et ses ouvrages*, pp. XIX-XXV).

(136) Con una sintetica ricapitolazione spiegava, infatti, che «quinque sunt res, quibus positis orit transactio» e tutte legate al concetto di finire una “litem dubiam” cioè, *non iam nata*, ma anche *de futuro*, e comunque in grado di causare una sollecitudine nelle parti tale da indurle, sulla base di un consenso validamente prestato, ed in virtù di sacrifici reciproci («*proprium factum sit eius conventionis, qua litem ita finimus, ut pro vicissim aliquid accipiamus*»), ad una nuova regolamentazione dei loro interessi (*contradictio*), avente, fra di esse, forza di legge (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 174; e 175-176 e 197 da cui la citazione).

(137) Il *Lexicon* di Jakob Spiegel (*Spiegelius Iacobus*, 1483-1547) (*Lexicon iuris civilis*, per *c.v.d. Iacobum Spiegel Selestadiensem ex varijs probatorum autorum commentarijs congestum*, Lugduni 1549), con quattordici edizioni stampate dal 1538 al 1577, destinato soprattutto alla prassi, al foro, appartiene a quel novero di opere che dagli ambienti tedeschi si diffondono in tutta Europa, grazie agli editori lionesi, come Gryphe e Rouillé, soddisfacendo il bisogno di sintesi che veniva da più parti avvertito nello studio delle materie giuridiche. (Preme, a questo proposito ricordare, come ha rilevato Mattone, che proprio Lione, in quegli anni, fu terra di ardite “speculazioni editoriali” che, per soddisfare un ricco mercato, diedero vita ad evidenti quanto spregiudicate contraffazioni). Sulla stessa linea del *Lexicon* di Spiegel, si trovano anche i lavori di Joachim Mynsinger von Fründeck (1514-1588) (*Apotelesma, id est, corpus perfectum scholiorum ad Institutiones Iustinianas pertinentium*, Lugduni 1634, che ebbe uno straordinario successo con oltre trenta edizioni), del tedesco Johann Kahl ed, in Italia, quello del Bertachini (*Repertorium Do. Ioan. Bertachini Firmani, iuris*

ze di rifondazione della scienza giuridica, nel senso più ampio e generale del termine, ovvero, di una scienza non costituita solo da un *systema* di concetti astratti, quanto, piuttosto, risultato di una “pratica” che attinga consapevolmente agli elementi necessari a guidare le soluzioni concrete.

Uniti nel polemico abbandono del procedimento esegetico di stampo medievale, i tentativi sistematici messi in campo dai giuristi di area tedesca riflettono, infatti, nella ricerca di una definizione breve, astratta – ma al tempo stesso completa – gli stessi scopi sottesi alla motivazione ideale che anima la creazione di una *nova methodus* (138) e lo stretto legame con la Francia, vuoi per provenienza diretta, vuoi per filiazione scientifica (139).

---

*vtriusque doctoris, Quinta pars, Venetiis 1570, 245-248v*). Cfr. in particolare, circa il problema della transazione, la tendenza maggioritaria è per l'identificazione del *transigendo* con la «conventionem qua a lite jam mota vel movenda, aliquo dato, retento, promisso, receditur», per tutti cfr. J. KAHL (*alias* CALVINUS), *Magnum Lexicon juridicum*, Coloniae Allobrogum 1734, 576. In materia di repertori e vocabolari, in particolare si vedano, poi: DI RENZO VILLATA, *Tra consilia, decisiones e tractatus cit.*, p. 23 e p. 67, mentre per altre opere dal sapore manualistico, si rinvia al saggio, più volte citato, di MATTONE, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, pp. 693-694, da cui, in particolare, i dati sugli stampatori.

(138) Cfr. *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), Vol. III, Firenze 1977, con particolare riferimento ai saggi di C. VASOLI, *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, Vol. I, pp. 237-279 – ma si veda anche ID., *La dialettica e la retorica dell'umanesimo. Invenzione e metodo nella cultura del XV e XVI secolo*, Napoli 2007 – e di M. REULOS, *L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique) au XVIème siècle at au début du XVIIème siècle*, pp. 281-288.

(139) Per un quadro generale della diffusione della cultura calvinistica negli ambienti riformati ed il rapporto storico tra Calvinismo e giurisprudenza, con specifico richiamo all'insegnamento impartito presso alcune Università protestanti quali Heidelberg (Christoph Ehem, Ludwig Camerarius, Hugo Donellus, Marquard Freher, Johann Kahl, Denis Godefroy), Basilea (Basil Amerbach e Samuel Grynaeus), ed, infine, Marburg (Hermann Vultejus), si veda il lavoro di 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), 453-493. Una panoramica, da ultimo, si ha in PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, pp. 255 ss.

Si inseriscono pure in questo solco le elaborazioni istituzionali proposte da Conrad Lagus (140), Johann Oldendorp (141) e, sul finire del secolo, da Nicolaus Vigel (142), tutte opere confortate dalla grandezza di Alciato, dall'autorità di Duaren e, soprattutto, dell'insegnamento di Doneau – attivo in un breve torno d'anni a Gine-

---

(140) Conrad Lagus (Conrad Hase, 1500 ca-1546), professore, teologo, filosofo, ma anche uomo politico – fu sindaco di Danzica – è, indubbiamente, una delle personalità più ricche del panorama giuridico tedesco del Cinquecento. Per notizie, cfr. STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 296-305; e, con ulteriore corredo bibliografico, MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, Milano 1971, pp. 144-150 e ss., da ultimo anche BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 14-18.

(141) Johann Oldendorp (1488-1567). Formatosi in Italia, a Bologna, dopo un'esperienza di studio a Rostock e Colonia; sindaco e consigliere in svariate città tedesche; luterano convinto, prese parte attiva alle lotte religiose del suo tempo. I suoi scritti (l'*Opera Omnia* è del 1559) gli attribuirono una posizione di rilievo tra i giuristi tedeschi della “scuola culta”, mostrando la varietà dei suoi interessi scientifici, che spaziavano dalla storia del diritto alla filosofia, alla dialettica giuridica, sino alla pratica giudiziaria. Il più importante fra questi fu appunto *Isagoge, seu elementaria introductio juris naturae et gentium* (1539). Questa, e molte altre opere dell'Oldendorp, insieme ad altri i trattati giuridici del sec. XVI, pubblicati integri nei paesi riformati, ed emendati invece in quelli di religione cattolica, trovarono posto nella grande compilazione veneziana del 1548-1550 pubblicata in diciotto volumi in *folio*. Per un più preciso riferimento, ed uno sguardo diretto ai testi, cfr. in *Tractatus Universi iuris extravagantes*, Venetiis 1550, M. CARVALE (presentazione di), CORTESE (introduzione storica di), G. COLLI (introduzione bibliografica di), Napoli 2005, spec. *Tomus XVI Tractatum*, 148-172; *Tomus XVII Tractatum*, 270-271; *Tomus XVIII Tractatum*, 451-462 e 735-737. Per maggiori riferimenti all'autore nel panorama del tempo cfr., invece, MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca* cit., pp. 100-106 e ID., *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, pp. 238 ss. Infine, informazioni più specificatamente biografiche, si leggono nelle voci di OTTO, per *JBL*, pp. 474-475 e di P.G. CAVERO, pp. 137-140, per *JU*.

(142) Presso alcuni giuristi sia protestanti, che cattolici, l'influenza delle tematiche religiose si avverte anche nell'approccio al diritto antico, generalmente affrontato secondo l'indirizzo umanistico, ma con la finalità, per i primi, di rifondare, con le categorie ed i metodi del diritto romano, un ordine nuovo; mentre per i secondi, numericamente inferiori, e particolarmente invis nei confini dell'Impero, della «rivindicazione caparbia di un'equilibrio ormai tramontato» (MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, p. 247 e ID., *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca* cit., pp. 92-93). Per maggiori ragguagli su Nicolaus Vigel (Vigelius, 1529-1600), utile ancora oggi STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 424-440, oltre che la voce di GUZMÁN, in *JU*, Vol. II, pp. 238-240.

vra, Leida, Altdorf – (143) e maturate nel clima di rinnovamento spirituale del protestantesimo.

Si tratta, infatti, di giuristi che, se con la loro esperienza abbracciano un arco temporale abbastanza ampio – tale da coprire l'intero secolo XVI – hanno, comunque, in comune la fiducia nella capacità creativa del proprio ruolo e nella bontà delle grandi sintesi giuridiche «contro un'antica e persistente tradizione culturale» che, in qualche modo, aveva perso di significato (144).

Nella *Iuris utriusque traditio methodica* di Lagus – edita nel 1543 (145) – imbevuta sia delle suggestioni mnemotecniche tipiche del ramismo, sia della ricchezza delle discussioni umanistiche, si evidenziano tutti i motivi più tipici dell'evoluzione culturale cinquecentesca, dall'utilità didattica dei nuovi procedimenti, dal vantaggio che essi rappresentavano per le professioni giuridiche, ed, infine, ma non di minor peso, dall'interesse per gli aspetti più marcatamente legati all'*usus* delle singole fattispecie.

---

(143) I “fermenti generatori” della *privata automia* sono stati di recente ripercorsi da BIROCCHI in *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*, F. MACARIO – M.N. MILETTI (a cura di), Milano 2006, pp. 95-136, con particolare riferimento alla disamina di quelle che l'autore definisce le “incrostazioni di un concettualismo a lungo dominante”, pp. 115-116.

(144) Per l'attrazione esercitata dall'approccio sistematico su più di una generazione di giuristi e di uomini di cultura, non certo di rilievo secondario, si vedano MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca* cit., pp. 54 (da cui la citazione) e 93, e BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 379.

(145) La *Iuris utriusque traditio methodica* (da me consultata nell'edizione di Basilea del 1553), scritta sul canovaccio delle lezioni accademiche, e pubblicata, nella sua prima edizione, contro la stessa volontà dell'Autore (cfr. *Protestatio Cunradi Lagi, adversus improbam suorum commentariorum De Doctrina Iuris editionem ab Egenolpho Factam*, Gedani 1544), intendeva svolgere una redazione della materia giuridica in chiave sistematica, per un migliore accesso tanto ai principi generali del diritto, che ai singoli istituti. In particolare, nell'opera di Lago, «l'adozione del “sistema” era interpretata come momento centrale di una più complessa costruzione ideologica e culturale». Per un quadro di questa giurisprudenza sistematizzante, cfr. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca* cit., ancora pp. 144-150 e ID., *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, pp. 242 ss.; circa l'edizione contestata, invece, si veda ancora STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 298 ss.

Con questa impostazione di fondo si può quindi comprendere la necessità, ogni qualvolta si dovesse qualificare giuridicamente il rapporto espresso dalla *transactio*, di individuare lo specifico spessore semantico di *transigere* che, nel caso di Lagus veniva a connotare – *in specie* – l'atto di coloro che «propter incertum eventum litis praesentis aut inter eos futurae invicem aliquid remittentes vel dantes, dissidium suum componunt» (146), mentre, *in genere*, si inseriva nei «tanti ubique pacta, quibus lites removentur favore tranquillitates publicae» (147).

Un trattazione del sistema delle azioni in chiave filosofica, in qualche modo debitrice allo spirito di quella cultura eterodossa, si rinviene anche nell'*Actionum forensium progymnasmata* dell'Oldendorp, da più parti ritenuto un precursore dello spirito giusnaturalista e, per il caso nostro, interessato più a sottolineare il ruolo *in iudiciis* della *transactio-distractus*, secondo un atteggiamento che sarà tipico della dottrina tedesca, che a collaudarne un profilo sostanziale, nella dialettica contrapposizione fra *pacta* e *contractus* (148).

Tutte queste linee di tendenza, negli ultimi anni del Cinquecento, si esprimono nella strenua difesa di Vigel per i vecchi rapporti garantiti dal *ius civile* imperiale, in cui si collocava anche l'essenza della composizione amichevole della lite legata, nella sua originaria e più antica definizione classica, alla "sola" estinzione del conflitto processuale.

In forza di una lettura destinata ad una larga eco (149), e senza soffermarsi sulla "questione contrattuale" scarsamente influente sulla partitura definitiva, Vigel considerava indispensabile, perché si potesse realmente parlare di transazione, l'esistenza di una *contradictio* sot-

---

(146) K. LAGUS, *Iuris utriusque traditio methodica*, Pars III, Basileae 1553, Cap. XXVIII, *De transactionibus*, nn. 1-4, 424-425.

(147) *Ibidem*, 428.

(148) J. OLDENDORP, *Actionum forensium progymnasmata* Lugduni 1566, *Actio quadragesima*, XL, *De praescriptis verbis set in factum actione*, 793.

(149) Cfr. *infra*, Cap. II, nt. 107.

tolineando come quest'ultima differisse «a reliquis pactis [...]» non in quanto «pactum de lite dubia atque incerta remittenda» (150).

La novità dell'impostazione, di tono pragmatico, consisteva nella stretta integrazione, di ordine "economico", che egli ravvisava fra la lite e la causa della composizione (151).

Che si trattasse, insomma, di contestazione in atto, di un conflitto possibile, o anche solo di una lite minacciata, per il giurista tedesco non rilevava: purchè vi fosse una *dissidium*, lì sarebbe stato anche possibile transigere (152).

In pochi tratti si era riaperta una vecchia lettura dell'istituto, spesso scompagnata – ma mai del tutto veramente soppressa – che sarebbe divenuta terreno d'elezione per gli «estremisti» – i cosiddetti uomini "fanatici" (153) – per coloro, insomma che, nell'intento esa-

---

(150) N. VIGELIUS, *Commentariorum iuris civilis annus primus. De pactis. De transactionibus. De obligationibus. De actionibus. De verborum obligationibus. Eiusdem, Disputationes 14. ex quibus maximus horum commentariorum usus perspicitur*, Heidelbergae 1562, 183.

(151) Per cui «si nulla lis sit, nec ulla metuatur, sed ex alia causa remittatur debitum: non transactio dicitur, sed pactum de re certa et indubitata» (N. VIGELIUS, *Digestorum iuris civilis libri quinquaginta*, Basilae 1584, *De transactionibus*, Cap. V, c. 920 e c. 926).

(152) Come meglio vedremo nel paragrafo successivo, dedicato agli elementi essenziali della transazione.

(153) Uso qui l'espressione di MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca* cit., ancora p. 147. In realtà, fu proprio il massacro della notte di San Bartolomeo ad avviare una diaspora culturale dal centro di Bourges verso le università fiamminghe. In particolare, è Leida a catalizzare l'attenzione del mondo giuridico di quegli anni «and the preference for Protestant humanist lawyers who had taught at Bourges». Dopo il rifiuto di Hotman, chiamato già dal gennaio del 1579, quando ancora la Facoltà olandese doveva avere pochi studenti al suo attivo, fu infatti Doneau (dopo breve sosta ad Heidelberg) ad accettare l'incarico, a mantenerlo sino al 1587, per morire qualche anno dopo (1591). A Leida, dunque, Doneau importò il proprio metodo sistematico, fece proseliti, come Tuningius, ed influenzò persino le generazioni successive, come dimostra Vinnen, a propria volta allievo del Tuningius. Per maggiori dettagli si vedano inoltre, FEENSTRA – WAAL, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, pp. 16-17 da cui la citazione in inglese e MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, p. 233, per quella in italiano. Infine sulle guerre di religione e sulla "crisi" profonda da esse ingenerata in tutta Europa, si veda J. H. MCMILLAN SALMON, *Society in crisis: France in the sixteenth century*, Cambridge 1975, mentre per l'influenza cultu-



sperato di individuare il nudo testo, ed in nome di un'altrettanto rigorosa custodia dell'antico, si muovevano in direzioni "estreme", pur restando ancorati al mondo dei culti.

Spicca, senz'altro, fra costoro, François Hotman (154) che, fuori dalla dinamica del contratto (155), guardava a quel *verbum ambiguum* che è la transazione («quasi quaedam compositio inter adversarios») per enfatizzarne il ruolo compositivo/accertativo («neque totum neque nihil actor auferat») tanto dell'incertezza delle parti sulla disciplina giuridica dei loro rapporti («ut e re controversa, neque tantum de litigiosa») o sulla consistenza dei loro diritti, eventualmente già sottoposti all'esame del magistrato («id est post litem contestatam ambigua»), quanto dell'incertezza sull'*an* e sul *quando* di un determinato evento (156).

---

ra che esse ebbero sugli spiriti dell'epoca, utile il riferimento a G. BADIALI, *Le guerre di religione nel pensiero di Alberico Gentili*, in *Alberico Gentili: politica e religione nell'età delle guerre di religione*, pp. 25-40 ed al già citato saggio della PILLITTU, *Metodo scientifico e libertà di religione*, *passim*.

(154) François Hotman (1524-1590). Figura di spicco nell'incendiario clima delle guerre di religione, membro di tutte le congiure anticattoliche scoppiate nel paese, implicato in quella di Amboise nel marzo del 1560, dovette rifugiarsi in Svizzera. Incaricato di numerose missioni politiche e religiose per conto di principi tedeschi e protestanti, in qualità di capo della fazione ugonotta, trasfuse questa vitalità e questa forza polemica nella propria opera di giureconsulto e di scrittore politico. Professore di filologia a Strasburgo, di diritto a Losanna, fu poi a Valence e Bourges nel 1567, da dove fu costretto a emigrare, riparando nuovamente a Ginevra. Cfr. STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 383-386; PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico*, pp. 289-296; KELLEY, *François Hotman. A revolutionary ordeal*, Princeton 1973, mentre per uno sguardo più generale al panorama culturale ID., *Foundations of modern historical scholarship: language, law and history in the French Renaissance*, New York-London 1970; spec. pp. 101 ss.; R. DOMINGO – V. DOMINGUÉZ, *François Hotman*, in *JU*, Vol. II, pp. 227-228; A. LECA, *Hotman François*, in *Dict. H.J.Fr*, pp. 409-411 e OTTO, *Hotman (Hotomanus)* in *JBL*, 303-304, C. PEDRAZZA GORLERO, *Hotman "iconoclasta": diritto e storia nell'Antitribonianus (1567)*, in *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia. Atti del Convegno internazionale di Studi*: Verona, 29 giugno-1 luglio 2006, G. ROSSI (a cura di), Roma 2008, pp. 285-311 e, da ultimo, C. CHÊNE, *En relisant François Hotman*, in *Modernisme, tradition*, pp. 97-106.

(155) «a contractu diserte, in libris quidem emendatis, separatur» (HOTMAN, *Disputationum iuris civilis, Operum* (To. I, pars I), *Disputatio De transactionibus*, 643-652, spec. n. 7c, 646).

(156) Tutto lo sforzo esegetico di Hotman pare rivolto a chiarire il complesso sistema del rapporto transazione/patto per dimostrare la perfezione della dizione

In nome di un polemico recupero filologico – come gli era tipico – il giurista ugonotto non solo si trovava così a privilegiare la nozione più ampia assegnata al verbo *transigere* dalle fonti romane, ove il ricorso alla *res dubia* (157) andava ben oltre il richiamo di un'espressione nella sua letteralità, eccedendo i termini della *res litigiosa* (158), ma sosteneva anche, con pari enfasi, la natura “accertativa” della transazione, vera mediazione «inter totum et nihil» (159).

giustiniana. Assumere i termini come sinonimi, per il giurista ugonotto, significa, infatti, riconoscere la possibilità di interscambiarli senza che da tale operazione discendano apprezzabili conseguenze per ciò che attiene al significato complessivo dell'enunciato per il quale «transactio est conventio de re ambigua, per quam vel vitandae vel finiendae litis caussa, eius rei pars aufertur, pars remittitur» (HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas* (XXII), in *Operum* (To. I, Pars I), *De transactionibus*, nn. 1 e 3, 82, cui si riferiscono tutte le citazioni in testo e nota). Sulla stessa linea, si pone anche nell'accademica *Disputatio De transactionibus*, ove leggiamo: «usque adeo autem verum est, transactionem fieri de re incerta, ut non modo de re quae in litem deducta, et iam in medio posita est, verum etiam de re in metu et opinione tantum posita saepe interponatur» (HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, 644). Per una corretta collocazione di quest'opera nella parabola intellettuale di Hotman, cfr. KELLEY, *François Hotman; a revolutionary's ordeal*.

(157) «transactio de incerta et obscura [...] fit ex metu periculi et propter incertum litis vel motae vel imminentis eventum» (HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 3d, 643). Tuttavia, le giustificazioni addotte appaiono alquanto discutibili e non sempre coerenti a se stesse, cfr. HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis*, in *Operum* (To. II, pars II), *De transactionibus*, lib. Cod. II, Tit. IIII, 290-308, spec. 301.

(158) Spiega, infatti, che si tratta «non modo de re quae in litem deducta et iam in medio posita est, verum etiam de re in metu et opinione tantum posita» (HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 4, 644).

(159) Per i passi ed i richiami a C. 2.4.6 e D. 2.15.8 si veda HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas*, *De transactionibus*, n. 3g, 82 e n. 4, 83-84; *Disputatio De transactionibus*, n. 4, 645. Un'interpretazione del tutto confliggente è, invece, offerta da Doneau che, in sede di commento l. *de fideicommisso*, non ravvisa alcuna anomalia ma, semmai, l'ausilio, del tutto accidentale, della clausola condizionale. «Inter quos heredes mutuum fideicommissum relictum est ita, ut qui prior decederet sine liberis, portionem suam superstiti restitueret, hii si invicem spem fideicommissi remittant, transactio est. Est enim pactio de lite, non quidem quae nunc sit, sed quae esse possit postea, quod est ad transactionem satis [...] Est enim de lite incerta; quia cui fideicommissi actio detur, incertum propter incertum conditionis. Et quoniam nulla est transactio, nisi cum remittenti litem aliquam aliquid vicissim datur, aut ab eo retinetur [...] uterque enim sic alterius partis actionem remisit alteri, ut retineat suam partem et sibi etiam heredibus». E', infatti, la reciprocità dei comportamenti il vero cardine argomentativo: «quia accedunt haec utrique commoda: quod removetur utrique votum improbandum



Non molto diversamente, del resto, si era atteggiato anche il pensiero di Jacques Cujas (160), *Iurisconsultorum huius aetatis princeps* (161).

Quest'ultimo, nel corso di una riorganizzazione “palingenetica” delle fonti, aveva sottolineato come non tutti i significati di *transactio* sottendessero un negozio fra coloro «qui inter se controversantur de re de qua agitur» (162), quanto, piuttosto, un accordo – fosse esso sotto

---

captandae mortis alterius: utriusque hoc factum amovetur huius periculi metus: eodemque facto inter fratres concordia retinetur» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad l. Fideicommissum*. 11, 218).

(160) Jacques Cujas (1522-1590) ritenuto il principe di giureconsulti francesi, fu anch'egli studente e poi professore a Bourges, ove insegnò a più riprese, dopo esperienze accademiche a Tolosa, a Cahors, Torino, Valence, dedicando la maggior parte del suo lavoro allo studio esegetico ed alla critica filologica delle fonti. Copiosa è la sua produzione di edizioni critiche delle fonti e, in particolare, di *adnotationes* e *observationes*, generi letterari significativamente utili a segnalare problematiche di critica testuale e a suggerire proposte di soluzione, senza coinvolgere direttamente la norma di legge. Autore, oltre che di più tradizionali *commentarii*, estese i propri interessi alle opere romane di epoca regia, classica e giustiniana, dedicandosi anche ai testi bizantini. Sempre a lui si deve l'apparizione del *Corpus iuris sine glossa* nel 1585. A questo specifico proposito, P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962, p. 193 ed H.E. TROJE, *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16 Jahrhunderts*, Köln-Wien 1971, pp. 109 ss. Ancora su Cujas cfr. inoltre, J. BERRIAT-SAINT PRIX, *Histoire du droit romain, suivie de l'histoire de Cujas*, Paris 1821, in particolare il paragrafo IV, dedicato ai § *Des Cujaciens*, pp. 313-316; STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 375-377; PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico*, pp. 358-368; E. VALERA, *Jacques Cujas*, in *JU*, II, 223-224; L. WINKEL, *Cujas (Cujacius) Jacques*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 220-222 e OTTO, *Cujas (Cujacius)*, in *JBL*, pp. 152-153.

(161) «Iacobus Cuiacius cui Barnabus Brissonius tantum tribuit [...] et qui Iurisconsultorum huius aetatis princeps [...] tradidit, transactionem pactum esse, non contractum», la citazione è da Borcholten (*Commentaria in illustrem titulum de transactionibus*, Helmaestadii 1598, Cap. I, *Definitionem transactionis*, 9-10), che, nel tracciare una sintesi delle questioni più dibattute in tema di transazione, offre anche un ventaglio delle opinioni più autorevoli. Per notizie su Johann Borcholten (1535-1593), avvocato, professore a Helmstaedt, uomo d'affari, allievo di Melantone, forse di Wesenbeck, di Cuiacio a Tolosa, ed, infine, a propria volta maestro di Boccer e di Ritterhausen, cfr. J.H. STEPF, *Gallerie aller juridischen Autoren von der ältesten bis auf die jetzige Zeit*, Leipzig 1820-1825, Vol. IV; STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 402-405; T. MUTHER, voce *Borcholten, Johannes*, in *ADB*, 3 (1876), pp. 155-156.

(162) In un lungo *excursus* alla Rubrica *de pactis* del Codice, riferendosi alla

forma di patto o transazione – di natura sostanzialmente omogenea (*transactio est pactum*) (163).

A suo dire, infatti, tanto il sostantivo *transactio*, che, ancora più spesso, la forma verbale *transigere*, rappresentavano un'attività riconducibile ad uno schema giuridico diverso dal *contractus* («*transactio est species pacti, quae inter duos pluresve de re dubia, et lite incerta, neque finita componitur [...]. Ex conventionibus aliae sunt contractus, aliae pactiones [...]. Ergo distat conventio a pactione, quod conventio est genus, pactum species*») (164), più flessibile, consistente in un complesso di operazioni differenti, riassunte dal termine presente nella compilazione, ed associabile agli antichi atti del *ius gentium*.

Ora, benchè non ogni forma di remissione dell'azione potesse sottintendere una transazione, quest'ultima – sosteneva Cujas – era, e rimaneva, una «*remissio litis praesentis*» (165).

In altre parole, quello che il giurista “sommo” contestava era l'uso strumentale che delle fonti aveva fatto la giurisprudenza medievale, specialmente la glossa, a scapito della comprensione dei fenomeni giuridici nella loro interezza.

In quest'ottica, muovendosi con un'acribia filologica senza pari, ricollocava, pertanto, l'istituto nella sua originaria cornice classica, do-

---

*pro Roscio* di ciceroniana memoria, e quindi all'impiego più letterario del termine “*transactio*”, esponeva, infatti, che: «porro transactioni inest pactio quasi genus, ut genus dicimus inesse formae dat enim pactio transactioni nomen, et definitionem. Ergo genus est transactionis: quid est transactio? Pactum quod fit inter duos pluresve, negotij vel litis decidendae causa» (CUJAS, *Codex Iustinianus... recitationes solemnes* (To. V), 25C). Per una disamina dei “verba” *pactio*, *convenire* e *conventionis verbum*, si veda invece, CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad Titulum de pactis, Ad l. I.*, 936-938.

(163) In Cuiacio l'assimilazione della *transactio* al patto viene frequentemente ripresa anche nei *Paratitla*: «*transactio est pactio, qua lis vel controversia, et res aliqua dubia perinde ac iudicato dirimitur [...]. Controversia est litis causa. Lis est controversia [...]. Transactio est pactum, quod fit tantum de lite incerta, neque iudicata, aut de re dubia*». Cfr., per i testi, CUJAS, *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum*, in *Opera omnia* (To I), col. 755 e ID., *Paratitla in lib. IX Codicis Iustiniani*, Lutetiae Parisiorum 1658, 52-53.

(164) CUJAS, *Codex Iustinianus... recitationes solemnes*, 27.

(165) *Ibidem*, 26C.

tando nuovamente il *verbum* di quell'ampiezza di cui, le interpolazioni giustiniane (166) prima, e l'interpretazione medievale poi, l'avevano in qualche modo privato, per farne un negozio affatto diverso: «pacta fiunt variis ex causis, ac praecipue duabus, donandi, vel transigendi causa. Quae fiunt transigendi causa, non tantum de lite fiunt: sed etiam de omni iure dubio, et incerto, ut puta de conditioni incerto» (167).

Nel complesso, dunque, quella che si va tracciando nell'Europa tra la fine del Quattrocento e quella del secolo successivo è un'articolata cornice giurisprudenziale, quasi senza confini. E, in tale contesto, l'opera di Cujas segna forse la distanza estrema che separa la più moderna definizione del contratto transattivo dalla sua originale formulazione nel *Corpus Iuris* come negozio di accertamento e risoluzione amichevole di ogni situazione incerta («denique transactio refertur ad litem vel negotium aliquod ambiguum»), lettura filologica fatta oggetto, anche oggi, di ampia revisione storiografica (168).

Ciononostante, un dato pare non solo inequivocabile, ma altresì imprescindibile per ogni ulteriore approfondimento: il Cinquecento non prospetta una monolitica "visione di scuola", frutto solo di angolazioni diverse delle stesse ricerche (169), bensì una "falange non unitaria", come scrive Paolo Grossi (170).

---

(166) L'utilizzo di criteri palinogenetici nell'opera di Cuiacio, i cui esiti sono stati peraltro spesso confermati dalla moderna romanistica, è sottolineato da PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, p. 257.

(167) CUJAS, *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum*, col. 755.

(168) «nam pactum sit etiam de re certa et indubitata donationis causa, veluti pactum de non petendo debito. Transactio est pactum, quod fit tantum de lite incerta, neque iudicata, aut de re dubia» (CUJAS, *Paratitla in lib. IX Codicis Iustiniani*, 53). Sul recente revisionismo, cfr. FINO, *L'impiego dell'Appendix*, p. 423 e ID., *L'origine della transactio*, pp. 21-97.

(169) Per un'introduzione alla letteratura giuridica in età umanistica, cfr. TROJE, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. v. H. COING, II bd., 1 T., München 1977, pp. 615-795. In particolare per l'area tedesca, ancora insostituibile, STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 88-101 e 367-521.

(170) Cfr. P. GROSSI, *La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadrivio cinquecentesco*, in *QF*, 19 (1990), pp. 209-242, spec. p. 211.

Voci sempre più numerose entrano nel concerto di questa rinnovata scienza giuridica il cui baricentro non è più unico, ma tende piuttosto a frantumarsi e moltiplicarsi nelle dicotomia delle possibili interpretazioni del *transigere* (171), quale riflesso di un più profondo dis-

---

(171) Di qui, la larga eco riscontrabile nei corifei della nuova metodologia umanistica, fra i quali, sul finire del secolo, possiamo anche annoverare l'italiano, ma protestante, Giulio Pace («Dubiam intellige, propter incertitudinem alicuius futuri eventus: veluti quia est in litem deducta (l. *cum proponas*) [...] vel in litem deducenda, adeo ut periculum litis immineat [...] vel propter alium quecumque eventum, veluti si transigatur (l. *fideicommisso*)») (G. PACE, *Commentarius in l. transigere*, Lugduni 1604, n. 7, 14). Seguace di Alciato, ma non meno del *riconcinnare* tipico di Cujas, fu strenuo assertore dell'utilità pratica degli studi giuridici (*quae est iuris finis*), ancorchè il confronto con la critica dialettica medievale, in talune sue opere, come l'*Analysis Codicis* (stampata per la prima volta Lione nel 1616), finì per portare all'estremo il metodo analitico, l'uso di tavole e la sintesi degli argomenti. Giurista dagli ampi orizzonti culturali ed autore prolifico, Giulio Pace (1550 -1635), formatosi sotto la direzione di Mantua, Deciani e Panciroli, allievo di Zabarella, si convertì al calvinismo grazie all'influenza dell'eterodosso ambiente padovano. Costretto a riparare a Ginevra nel 1574, in seguito alla severa reprimenda dell'autorità ecclesiastica, insegnò – a Ginevra, Heidelberg, Montpellier, Nimes, Padova e Valence – ed ebbe notevoli riconoscimenti in territorio protestante. Trasferitosi nel 1585 ad Heidelberg, pronunciò la celebre *Oratio De iuris civilis difficultate ac docendi methodo lib. II* (Spirae 1597), di stampo tradizionale. Sempre in questi anni difficili di scontri accademici, approfondì poi gli studi peripatetici e, solo nel 1620, gli riuscì, finalmente, di fare rientro in patria. E' di questo periodo di matura resipiscenza, il saggio "gratulatorio" di diritto internazionale *De dominio maris Hadriatici disceptatio pro Venetia*, che gli valse il cavalierato presso la Serenissima. Tornato ad insegnare a Padova, ivi rimase per due anni. Morì a Valence, all'età di 85 anni. Cfr. STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 390-392; A. DUFOUR, *Un adepte italien de l'humanisme juridique à Genève. Julius Pacius de Beriga (1550-1635)*, in *Genève et l'Italie: études publiées à l'occasion du 50 anniversaire de la Société genevoise d'études italiennes*, Genève 1969, pp. 113-147; ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, pp. 93-94; VASOLI, *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, pp. 273-279, spec. p. 277; ID., *Profezia e ragione. Studi sulla cultura del Cinquecento e del Seicento*, Napoli 1974, pp. 649-778; ID., *Giulio Pace e la diffusione europea di alcuni temi aristotelici padovani*, in *Aristotelismo veneto e scienza moderna*, Padova 1983, II, pp. 1009-1034; J. TEDESCHI, *I contributi culturali dei riformatori protestanti italiani nel tardo Rinascimento*, in *Italica*, 1, 64 (1987), pp. 19-61; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 195-201; ID., *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 238-279-281; MATTONE, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, pp. 43-44; G. ACQUAVIVA, *Giulio Pace la giurisdizione di Venezia sul mare Adriatico*, pp. 39-72, in *Il Dominio di Venezia sul Mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace* (cur. G. ACQUAVIVA – T. SCOVAZZI), Milano 2007 e, da ultimo, sia consentito il rinvio alla omonima voce, da me redatta per il *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cds.

senso rispetto al metodo scolastico, trasformato, da alcuni in una veeemente ricostruzione filologica ed antiquaria dell’antico, mentre da altri, a difesa di una linea “empiristica”, in un più fecondo stimolo per la ricerca di nuove possibilità di sviluppo.

### 3. *Gli elementi essenziali della transazione.*

Sulla base delle considerazioni critiche sinora svolte, la transazione può, infatti, adattarsi sia a quella *conventio* con la quale due parti in competizione di interessi rinunciano al riconoscimento processuale delle reciproche pretese, risolvendo la lite fra loro insorta, sia a quella con cui chiariscono una questione che, almeno nell’opinione dei contraenti, è oggetto di contraddittorio o altrimenti incerta, facendosi reciproche concessioni.

Non vi sarebbe del resto motivo di ricorrere ad una composizione amichevole, laddove il rapporto fra le parti fosse assolutamente contestato.

Tuttavia, questo doppio binario interpretativo – il cui fondamento ha natura legislativa (172) e la cui *ratio* riposa sulla finalità della fattispecie – esige si stabilisca una connessione fra una *transactio de dubia lite* e la più generica causale per la quale «indubitate debere posse» (173).

Giasone, modello per l’umanesimo, ma il cui tratto essenziale non fu mai una rottura completa con i principi del passato, secondo un’antica lezione, aveva già a suo tempo colto la necessità di tre requisiti «quo ad esse transactionis. Primo quod fiat de re dubia. Secundo quod super lite incerta [...] Tertio [...] quod non fiat gratis» (174).

---

(172) Sulla lettura, spesso criticabile, e non del tutto univoca, della fonte D. 2.15.1, in parallelo con C. 2.4.38, si veda *supra* § 1. Sul punto, in particolare, cfr. anche FINO, *L’origine della transactio*, pp. 21-97.

(173) Cfr. ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.12 *de transactionibus*, l. *praeses provinciae*, n. 1, 77v.

(174) Questi sono i requisiti per la sussistenza della transazione vera e propria, dal momento che «improprie transactio capitur, per omnen actum per quem ab

Ciononostante, è proprio l'esegesi del profilo dell'incertezza ad innescare, a partire dal Cinquecento – secondo quanto riferisce il Kistner (175) o forse ancor prima, secondo altre e più precoci testimonianze – (176) una delle questioni più vivacemente dibattute, poiché è nell'enunciazione di tale tesi che gli interpreti riscontrano superfluità, lamentano lacune, o, in ultima analisi, deplorano difetti.

Dato, infatti, per scontato che la *res transigenda* debba essere

---

obligatione receditur» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.1 *de transactionibus*, l. *qui transigit*, n. 15, 175v).

(175) «propter diversitas interpretationes, dupliciter [...] interpretatur. Etsi autem posterior etiam Pandectarum Florentinarum, etiam plerorumque vulgarium exemplarium est: tamen magis mihi prior lectio placet, quae est Duareni, quod ea et planior et commodior, magis cum Ulpiani phrasi congruere videatur [...] Ut enim audivimus, transactione rem dubiam et litem incertam, aliqua pecunia accepta, decidimus: at pacto quod sit donationis causa, rem certam et indubitam liberalitate remittimus» (CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, ad L. I, n.7, 10). Per riferimenti invece alla posizione di Duaren, richiamata da Kistner, cfr. DUAREN, *Opera Omnia*, Vol. I, Caput I, *De Transactionibus*, 112 -113 e Caput II, *De quibus rebus transigere possimus*, 114. Nikolaus Cisnerus (Kistner, 1529-1583) fu matematico, poeta e giudice (vicario della Curia palatina). Formatosi nell'ambiente protestante – grazie anche alla frequentazione di Melantone ed all'ospitalità di Calvino – ebbe modo di approfondire gli studi umanistici – ne è chiara dimostrazione la *Praefatio* all'opera omnia di Duareno, di cui si dichiara allievo (*Opera omnia*, XIX-XXI) – frequentando gli ambienti accademici sia di Bourges che di Angers e Poitier, senza peraltro tralasciare contatti importanti con la dottrina più tradizionalista, grazie a fecondi soggiorni nella penisola, prima a Bologna e poi a Padova. Docente di diritto ad Heidelberg, di cui divenne Rettore per un biennio, morì dopo aver dato alle stampe, oltre ad opere giuridiche, anche numerose opere letterarie. Cfr. STINTZING, *Cisnerus, Nikolaus (Kistner)*, in *ADB*, Vol. 4, Leipzig 1876, p. 267; STINTZING, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, I, pp. 503-507; G. DICKEL, *Kistner (Cisnerus), Nikolaus*, in *NDB*, 11 (1977), p. 691; W. KILLY, *Literaturlexikon. Autoren und Werke deutscher Sprache*, München 1988-1991, II, p. 419 e, da ultimo, in STROHM, *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit*, Tübingen 2008, p. 55 nt. 75.

(176) Caccialupi aveva sottolineato come le indicazioni della dottrina più risalente avessero ingiustificatamente compresso la *res dubia* entro la considerazione della sola incertezza causata dal processo. Al contrario, invece, la riflessione giuridica più “moderna”, apparirebbe, a suo dire, maggiormente propensa a risolvere la questione ampliando opportunamente i margini della *res* «dubia propter litem que est vel esse potest de iure vel de facto» (GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, 16). Un'analoga panoramica delle opinioni quattrocentesche è offerta da Francesco Porporato (*Commentaria*, l. *cum te proponas*, spec. nn. 2-6 e nn. 28-29, 54-55).



dubbia, poiché «in claris non fit transactio» (177), risultava assai complessa la “mappatura” dei confini dell’*incertum* transigibile.

La sua più frequente estrinsecazione si aveva, ovviamente, in occasione di un processo (*forensis actio*) (178). Il pericolo che ad una vittoria nell’agone giudiziario potesse non corrispondere un effettivo vantaggio nel campo economico suggeriva, di per sé, il ricorso alla soluzione transattiva (179).

In tutti questi casi, però, il dubbio rimaneva circoscritto all’oggetto della lite, identificandosi con il contenuto della vertenza sulla quale cadeva la contestazione, essendone la definizione rimessa all’incerto esito del giudizio («quem exitum quemve finem, lis in iudicium deducta, est habituta») (180).

Ma anche fuori dal giudizio (*licet res nulla media fuerit*) (181), e prima di ricorrere al giudice (*etsi nulla fuisset quaestio*) (182) era possibile la composizione amichevole.

---

(177) In tutte le circostanze in cui manchi la contestazione si esclude la possibilità di ricorrere al negozio transattivo e il termine *transactio*, laddove utilizzato, va inteso nella sua accezione ampia ed indistinta e non, invece, in quello che si è visto essere il suo più pregnante significato giuridico-istituzionale. «In casibus claris lex transigi vetat, sed in dubiis non vetat» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.2. *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 2, 70).

(178) «lis est ipsa controversia et forensis actio: ut causa sit id, cuius gratia lis movetur: lis autem, ipsa concertatio iudiciaria [...] quotiescunque enim lis adhuc suboriri potest aliqua, eoties transactionis erit locus» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 2, 348).

(179) Vi sarebbe, in altre parole, una sostanziale sovrapposizione di intenti esistente fra chi “litiga” e chi “transige”, poiché ciascuno insta per ottenere il riconoscimento del proprio diritto («quisque facit quod potest ut vincat, et jus suum obtineat») *Ibidem*, Cap. VI, nn. 1-2, 347.

(180) Come spiegava Johann Borcholten, risalendo fino alle origini del concetto di “lite”: «lis, si Isidoro credimus *lib. 18 etymologia* [...] Ac proprie lis dicitur, cum est in iudicium ventum, extra iudicium non est lis, sed controversia [...] Dicitur lis incerta, quia incertum est [...]. Eventus siquidem iudiciorum est incertus» (BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *Super quibus rebus fiat transactio*, nn. 3-4, 41).

(181) «nos hic per litem incertam non tantum intelligimus litem, quae de praesenti iam mota et in iudicium deducta est, verum etiam per litem incertam intelligimus litem, que nondum mota et in iudicium est deducta, sed quam timemus, ne moveatur et in iudicium aliquando deducatur. Hoc est, quod dicitur transactionem va-

Come suggeriva Connan, il più noto allievo di Alciato: «magno suo incomodo transigere mallet, quam iudiciorum subire aleam» (183).

In questa prospettiva si rendeva, dunque, piena giustizia alla comune affermazione per cui la transazione non solo poneva fine ai processi, «litigis iam motis seu pendentibus», ma serviva anche a prevenirli «vel postea movendis» (184).

Tanto premesso, e spingendo un poco oltre il ragionamento, occorre osservare che, persino quando non vi fosse lite in atto, o «sine ulla suspicione litis» (185), un rapporto giuridico poteva presentare ugualmente margini di incertezza: per il diritto romano (186), pure in questi casi, era possibile transigere (187).

---

lere, etsi res nulla media fuerit, in *d. l. in Summa*, § 1. *de cond. Ind.* Hoc est, transactio valet, etsi de praesenti non fuerit lis, si modo lis aliqua timeatur» (*Ibidem*, n. 6, 42-43).

(182) «etsi si nulla fuisset quaestio hereditatis: tamen propter timorem litis transactione interposita pecuniam recte cautam intellegi in *l. 2 C. de transactionibus*» (*Ibidem*).

(183) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4, 349.

(184) «lis igitur litem iam motam, et adhuc movendam significat, etiam sicuti super lite iam mota recte transigitur, ita potest transigi super lite, quae timetur, ne moveatur, licet revera lis nulla moveri possit» (BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *Super quibus rebus fiat transactio*, n. 7, 44).

(185) HOTMAN, *Disputatio de transactionibus*, n. 13, 648.

(186) Infatti, «quae fiunt transigendi causa – scrive anche Cujas – non tantum de lite fiunt, sed etiam de omni iure dubio et incerto, ut puta de condicionis incerto» (CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus, Ad L. I*, 967). Il riferimento, in particolare, corre a D. 2.15.8 (ancora HOTMAN, *Disputatio de transactionibus*, n. 23, 650 e CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus, Ad L. cum hi 8*, in *Opera omnia*, I, 971-974); a C. 2.3.1 (HOTMAN, *Disputatio de pactis in Disputationum iuris civilis*, 621-625 e CUJAS, *Codex Iustinianus... recitationes solemnes*, 28-37) e a C. 2.4.11 (HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus, lib. Cod. II*, 294).

(187) Che l'incertezza, in diritto romano, non si esaurisse nella sola ipotesi di contestazione giudiziale, era stata una tesi già vivacemente sostenuta dal Bertolini all'inizio del Novecento e poi sposata dagli autori che, in anni più recenti, hanno trattato di transazione. Bertolini, infatti, pur ritenendo che le liti costituissero il più ampio esempio di incertezza, escludeva che esse potessero esaurirla. I fautori della sola lite, quale elemento costitutivo della transazione, sarebbero dunque caduti in evidente contraddizione, puntellando la loro affermazione con il ricorso solo ad una parte della formula ulpiana: da un lato, cioè, avrebbero eliminato, senza darne motivo, la sco-



La definizione “istituzionale”, usualmente tratta dal combinato disposto di D. 2.15.1 e C. 2.4.38, riferendosi alla *res dubia* testificava dunque che il concetto di transazione si estendeva oltre l’ipotesi di rapporti in contestazione, sino ad abbracciare altre situazioni oggettivamente indeterminate, la cui incertezza poteva derivare tanto dall’opinione delle parti in ordine alla spettanza dei propri diritti, quanto dall’oggettiva realizzabilità di questi ultimi, vuoi per l’apposizione di una condizione, vuoi per l’esistenza di un termine (188).

---

moda parte del frammento relativo alla *res dubia*; mentre, dall’altro, avrebbero circoscritto la stessa lite al solo caso in cui essa fosse in corso. Cfr. BERTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, pp. 36, 44-46, 48. Conformi già P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1896 (da me consultato Roma 1934<sup>10</sup>), p. 492; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, rist. ed. 1928, L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), Roma 2002, II, p. 359; PETERLONGO, *La transazione*, p. 21 e, più di recente, MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, pp. 282-283 e BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale*, pp. 45 ss.

(188) Come nei casi dell’*incertum condicionis* evidenziati dalla *l. fideicommissio* (C. 2.4.11) o, in altra sede, dalle disposizioni, sempre di natura fedecommissaria, stabilite, l’uno a favore dell’altro, dai fratelli Licinio e Filino (C. 2.3.1), per arrivare, infine, in materia di *alimenta relicta*, all’intervento in Senato di Marc’Aurelio, *l. cum hi* (D. 2.15.8). Tuttavia, proprio scendendo nello specifico ad analizzare la fattispecie prospettata da quest’ultima norma, non sembra che il riferimento ad una risoluzione dell’incertezza da parte della *transactio* possa dirsi possibile o giustificata. La preoccupazione di Marc’Aurelio, infatti, si sostanziava nel fatto che un creditore debole – come, appunto, l’alimentando – potesse rinunciare frettolosamente alle proprie pretese, definendo con il pagamento in un’unica *solutio* un rapporto che, altrimenti, giorno per giorno gli avrebbe garantito da vivere. Ma in realtà – come meglio vedremo in seguito nel Cap. III – non pare che oggetto della transazione fosse la *res dubia*. L’accordo per la rinuncia al credito alimentare non riguardava la durata della prestazione – elemento che era effettivamente incerto in casi di quel tipo – bensì, l’importo della prestazione che era, giorno per giorno, in sé diversa. Quotidianamente nasceva una nuova pretesa al vitto da soddisfare su cui, tempo e condizioni generali del mercato, in qualche misura andavano ad incidere: si trattava, quindi, dell’inserimento, in via accidentale, di un *modus* incerto – così come era pure incerta la condizione in C. 2.4.11 (per cui *infra* nt. 288). Sempre rimanendo in questo solco interpretativo, sembra fosse altresì da escludere l’idea di una transazione su di un diritto certo, ma che ugualmente poteva essere contestato. L’ipotesi, avanzata sulla scorta del frammento C. 2.4.31 (*l. si de certa re*), va, dunque, respinta (TREGGIARI, *Profili*, p. 343). Il frammento in questione, infatti, tendeva a sottolineare l’estraneità rispetto alla transazione di tutti quei rapporti di cui non fosse stata fatta esplicita menzione nell’accordo: nel passo, pertanto, si contrapponeva una “*res certa*” alle *caeterae quaestiones* (per un riferimento, cfr. *Quaestiones in schola Bulgari disputatae*, F. PATETTA curavit, in *Bibliotheca iuridica medii aevi*, Bolo-

La funzione svolta dal negozio compositivo in queste circostanze sarebbe stata, infatti, quella di eliminare una situazione dubbia, in merito alla quale le parti concordano, ma né conoscono, né possono prevedere, l'esito.

Il principale riferimento normativo – l. *qui transigit* (189) – limpido nella formulazione, ma al tempo stesso ambiguo nelle conseguenze era, del resto, da sempre, il primo e principale tassello di questa doppia tradizione testuale, poichè, estrinsecandosi in una dizione alternativa, aveva non solo imposto «quod transactio sit de re dubia – ma anche – et lite incerta neque finita» (190).

Per l'interprete due erano sempre state perciò le strade: ritenere che il giurista severiano fosse caduto in contraddizione e leggere «et» come endiadi, attribuendo il medesimo significato tanto alla *res dubia*, quanto alla *lis incerta*, di cui l'una assolvesse la funzione esplicativa dell'altra («Ulpianus rem et litem promiscue usurpavit») ovvero, intendere «et» quale congiunzione avversativa – perciò «autem» – sì da richiedere, da un lato, e garantire, dall'altro, vita autonoma ad entrambi i requisiti (191).

Nel primo caso, i limiti dell'incertezza si dovevano circoscrivere all'ipotesi di fattispecie contestata (ovvero alla *res litigiosa*), cosicché

---

gna 1892, VII, 199). Nonostante le considerazioni svolte, generazioni di giuristi – come ci ricorda Borcholten – avevano continuato a ricercare qualche elemento di incertezza in D. 2.15.8, concludendo che: «Res dubia significat omnem rem, de qua dubitatio aliqua esse potest [...] l. *fideicommisso* C. *de transact.* Hic enim transactio facta est de re dubia et incerta. Incertum namque et dubium omnino est, uter ex fratribus sine liberis prior sit vita excessiturus» (BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *Super quibus rebus fiat transactio*, 40). Per un riferimento diretto all'*incertum condicionis*, come *incertum* transigibile, si veda, invece, CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus, Ad L. cum hi* 8, 971-974; *Codex Iustinianus... recitationes solemnes, Ad titulum De pactis, Ad L. I*, spec. 30B.

(189) Su C. 2.4.38 si ritornerà ampiamente nel paragrafo dedicato alle reciproche concessioni, *infra* § 3.3.

(190) Per la trascrizione di D. 2.15.1, cfr. *supra* nt. 5.

(191) «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» (HOTMAN, *Disputatio de transactionibus*, n. 14, 648).

concorrendo essa con la lite, da quest'ultima sarebbe stata anche assorbita.

In pari tempo, si doveva anche ammettere, però, la presenza di un grave difetto di formulazione riguardante un requisito tecnico, una sorta di superfetazione dell'enunciato, provocata dallo stile approssimativo del giurista prima, e del compilatore poi.

Nella seconda ipotesi, invece, diveniva legittimo transigere sull'estensione e la realizzabilità di un diritto anche a prescindere dalla sua contestazione.

In altre parole, in aderenza al tenore letterale della rubrica *de transactionibus*, nel primo caso, si favoriva un'interpretazione più severa e rigorosamente tecnica della l. *qui transigit* – in quanto riguardante l'incertezza della *res litigiosa* –; nel secondo caso, invece, si chiariva il reale significato di tutti quei precetti della compilazione che, accreditando un'*incertitudo* di fatto – non circoscritta, né circoscrivibile alla sola lite – svilivano l'aspetto specificatamente compositivo della *transactio* (192).

La difforme ampiezza dell'*incertum*, la canonizzazione della *res dubia* fra i presupposti della *transactio* e l'autonomia di quest'ultima rispetto alla lite risultavano, infatti, passaggi determinanti ai fini della qualificazione contrattuale dell'*amicabilis compositio* o, piuttosto, della sua sussunzione nella più vasta categoria dei negozi regolamentari o di accertamento.

La dottrina intermedia, da sempre custode dell'impianto affidato dalla tradizione, a seconda delle diverse sensibilità dimostrata verso gli elementi essenziali dell'accordo, pertanto «hic dupliciter interpretatur» (193).

Solo il postulato teorico dell'onerosità ha, infatti, nel tempo, rappresentato il minimo comune denominatore dell'istituto; l'incertez-

---

(192) «inter contractos innominatos et transactio lata est differentia: primum quod illi pertinent ad contrahendam obligationem: transactio ad distrahendam [...]» (*Ibidem*, n. 7, 646).

(193) CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, n. 7, 10.

za, al contrario, ha creato sempre vie ermeneutiche parallele e divise fra coloro che ne hanno sostenuto l'essenzialità ed i propugnatori della sua eliminazione, tutti vivacemente contrapposti dalla decodificazione di un presupposto che, pur nella contrastata evoluzione, rimaneva, e rimane, un caposaldo concettuale della transazione, in nome di un dualismo da sempre tramandato dalla tradizione storica.

### 3.1. Res litigiosa e lis incerta (194).

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, infatti, origini antiche, per alcuni, addirittura, “bimillennarie” (195).

La sfera concettuale entro la quale si convogliava l'incertezza, se-

---

(194) L'espressione di Wesenbeck offre una chiara ed originale sintesi del problema dell'incertezza come elemento costitutivo della transazione (Cfr. M. WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Libros viij Commentarii*, Lugduni 1597, 199b). Matthaeus Wesenbeck (1531-1586) nato ad Anversa, allievo di Gabriel Van der Muyden a Lovanio, si trasferì ben presto in Germania per motivazioni religiose. Professore a Jena dal 1556 al 1569, passò poi a Wittenberg dove insegnò, dal 1569, sino alla morte. Notevole fu l'influenza esercitata dalla sua più importante opera *Paratitla in Pandectarum Iuris civilis libros quinquaginta*, pubblicata senza autorizzazione nel 1563, rivista dallo stesso autore nel 1568, riedita con il titolo cambiato in *In Pandectas Iuris Civilis... Commentarii* nel 1575, ed, infine, ristampata sotto la curatela dei più influenti giuristi della Scuola Elegante olandese, tra cui A. Vinnen. Per tutto, cfr. FEENSTRA, *Pact and contract in the Law countries from the 16 and the 18 century in Towards a general law*, pp. 197-213, spec. pp. 198-201. Specifici accenni allo spirito indipendentista del giurista di Anversa, alla vastità delle sue trattazioni ed all'ampio respiro delle sue costruzioni intellettuali si coglie in ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, pp. 80 e 585-586; in MONTORZI, *Echi di Baldo in terra di Riforma, Matthäus Wesenbeck e gli spazi forensi d'una simplex diffinitio domini*, in *A Ennio Cortese*, II, pp. 397-415 e, da ultimo, un approfondimento biografico, nelle voci di M. AHSMANN, *Wesenbeck, Matthaeus*, redatta per in *JBL*, pp. 669-670 e di J. BARRIENTOS GRANDON, *Wesenbeck (Wesenbecius)*, in *JU*, pp. 246-248.

(195) 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.

gnalata dalle fonti giustinianee, per glossatori e commentatori, già comprimeva l'elaborazione dottrinale della transazione entro la sola considerazione del suo ruolo giudiziale, quale strumento convenzionale per dirimere cause in corso – o potenziali – a vantaggio di una spiccata specificità del negozio, considerato nella sua accezione più ristretta (196).

I primi legisti bolognesi, cauti nell'utilizzo di criteri ermeneutici volti a dare eccessivo peso ad una dizione letterale del passo ulpiano, e favorevoli all'idea di una formulazione normativa in un certo qual modo ridondante, avevano quindi sostenuto la coincidenza fra il campo della lite e quello della transazione, circoscrivendo ai soli rapporti in contestazione il suo ambito applicativo (197).

In modi, e con accentuazioni variabili, nelle pagine dei più significativi esponenti della Scuola bolognese, la *res* era così diventata "litigiosa" (198) rivelando, da un lato, la tautologia insita nella l. *qui tran-*

---

(196) «transactio est de re dubia et lite incerta decisio [...] transactio est quasi actionis transitio, ab actione enim transiit qui transigit, et is qui agit proprie transigitur dicere» (PIACENTINO, *Summa Codicis, De transactionibus*, tit. IIII, 47).

(197) «quamvis id ipsum quod petitur plerumque certum sit, tamen an te dare vel restituere oporteat incertum est. Incertum dico lite non iure. Nam ius fere semper certum est utrum oporteat dare vel non [...] et si nulla fuisset questio de iure, tamen res fuerat dubia lite. Et ideo valet transactio» (ROGERIO, *Summa Codicis*, tit. *De transactionibus*, n. 2, 67ab). Come si evince dal passo, è la lite a determinare un'incertezza sulla reciproca posizione delle parti, che non sono d'accordo sull'apprezzamento delle rispettive pretese. Il dubbio diviene così un aspetto della lite, se non il suo stesso oggetto. Orientamenti conformi sono espressi anche da Azzone e, alcuni secoli dopo, da Alberico che, proprio ad Azzone, esplicitamente si riconduce. Cfr. AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, 26; ALBERICO DA ROSATE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentarij*, Comm. ad D. 2.15.1, l. *qui transigit*, Venetiis 1585, *Rubrica De transactionibus*, 179v. Sul dibattuto problema del dubbio in fatto o in diritto, M. BELLOMO, *Factum e ius. Itinerari di ricerca, tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale*, in *Medioevo edito e inedito II. Scienza del diritto e società medievale*, Roma 1997, pp. 63-89, già in *RIDC*, 6 (1996), pp. 21-46 ed, in particolare, da ultimo, ID., *I Fatti e il Diritto*, Roma 2000.

(198) «est dubiam res per negationem [...] sive fiat extra iudicium sive incerta lite. Idest propter litem et sic transitive hoc est per iudicium [...] si quis ideo dic lite praesente vel futura. Sic per totum pro uno ponitur vel dic quod pro duobus» (ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *qui transigit*, D. 2.15.1, *de transactionibus*, 45v).

*sigit* e negando, dall'altro, ogni autonomia all'incertezza non legata al divenire processuale (199).

Coloro che nel XII-XIII secolo si erano dedicati a costruire la nuova scienza giuridica nella riflessione attorno al Digesto, pur attribuendo valore generale a D. 2.15.1, cui facevano riferimento come testo normativo in grado di coagulare la sintesi di tutte le considerazioni in tema, avevano proceduto ad una lettura precocemente selettiva, nella quale vi era stata la prevalenza del significato di *lis*, quale dubbio scatenato dall'*incertus eventus* giudiziario che, proprio mediante il ricorso alla *transactio*, si voleva fugare (200).

Al contrario, in quella stessa fonte non si erano ravvisati argomenti sufficientemente saldi per identificare i caratteri peculiari di una «incertitudo et dubietas» che prescindesse dall'esito del processo (201).

In questa ricostruzione non mancavano ovviamente *fallentiae* (202).

Si trattava, però, di labili eccezioni, frutto di un contrasto non sempre consapevole e maturo con la tradizione che, lungi dall'inficiare la regola, ne aveva in qualche modo confermata, *a contrariis*, la portata nel XIV secolo (203).

---

(199) «“rem dubiam”, accipit id ipsum quod in questione vertitur [...]» (ROGERIO, *Summa Codicis*, tit. *De transactionibus*, n. 2, 67a).

(200) Anche Odofredo si era ampiamente diffuso sul problema lessicale del passo ulpiano, attribuendo all'incertezza il significato di sollecitudine creatasi a motivo dell'altrettanto imperscrutabile esito del giudizio: «quia verba debent aliquid operari [...] ideo vos exponetis ita litteram istam [qui transigit] remissionem ex causa transactionis facit [...] Nam si peto a te X et tecum litem contestor debeas vel non incipit lis esse incerta, ideo quia dubius est litis eventus» (ODOFREDO, *Matura ... interpretatio, De transactionibus*, l. *qui transigit*, nn. 1 e 3, 92).

(201) «incertum dico lite, non iure» (ROGERIO, *Summa Codicis*, tit. *De transactionibus*, n. 2, 67a).

(202) Si trattava, infatti, di “anomalie” cagionate dall'inspiegabile disciplina eccezionalmente stabilita per due tipologie di fattispecie (*in duobus casibus*): «unus casus est cum transactio sit super controversiis quae oriuntur in testamentis [...] item fallit in alio casu cum transactio sit super alimentis praeteritis relictis in ultima voluntate [...]», poichè «regulariter transactio sit super re dubia et lite incerta ut hic fallit [...]» (ODOFREDO, *Matura ... interpretatio, De transactionibus*, l. *qui transigit*, 92-92v a).

(203) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Digesti Veteris*, Comm. ad D.

Tra Quattro e Cinquecento in Maino e Decio, così come nel Caccialupi e nel Corti, si avvertivano ancora i riflessi sostanziali di quello che, solo in apparenza, si presentava come un problema terminologico, ma in realtà investiva la configurazione dogmatica del negozio.

Nell’equilibrata valutazione dei vantaggi e degli inconvenienti legati al riconoscimento della sola *lis* quale principale elemento endo-strutturale della transazione, tutti insomma si erano presentati sostanzialmente concordi (204).

Ma questa disciplinata valutazione non era stata poi sposata con il necessario rigore. E, nel momento in cui quegli stessi maestri si erano trovati nella necessità di indicare con precisione i requisiti che la norma giustiniana richiedeva alla contestazione processuale (*lis*), per essere valido presupposto della transazione (*incerta neque finita*), ecco che la riflessione si era fatta complessa, e la “compagine” dottrinale composita.

L’incertezza, che per la maggior parte dei *doctores* qualificava la lite solo in relazione al suo concreto esito, non poteva, infatti, essere quella che la determinava *ab origine*, ma solo quella che traeva origine dal suo svolgimento.

Pertanto, volendo considerare il tenore letterale del passo, o la dizione “incerta” che si accompagna alla *lis* era da considerare ridondante – in quanto riferita al carattere naturale, immancabile e comune

---

2.14.7, *de pactis*, l. *iurisdictionum*, n. 1, 86 e ID., *Super primam Codicis*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus*, l. *cum mota*, 59v-60. Significativi sono alcuni pareri in materia resi da Baldo. Cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive responsorum volumen sextum*, Venetiis 1602, 77-78 e 151-152.

(204) «timor litis motae, vel movendae, est causa sufficiens, per quam fieri potest valida de iure, et cautione interposita dat actio, et soluti inhihet repetitio» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 1, 65). Trattandosi di un requisito essenziale dell’istituto i contraenti erano altresì tenuti ad offrire la prova della sua esistenza che, nella maggior parte dei casi viene a risolversi nell’inserimento di una clausola di stile. (Cfr. *Ibidem* e FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4 *De transactionibus Rubrica*, nn. 3-4, 175 e ID., *Consiliorum*, Lugduni 1550, *Pars Prima*, Cons. XXII, n. 4, 21 e *Pars Tertia*, Cons. CCCLI, n. 3, 19v; FRANCESCHINO CORTI, *In vndetriginta Codicis Iustiniani rubricas*, 71v; GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus, Quaestio I*, 16).



a tutti i processi, cioè al loro altrettanto “incerto” risultato – oppure, doveva per forza intendersi un predicato della lite, che trovava, evidentemente *aliunde*, la propria giustificazione (205).

La prima lettura avrebbe avuto l'inconveniente di sottovalutare l'ampiezza del pensiero di Ulpiano, facendogli assumere connotazioni essenzialmente tautologiche in ordine anche alla “lite eventuale”.

Ad ulteriore conforto di questa tesi deve dirsi che, nel caso di specie, si sarebbe andati ben oltre la tautologia.

Un ragionamento, per quanto tautologico, conserva pur sempre un significato e, per quanto possa sembrare paradossale, ha anche una propria logica intrinseca. Ciò che lo vizia è piuttosto l'inidoneità a fornire nuovi elementi di conoscenza, e, dunque, in ultima analisi, il carattere ripetitivo, anziché informativo.

In Ulp. 50 *ad ed.* D. 2.15.1 ad andare perduto sarebbe stato, invece, lo stesso senso logico-grammaticale dell'enunciato.

Ulpiano, ammettendo una transazione che compone il processo ed una che, senza lite in atto, intervenga per prevenirlo (206), richiamava, di fatto, gli interpreti ad una investigazione più approfondita sul ruolo della *lis incerta*, ampliando nuovamente l'orizzonte problematico (207).

---

(205) «nota quod timor litis motae, vel movendae facit quod valeat transactio [...] hic valet transactio propter litem quae de facto moveretur et Doctores communiter sequuntur» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 1, 176v).

(206) Nella transazione «idem operatur timor futurae litis, ac si de praesenti esset lis» con la precisazione che, perché l'equiparazione possa effettivamente compiersi e possano prodursi così gli effetti ad essa correlati, occorre che esso induca la parte a credere che il pericolo dell'azione nei suoi confronti o la possibilità di perdere i propri diritti sia attuale ed imminente, condizionandone l'agire: «nam timor litis videtur praebolium ad litem» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.2, *De transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 3, 176v, cui si riferisce la prima citazione e FRANCESCO CORTI, *In vndetriginta Codicis Iustiniani rubricas*, 71v, da cui è tratta la seconda).

(207) Assumere i due termini *res dubia* e *lis* come sinonimi significava riconoscere la possibilità di interscambiarli senza apprezzabili conseguenze per ciò che attiene al significato complessivo del passo; mentre è superfluo dire che, se l'enunciato avesse dovuto acquistare un differente significato, o se, peggio, ne fosse risultato privo, avrebbe perso ogni capacità significativa.

Il tentativo di recupero dell'incertezza ripartiva, quindi, proprio dalla ricostruzione del *timor litis*, che nel commento alla l. *cum te proponas* – C. 2.4.2 (208) – vedeva il vero banco di prova, nonché il terreno più insicuro su cui poggiava l'intera teorica della *res litigiosa*, consegnata alla riflessione definitiva della scuola culta.

La *res dubia*, cacciata dalla porta, sembrava, infatti, rientrare dalla finestra; mentre sfuggiva il labile confine che avrebbe dovuto contrapporre l'*incertum*, insito in essa, e quello che, invece, sarebbe dovuto essere ingenerato dal timore della proposizione di un giudizio (209).

«Sed cum lis sit res semper dubia, idque colligatur a futuro ipsius litis eventu, cur indicas diversarum rerum loco ambas, rem scilicet dubiam et litem incertam consititui?» si domandavano "i pratici" (210).

François Duaren, tra i più significativi ed influenti esponenti del nuovo indirizzo metodologico (211) – sensibile alla metodica alciatea, ma non meno alla suggestione degli echi accursiani – conferiva pieno credito (*in primis indubitatum est*) all'interpretazione volta a leggere

---

(208) Il passo (per cui *supra* nt. 56), prospettando una transazione intervenuta fra fratello e sorella onde fugare il timore di un'azione da parte di quest'ultima per ottenere l'eredità paterna dalla quale era stata esclusa, così si esprime: «[...] Cum te proponas cum sorore tua de hereditate transegisse et idpropter certam pecuniam te ei debere cavisse, etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita pecunia recte cauta intellegitur. Ex qua causa si fisco solvisses, repete non posses: si non solvisses, iure convenireris».

(209) Il carattere concreto della riflessione si coglie appieno nelle parole di un noto avvocato presso il parlamento parigino che, a riguardo, scriveva: «itaque conspiscere debemus omnem rem dubiam, aut propter litem iudiciariam, de ea etenim semper lite textus iuris intellexit, aut sane etiam citra eam litem, contingere. Itaque duo haec non immerito diversa collocatur ab Ulpiano: ne si tantum exprimeret de lite transigi incerta, idem fieri posse de re alia dubia, tacite inficiari videretur» (ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, 16).

(210) *Ibidem*, 16-17.

(211) Viene indicato come autore di un vero e proprio "manifesto" (BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 107 e ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, p. 198) delle posizioni umaniste nei confronti del diritto romano che egli espresse nel noto scritto *De docendi descendique iuris ratione* (cfr. *Epistola* DUAREN, *Ad Andream Guillartum*, *De ratione docendi descendique iuris conscripta*, Lugduni 1547, in *Tractatus Universi iuris extravagantes*, 308-309. Per un commento, cfr. VOGT, *Franciscus Duarenus (1509-1559)*, pp. 40 ss.).

una sostanziale equivalenza fra la *res* menzionata da D. 2.15.1 ed il dissidio che la transazione deve sedare (212).

Nell'affrontare l'intricata questione, la dotta argomentazione del giurista ugonotto iniziava perciò con una visione riassuntiva delle riflessioni svolte dalle *auctoritates*, posta sotto il segno della volontaria riduzione della distanza fra considerazioni valide *de iure* e più pregnanti apprezzamenti di fatto.

Doveva essere del resto familiare a Duaren il concetto per il quale la «*res autem dubia*» era quella «*de qua, iam mota est controversia, aut aliquando moveri timetur*» (213).

Tuttavia, ad un più attento esame, egli non dimostra di aver fatto oggetto di approfondimento la polisemicità dell'*incertum litis* (214), già analizzata nella dottrina civilistica del tempo (215).

---

(212) Il riferimento a Duaren (*Opera omnia*, Vol. I, Caput. 1, *De transactionibus*, 112-113), quale principale sostenitore di questa teoria, verrà anche dalla giurisprudenza olandese, in particolare da Hendrik Zoes (per cui *infra*), ma corre comunque l'obbligo di segnalare che l'opzione a favore della *res litigiosa* vede schierato un nutrito numero di esponenti della Scuola culta, contrariamente a quanto invece ritenuto dalla civilistica della prima metà del Novecento. Cfr: CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, nn. 1-3, 347-348; BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, nn. 1-9, 39-45; DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 174-175; WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit XV, 199-200; H. ZOES, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum juris civilis libros 50*, Venetiis 1757, n. 14, 121; ID., *Commentarius in Codicem Justinianum*, Venetiis 1757, 29, Quaestio V. Hendrik Zoes (1571-1627) giureconsulto ed umanista olandese (nasce ad Amersfoort), studiò a Lovanio dove divenne prima professore di diritto civile e poi rettore quale successore di Pierre Goudelin. Avvocato e stimato autore di commentari è il primo della sua generazione a staccarsi dall'influenza di Bartolo. Le sue opere ebbero un notevole successo editoriale, in particolare il *Commentarius ad L. libros Digestorum seu Pandectarum* rappresenta una delle interpretazioni più stimate del panorama dottrinale fiammingo del tempo. Cfr. in tema BIROCCHI, *Saggi sulla formazione*, p. 53 nt. 101.

(213) DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, Caput 1, *De transactionibus*, 112-113.

(214) Di opinione affatto diversa il Kistner che, a proposito del pensiero del Duareno, scrive: «*magis prior lectio placet, quae est Duareni, quod ea et planior et commodior, magisque cum Ulp[iani] phrasi congruere videatur*» (CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus, Commenatarij*, ad L. I, n.7, 10).

(215) Per la vivacità della disputa si richiamano le considerazioni svolte in tema da Connan, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 1C, 347. Sull'interpretazione del canone

Il suo discorso sembra, infatti, solo limitarsi a ribadire che, in caso di giudicato, «deest enim materia, super qua interponatur transactio» (216). Mentre le aperture, pure presenti, né si accompagnano ad una netta presa di distanza dalle contraddizioni della compilazione giustiniana, cui, nonostante tutto, dedica a più riprese un'appassionata ed "enfatica esaltazione" (217), né riescono a far risalire la *transactio* ad una situazione di maggiore spessore sostanziale.

Per confutare validamente la dottrina della *res* e della *lis dubia*, e conferire così una dignità dogmatica alla categoria transattiva, sarebbe stato, invece, necessario demolirne i presupposti alla fonte, eroderne i materiali – anche quelli più sicuri – utilizzando al meglio l'interpretazione degli elementi essenziali dell'accordo.

Cogliendo, dunque, gli spunti proposti tanto da Alciato e, sul filo della memoria, da Decio (218), è la chiarezza di formulazione, nonché l'apertura mentale di Hugues Doneau, fors'anche dovuta alle incessanti peregrinazioni in diversi ambienti culturali, ad offrire una sintesi ragionata del problema.

Si tratta di un'impostazione che si giova «dell'attenuarsi dei fermenti critici», di cui erano imbevute le elaborazioni più tradizionali di illustri maestri e colleghi (219), da troppo tempo impegnate in un gioco di reciproci rimandi, quasi oramai impossibili da sciogliere (220).

---

dell'incertezza ed i problemi connessi, anche ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, 15-16.

(216) «lis vero incerta dicitur quae nondum omnino decisa est, pronuntiatione iudicis» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, Caput. 1, *De transactionibus*, 113).

(217) La moderazione con cui «la tradizionale esaltazione della qualifica sacerdotale attribuita ad Ulpiano» era accolta da Duareno, si coglie in LUONGO, *Consensus gentium*, pp. 176-178, al quale si deve la citazione.

(218) «hic valet transactio propter litem quae de facto moveretur et Doctores communiter sequuntur» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, n. 1, 176v).

(219) LUONGO, *Consensus gentium*, pp. 312-339, spec. p. 321.

(220) Un affresco di tutte le dispute sulle problematiche transattive ed, in particolar modo, un resoconto della controversia che vede coinvolti proprio Cujas e Doneau circa l'intangibilità della transazione conclusa *metu litis*, sarà tratteggiato alcuni secoli dopo, nell'*Introductio in controversias iuris civilis recentiores inter iuriscon-*

Se, da un lato, è vero che la radicale storicizzazione della “scuola”, cui egli stesso apparteneva ai più alti livelli, gli imponeva di non trascurare tutti gli sbocchi che il dettato del *Corpus iuris* poteva offrire (221), dall’altro, come giurista, si rendeva perfettamente conto della pericolosità insita in ogni valutazione da parte dell’ordinamento di stati soggettivi.

Un procedimento negoziale che «non inseguiva la verità non poteva certo permettersi di soffermarsi sulla tutela di istanze soggettive» (222).

Gli stati d’animo individuali rappresentano, infatti, da sempre condizioni altamente “corrosive” di ogni certezza giuridica – sia di indole metodica che esegetica –, in quanto legati ad un’auscultazione esasperata dell’individuo. Una loro eccessiva considerazione avrebbe corso il rischio di sfumare eccessivamente i contorni del contrasto necessario per addivenire a quella amichevole ed onerosa composizione in cui, appunto, si sostanziava la *transactio*.

Senza in alcun modo alterare l’oggettività storica, l’idea di Doneau non era dunque più quella di assumere come base di partenza definizioni dottrinali o normative in qualche modo viziate da interpretazioni predefinite, e teleologicamente legate solo al “concludere” una lite (223), quanto, piuttosto, quella di compiere un passo ulteriore e

---

*sultos agitatas*, Ienae 1791, Sect. III, Cap. III *De Pactis vestitis*, *Membrum Secundum De transactione*, § III, 488, C.F. WALCH.

(221) «ex hoc sensu definiemus hoc loco transigere, ut sit litem dubiam quae vel sit, vel in futurum metuat, consensu finire hac lege, ut is, cuius de ea petito esse potuit, eam omnem litem remittens vicissim eo nomine accipiat» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 174-175).

(222) «inde dicta est litis compositio et diremtio, quae sit ut supra dicta lege; aut conventio, per quam supra dicta lege a lite disceditur» (*Ibidem*, 175). Per la felice espressione, in una prospettiva “provocatoriamente” ribaltata, si veda, invece, L. GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L’interrogatorio dell’imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell’esperienza giuridica italiana in Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*. Atti del Convegno: Foggia, 5-6 maggio 2006, Milano 2006, pp. 265-359, ora in *L’Indice Penale*, IX (2006), pp. 109-179, spec. p. 120 e già prima il volume GARLATI, *Inseguendo la verità: processo penale e giustizia nel Ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano 1999.

(223) «nam etiam litem decidere transactione dicunt Imperatores, ac non tantum decidere de lite» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 177).

varcare la soglia della *natura rerum*, indipendentemente dalla volontà dei legislatori.

Discettando circa l'essenziale natura della *lis*, il corifeo dell'orientamento sistematico della scuola umanistica dedicava, perciò, un lungo *excursus* alla problematica degli elementi essenziali della transazione (224) riuscendo, però, a scongiurare tanto il rischio di un eccessivo riduzionismo degli elementi in gioco quanto il loro indiscriminato ampliamento.

In questa prospettiva, pur ammettendo la necessità che la *lis* fosse "dubbia" – in difetto snaturandosi la tipologia di accordo in una donazione (225) –, restringeva però la portata del suo enunciato. Infatti, tanto maggiore era la veemenza della *contradictio*, più alto anche il *metus contradictionis* e, quindi, in ultima analisi, anche l'*utilitas* ritraibile dalla sua tacitazione (226).

Al contrario, a parer suo, nulla rilevava che il processo fosse in corso, perché: «satis est, si esse poterit, et reus ob id dederit aliquid, quia lis metuebatur» (227).

Né poteva essere sfruttato, quale tesi a confutazione di un'altrimenti compiuta teorica, il riferimento che Doneau faceva all'*incertitudo condicionis*, quale elemento idoneo a rendere *dubia* la *res litigiosa* (228).

---

(224) Sulla *certa methodus* che, a parere di Doneau, sarebbe prescritta dalla natura stessa delle cose, cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, pp. 206-207. In particolare Orestano sottolinea la refrattarietà di Doneau, al pari di molti suoi contemporanei (come Wesembeck), a piegarsi sia di fronte a Giuliano – quale autore dell'Editto Pretorio – che persino dinanzi allo stesso Giustiniano. Sulle complesse relazioni tra le proposte metodiche umanistiche, il nuovo senso della storia e l'intelligenza del diritto e dei suoi principi, si veda anche VASOLI, *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, pp. 270-279.

(225) «et litem remitti volumus dubiam [...] quia si res certa remittitur, donatio est, quae multo distat a transactione» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 175).

(226) «potest tamen decisio litis in suprascriptis locis proprie sic accipi, ut significet litis abscissionem, et velut amputationem» (*Ibidem*, 177).

(227) «non sic exigere nos litem, ut oporteat esse motam» (*Ibidem*, 175).

(228) Proprio tale richiamo all'*incertitudo condicionis* ha fatto ascrivere Doneau fra i militanti della *res dubia*. L'opinione, acclarata da una nutrita e battagliera falange della civilistica contemporanea, in realtà, stenta a distinguere i vari apporti tan-

Questo presupposto, che in effetti avrebbe anche potuto rivelarsi il vero cavallo di Troia dell'*incertezza senza contestazione* – ed effettivamente come tale è stato spesso inteso dalla civilistica contemporanea (229) – coerentemente con la linea di pensiero sinora esposta, sollecitava in Doneau lucide riflessioni circa il ruolo della clausola condizionante che, permettendo alle parti di esplicitare un certo margine di autonomia, le avrebbe mantenute comunque all'interno dello schema negoziale proposto dall'ordinamento.

Insomma, l'individuazione degli elementi sostanziali approfondiva la disciplina della transazione, mentre l'inserzione degli *accidentalia* avrebbe modellato «il precetto contrattuale secondo i rispettivi interessi» dei transigendi (230).

«Litem dubiam haec faciunt praesentem quidem adeversarii contradictio, et incertus eventus litis [...] futuram autem haec ipsa contradictio, metusve contradictionis, aut incertitudo conditionis, ex qua actio futura pendet» (231).

Ancorchè, in difetto di più precise indicazioni, si debba procedere per via congetturale, un dato sembra dunque indiscutibile, ed il commento alla l. *cum te proponas* lo confermava: la rilevanza giuridica

---

to delle specifiche correnti, quanto dei singoli giuristi, che si riconoscono in quel complesso fenomeno etichettato come Scuola Culta, dando luogo ad un evidente fraintendimento della dottrina di Donello. Cfr. per tutti STOLFI (*La transazione, passim*), le cui opinioni sembrano segnalarsi proprio come punto d'arrivo di un lungo itinerario ideologico in ordine alla definizione ed alla natura della fattispecie transattiva ed al ridimensionamento del requisito della *res dubia*. Ulteriori chiarimenti anche in E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, Milano 1986, p. 190 nt. 19 e, più di recente RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, pp. 27-28. Di differente opinione lo "storico del diritto", cfr. TREGGIARI, voce *Transazione*, p. 810 nt. 125, mentre una panoramica in GROSSI, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, pp. 22 e 189.

(229) Questo presupposto riapre la discussione sull'incertezza di fatto quale elemento essenziale della transazione. Transigibile non sarebbe, infatti, più solo il dubbio nutrito dalle parti circa la disciplina giuridica dei loro rapporti o sulla spettanza dei loro diritti – affidati o meno all'esame del magistrato – ma la composizione allargherebbe i propri confini all'incertezza circa il verificarsi di avvenimenti futuri, o all'ansia relativa al momento della loro prospettazione.

(230) BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, 60.

(231) DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 175-176.



accordata al timore prescindeva da quella naturalistica, ove l'ansia ingenerata dalla prospettazione di un evento può dirsi, nella mente, completamente distinta dal suo accadimento («id quod imminet ab eo quod iam evenit») (232).

Per questo motivo – «ut timor futurae litis ac si de praesenti esset lis» – occorre che la parte percepisse il pericolo almeno come un *praeambolum ad litem*.

Per la medesima ragione, la sezione centrale dell'elencazione proemiale, che Doneau dedicava ai caratteri definitivi della *transactio*, si concentrava sul ruolo rivestito dal consenso nel perfezionamento dell'accordo (233).

Anche il giurista ugonotto – come già a suo tempo aveva fatto Alciato ed altri prima di lui – (234) in definitiva coglieva spunto da queste riflessioni per prendere serio partito in ordine alla definizione ulpiana, confermando la natura negoziale della transazione, in virtù della pariteticità dell'apporto di entrambi i soggetti alla *conventio*, aggiungendovi, però, ed in più, lo scopo di soddisfare il comune – *proprium* – interesse (alla pacificazione).

La riflessione secondo cui: «Non tantum actorem dici transigere, cum actionem remittit reo: sed etiam reum, cum pecuniam dat aut promittit, ut a lite discedatur» (235), non esplicitava solo la *mens contrahentium*, del resto, sempre più frequentemente richiamata dalla dottrina giuridica, come testimoniano tanto le *Vaticanae Lucubrations* del Cardinale Mantica, un "classico" della trattatistica in materia contrattuale in terra di *mos italicus* (236), quanto i *Paratitla* di We-

(232) *Ibidem*, Ad L. 2, 197.

(233) «exigimus, nempe ut finiatur lis consensu [...] Consensu lis finitur dupliciter: pacto, aut acceptatione» (*Ibidem*, 176).

(234) «differt quidem casus ipse infortuniumque ab eius metu: sicut id quod imminet, ab eo quod iam evenit» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te*, § *propter timorem*, n. 7, e nn. 9-10, 70 ss.).

(235) DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 197.

(236) Francesco Mantica (1534-1641) è tra i massimi esponenti del genere monografico che, erede di una composita letteratura, già legata alla spiegazione più libera di alcuni titoli del *Corpus giustiniano*, fiorì nel Cinquecento. Autore di due trattati di materia successoria e contrattuale – il *Tractatus de coniecturis ultimorum volun-*

sembeck, ben più aperti alla lezione impartita dall'umanesimo in terra protestante (237), ma anche la forza del *contrahere* insita nel *transigere* (238).

Le ampie ed articolate considerazioni svolte da Doneau inducono a ritenere che il riferimento delle fonti alla *lis*, non fosse dunque – o non fosse solo – un richiamo al dibattito giudiziale, ma identificasse più genericamente il dissidio che sorge fra parti portatrici di interessi confliggenti fra loro.

---

*tatum* (da me consultato nell'ed. Genevae 1669) e le *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, di cui alla citazione (Lib. XXVI, n. 11, 689) – Mantica è considerato uno dei pilastri della cultura "pratica" italiana. Per ulteriori notizie su Francesco Mantica (1534-1614) cfr. D. PETTOELLO, *Un giureconsulto udinese del sec.16.: Francesco Mantica*, estr. da *Bollettino della biblioteca civica*, Udine 1910; E. CERCHIARI, *Capellani papae et Apostolicae Sedis auditores causarum Sacri Palatii Apostolici, seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 septembris 1870: relatio historica-iuridica*, II, Romae 1920, pp. 116 ss.; GROSSI, *Sulla "natura" del contratto (qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto, a proposito di un recente corso di lezioni)* in *QF*, 15 (1986), pp. 593-619; ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, pp. 94-95; BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica*, pp. 114 e 155; ID., *Alla ricerca dell'ordine*, p. 241; F. ALUNNO, *Francesco Mantica e la forma coniectura dalla intuizione pratica alla prospettiva normativa*, tesi Dottorato in Storia del diritto Medioevale e Moderno, XII ciclo (1997-200), Roma 2000, con un'ampia ricostruzione bibliografica; per i dati sulle opere in particolare MATTONE, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, pp. 114, e, da ultimi, si ricordano sia il Convegno *Francesco Mantica, un maestro udinese del diritto comune al tempo della Controriforma*, *Giornata di Studi storici*, 24 gennaio 2009, che la voce di S. FECCI, *Mantica Francesco Maria*, in *DBI*, 69, Roma 2007, pp. 205-208.

(237) «proinde quartum exigimus, nempe ut finiatur lis consensu» scrive Doneau (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 176). Ma anche Wesembeck sarà abbastanza preciso in merito: «quidem proprie, pro ea compositione, qua res dubia litigiosa partium consensu componitur, in quo significato, transactio a pactis, rebus iudicatis, et finitis differt» (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit. XV, 199b).

(238) Anche la consacrazione con l'intangibilità, normalmente tipica del giudicato si spiega riconducendo tale effetto al venir meno di quell'incerto esito della lite (*quia res iudicata non est dubia*), necessario per transigere. In questo senso leggiamo ancora nelle *quaestiones* rilevanti sollevate dal Borcholten: «lis nondum dicitur finita, quae sententia iudicis finem nondum accepit. Si iudex super lite pronunciavit [...] tunc lis est finita et res dicitur iudicata [...] Super re itaque iudicata transactio fieri non potest. Ratio est quia res iudicata non est dubia, non lis incerta, sed lis iam finita. Immo res iudicata pro veritate habetur» (BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *Super quibus rebus fiat transactio*, n. 8, 44).

Lite e processo in questa ricostruzione non coincidono ma, indubbiamente, risolvendo la prima, si poteva prevenire anche il secondo (239).

Non vi è nemmeno una correlazione imprescindibile fra l'uno e l'altra, perché può esservi lite senza processo – nel caso in cui i contrapposti interessi trovino una soddisfacente regolamentazione prima della proposizione della domanda giudiziale – e processo senza lite, laddove si verifichi con la *remissio* il caso di processo improprio.

Nella prima ipotesi era però possibile transigere (240); nella seconda, invece, no (241).

Del resto buona parte di queste argomentazioni si giovavano anche dell'apporto delle dottrine circolanti in quel fecondo ambiente culturale che era la Francia di Francesco I, fra le quali, una particolare menzione merita quella del suo *Maître de requêtes*.

---

(239) Due sarebbero, quindi, le ipotesi cui si riferirebbe l'espressione "*lis*": una reale, basata sulla contestazione già avanzata in giudizio, il cui esito sia evidentemente dubbio; una, invece, solo potenziale, scaturita dal timore della proposizione di quel medesimo giudizio. Ci spiega, infatti, chiaramente l'avvocato Isambert: «praeterea quantum ad litem ipsam attinet, de qua etiam transigi dicit iurisconsultus, promiscue intellectum iridicendum est, sive ante, sive post contestationem, quamvis plurimum ad ipsa vere occipiat, cum utique ad conficiendam transactionem sit utrinque par, et ratio consimilis» (ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, 19).

(240) Né, contro questa soluzione, varrebbe obiettare che, quando non vi è stato un processo, mancano anche le reciproche concessioni, che si sostanziano nella vicendevole riduzione delle opposte pretese: altro, infatti, è il caso in cui una parte formuli una pretesa di cui esige il soddisfacimento integrale; altro, invece, se manifesti l'intenzione di concludere un contratto volto a prevenire una lite, quando in questa volontà sia implicita l'affermazione di una pretesa, cui sia disposta parzialmente a rinunciare.

(241) Diverso il caso del processo senza lite che si presenta in tutte quelle ipotesi in cui il convenuto, senza contrastare la pretesa vantata dall'attore, non vi soddisfa, limitandosi a dichiarare *se solvere non posse*. In tali circostanze, infatti, l'attore può sì rinunciare alla totalità della pretesa al fine di vederne soddisfatta immediatamente una parte, ma non si tratta di transazione, perché manca la reciprocità delle concessioni. Mentre infatti l'attore rimette – ancorché parzialmente – il proprio diritto, consapevole dell'impossibilità in cui versa il convenuto; quest'ultimo dal canto suo, invece, non concede alcunchè. Sull'intransigibilità del cosiddetto "processo improprio" si erano del resto già espressi i glossatori: «ista remissio [...] videtur quod non sit transactio quia nihil datur vel promittitur» (ODOFREDO, *Matura.... interpretatio, De transactionibus*, l. qui transigit, 92-92vb).

Frutto di una scelta ancor più consapevole, l'elaborazione di Connan aveva, infatti, già descritto con estrema precisione l'ampiezza della questione, e tutti i suoi risvolti applicativi (242).

Seguendo una lunga tradizione argomentativa, che risaliva al suo maestro (243), quella di Connan si era presentata come una scelta "manichea", rivolta, cioè, a discernere il vero dal falso, piuttosto che limitata a correggere i fraintendimenti di un'interpretazione viziata.

In questa prospettiva, pertanto, egli non solo aveva sottolineato come il timore quale *praeambulum ad litem* non dovesse per forza essere quello ingenerato dalla vanteria di una pretesa sufficientemente argomentata ("seria"), ma aveva altresì chiarito come nemmeno la *lis incerta* dovesse necessariamente identificarsi con la lite di buona fede (244).

---

(242) In ogni tipo contrattuale è possibile riconoscere degli elementi strutturali, che non potendo mancare, ne formano l'essenza costitutiva. E' poi possibile distinguere gli elementi che usualmente si accompagnano ad un tipo contrattuale. Infine, ed in concreto, si possono rinvenire elementi che non appartengono al contratto, ma si reputano inseriti dalle parti stesse nell'esercizio della loro autonomia. In tema: GROSSI, *Sulla "natura" del contratto*, pp. 605-607; BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la natura contractus*, sempre in *QF*, 19 (1990), pp. 243-322, spec. pp. 287 ss. e ID., *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 54-63. Cfr. sulla nascita di questa schematizzazione ad opera dei glossatori, mossi non solo dal desiderio di indagare a fondo i singoli tipi, al fine di rinvenire un archetipo "contrattuale" comune, ma anche di scardinare, in qualche modo, l'azionabilità nominativa delle medesime fattispecie, cfr. G. ROTONDI, in *Scritti giuridici*, A. RUIZ (a cura di), II, Pavia 1922, pp. 159-172 e C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, pp. 97-107. Mentre per un'interpretazione delle fonti cinquecentesche, si veda, per tutti, la coeva testimonianza resa dal nobile giureconsulto napoletano Pietro Niccolò Moccia (*Tractatus de contractibus*, Venetiis, 1585, *Quintus-Sextus Articulus*, 7-8).

(243) Così si era espresso Alciato: «ego cum de transactione agatur, id est, de contractu ultro citroque obligatorio, qui in substantia deficit, quia super re clara factus est, non censeo interpretationem hanc admittendam, ut videantur partes sententiae renuntiassent, ut actus sustineatur: sed potius inutilem actum celebrare voluissent» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.32 *de transactionibus*, l. *si causa cognita*, § *proinde*, n. 14, 90).

(244) «etiam si jus meum fuit tuo valentius, ut debuerim vincere: nam evenit aliquando, ut in bona causa litem perdamus, aut quod deficiamus probatione, aut quod iudex erret» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4C, 348). Sul problema della lite *frivola* si intratterrà, con particolare attenzione, Antoine Favre, giurista attivo nell'ultimo ven-

Qualunque pretesa avanzata da un buon operatore, infatti, poteva – a suo dire – trovare riscontro in un dato normativo. In questo caso il dubbio, o l'incertezza, si ponevano come variabili proporzionali alle reciproche concessioni.

Tanto più le prestazioni fossero state soggettivamente elevate («impuntadum est enim ei qui tantum timidus fuit, aut juris sui incertus»), tanto maggiore era anche la disponibilità oggettiva alla rinuncia («ut vel magno incommodo transigere mallet, quam iudiciorum subire aleam») (245).

Se, invece, veniva meno l'alea di una diversa regolamentazione del rapporto controverso e si fosse azzerato il margine di incertezza, la parte soccombente non aveva alcuna concessione da poter contrapporre alla remissione della controparte.

L'ineludibile onerosità della transazione si opponeva, in questo discorso, alla gratuità di negozi diversi.

Ma lo stesso poteva dirsi anche nel caso in cui si fosse inteso far riferimento alla *lis incerta* come esplicitazione della lite di buona fede: buona fede in questo caso, dunque, imposta non solo quale «criterio di

---

tennio del XVI secolo che, in proposito, chiarirà come «nihil interest an lis aliqua iam subsit, an metus litis [...] quia commodior et utilior est, transactio, quae liti futurae viam praecludit, quam quae litem iam motam terminat», riprecorrendo tutta la maggiore dottrina *Culta, pro e contra*, da Donello a Cuiacio. Cfr. A. FAVRE, *In Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum*, Coloniae Allobrogum 1631, *De transactionibus*, Titulus XV, Ad. L. qui transigit, 288; e ID., *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Lugduni 1661, XVII, Cap. IV, *Emendatio*, l. 2., C. de *Transactionibus*, 619-620. Antoine Favre (1557-1624). Avvocato presso il Senato di Chambery fece una carriera rapida, tanto che prima dei trentanni ottenne il seggio presso il Senato della Savoia. Autore di numerosi scritti giuridici e di un vasto repertorio di decisioni del senato savoiaro (*Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatum ad ordinem titulorum codicis iustiniani quantum fieri potuit ad usum forensium accomodatum*, Genevae 1640, su cui, in particolare, PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, pp. 462-468) si segnala per i XX libri delle *Conjecturarum iuris civilis*, pubblicati per la prima volta a Lione in 6 volumi, tra il 1581 ed il 1605. Per notizie sul giurista cfr. OTTO, *Favre (Faber) Antoine*, in *JBL*, pp. 207-208; A.G. IGLESIAS, *Antoine Favre*, in *JU*, pp. 303-306 e B. BARBICHE, *Favre Antoine*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 322-323 e, da ultimo, PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, p. 306.

(245) CONNAN, *Commentariorum iuris civilis libri X*, Lib. V, de *pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4, 349.

interpretazione e regola di esecuzione del contratto» (246) ma, altresì, come elemento qualificante di un suo presupposto essenziale.

L'idea, derivata dalla problematica interpretazione della l. *in summa* (D. 12.6.65.1) (247), avrebbe infatti visto nella contestazione, caratterizzata dalla certezza del diritto vantato da colui che vi dava corso (*lis certa*), una lite temeraria e, quindi, di mala fede.

Da tale premessa, per deduzione, si sarebbe poi tratto come ulteriore corollario che solo la *lis incerta* fosse di buona fede, ottenendo così il duplice risultato di sanzionare le composizioni di liti temerarie e dimostrare che il requisito dell'incertezza doveva per forza investire anche la contestazione (248).

---

(246) La letteratura in tema di buona fede è ampia. Una prima imprescindibile guida è offerta dall'omonima voce redatta per il *Digesto*, Torino 1988 da MASSETTO; dello stesso Autore, si ricordano poi le *Osservazioni in tema di contratti nella Rolandina*, in *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa (Atti del Convegno internazionale di Studi Storici sulla figura e l'opera di Rolandino*, Bologna, 9-10 ottobre 2000), Milano 2002, pp. 249-327 e, più di recente, ID., *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, pp. 291-343, cui si deve la citazione riportata. Per una disamina dell'istituto si ricorda anche l'intervento di J. GORDLEY, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, in *Good Faith in European Contract Law*, by R. ZIMMERMANN – S. WHITTAKER, Cambridge 2000, pp. 93-117 e, sotto il profilo civilistico, con un'appendice storica, cfr. A. D'ANGELO, *Il contratto in generale*, Tomo IV, 2. *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), Torino 2004. Da ultimo una definizione di "amicizia" in senso puramente giuridico, quale *ratio* sottesa ai trattati di alleanza internazionali e della buona fede quale tratto caratterizzante degli atti di *ius gentium*, si coglie nel saggio di STORTI, *Foedus, Amicitia e societas: Alberico Gentili tra tradizione e innovazione*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552-Londra 1608)*, II, pp. 335-376.

(247) D. 12.6.65.1 *De conductio indebiti, l. in summa* (*Paulus libro septimo decimo ad Plautium*) *In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitio*. Per l'allontanamento dalla lite (*a lite discedere*), cfr. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis, Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, pp. 232-233.

(248) Con grande lucidità e facendo propria la linea di pensiero che dalla Glossa si era dipanata sino a lui, Connan sottolinea il pericolo insito nell'ammissione della necessità di un'incertezza della lite, dal momento che ciò avrebbe indotto a leggere nell'espressione lite che può sorgere, non già una lite *iam nata*, ma non ancora divenuta il contenuto di un processo, bensì una semplice situazione incerta dalla quale avrebbe potuto nascere una lite. Si veda, CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X, Lib. V, de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4, 348-349.



Il meccanismo logico-deduttivo era in sé corretto, errate erano però le premesse.

Secondo l'impostazione dottrinale della *res litigiosa* era pleonastico attribuire alla *lis*, fosse essa *incepta, intentata vel intentanda* (249) – sono parole di Wesembeck, profondo conoscitore dell'opera di Connan (250) – un connotato tipizzante di incertezza.

Vi era, infatti, un nesso univoco di derivazione causale fra l'incertezza della lite e l'alea normalmente insita in ogni giudizio (251).

E se ciò poi non fosse stato ancora sufficiente, sarebbe stata comunque la disciplina dei rimedi basati sul *metus* (252) a giocare contro tale *genus incertitudinis* (253).

---

(249) «altero modo, etiam quidem proprie, pro ea compositione, qua res dubia litigiosa partium consensu componitur [...] nam transactio transitus est seu transactio a lite intenta vel intentanda» (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit XV, 199c).

(250) Un giudizio lusinghiero sull'opera di Connan, anche quale promotore di nuovi filoni interpretativi, si legge nei *Prolegomena de studio juris recte instituendo* di Wesembeck (in *Paratitla in pandectas juris civilis ab authore recognita et aucta. acc. praeterea priori aeditioni prolegomena de finibus studiorum jurisprudentiae, de studio juris recte instituendo*, Basileae 1568). Detrattore dell'opera del grande “funzionario” francese, ritenuta inconsistente, fu, invece, Grozio e tiepido conoscitore Pufendorf. Sulla ricostruzione critica da parte di Wesenbeck del pensiero di Connan, cfr. K.P. NANZ, *Die entestehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16 bis 18*, Munchen, 1985, pp. 88 ss. e FEENSTRA, *Pact and contract in the Law countries*, pp. 197-213. Per la fortuna e la diffusione dell'opera del grande funzionario di Francesco I si vedano, oltre al già citato lavoro di ZIMMERMANN (*The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*), le pagine di FRANKLIN (*Jean Bodin and the sixteenth-century revolution in the methodology of law*, pp. 36 ss.) che, al contrario, sottolineano i «systematic exercises in the Connanite tradition» compiuti da parte dei *novi iuristae*. Una visione di insieme, volta a sottolineare i rapporti, ed i reciproci debiti di influenza, fra i giuristi dell'area culta si coglie, invece, in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 94; 97-98; 140; 169-170.

(251) «nec enim sufficerit aliunde quam ex lite, dubium oriri» (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit XV, 201b).

(252) L'antico diritto romano raramente prestava rilievo alle manifestazioni psichiche ed emotive inerenti ad un atto giuridico ai fini della sua validità, quindi l'essere stato costretto alla sua conclusione normalmente non aveva rilievo. Il noto passo di Paolo (D. 4.2.21.5) sanzionava l'espressione della volontà del contraente, garantendo la *firmitas* dell'atto posto in essere, a prescindere dal momento e dal modo in cui tale volontà si era formata: *voluntas coacta tamen voluntas est*. La riforma pretoria portò così in luce la cosiddetta *Formula octaviana* (71 a.C.), nata per sanzionare la *vis*



L'incertezza della lite, consegnata agli interpreti da una lettura apparentemente fedele della compilazione giustiniana, non solo non sembrava necessaria ma, anzi, pareva piuttosto fuorviante.

---

*absoluta* esercitata sul contraente più debole, costretto al compimento dell'atto *metu causa* (Cfr. in proposito, A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971, pp. 84 e ss.; pp. 191 ss.; pp. 245 ss.). Circa due secoli dopo, l'Editto Perpetuo con la l. *Ait pretor* (D. 4.2.1, *quod metus causa gestum erit*) stabilì: «quod metus causam gestum erit, ratum non habeo», accordando rilievo al timore, inteso come *vis compulsiva* ed eliminando, invece, il richiamo alla *vis absoluta*. Il controllo da parte dell'ordinamento di *ius gentium* mirava a sanzionare il contraente infedele ed allo stesso tempo a consentire di ripetere ciò che era stato indebitamente ottenuto. Tre pertanto le azioni previste: una vera e propria *actio quod metus causa* che, nel termine di un anno dalla conclusione dell'accordo viziato, punisse l'infedele con una sanzione in *quadruplum*; un'*in integrum restitutio (propter metum)* che ripristinasse lo *status quo ante* ed, infine, una più semplice *exceptio metus*, il cui ambito operativo era però limitato ai *bonafidei iudicia*. Con il periodo post-classico tutte queste varie ipotesi di *metus* furono accorpate e per la loro sanzione fu prevista una sola azione, dettata proprio in materia transattiva. (Cfr. *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Pavia 1934-1935, Roma 1938, recensioni di G. SCHERILLO). La *ratio* sottesa al provvedimento intendeva attribuire validità all'atto, rendendolo attaccabile solo *ex post*, e nel caso in cui se ne fossero scoperti i motivi invalidanti (J.E. DU PLESSIS, *Compulsion and restitution. A historical and comparative study of the treatment of compulsion in Scottish private law with particular emphasis on its relevance to the law of restitution or unjustified enrichment*, Edimburgh 2004, spec. pp. 16-20, da cui la citazione). Quindi, una prestazione eseguita in ottemperanza ad una transazione erroneamente ritenuta conclusa dal *de cuius* si poteva ripetere mediante *condictio indebiti*; laddove, invece, la prestazione fosse stata eseguita in nome di una transazione che poi non aveva luogo, si sarebbe ricorsi alla *condictio causa data causa non secuta*. Infine, in caso di transazione nulla, vuoi perché effettuata *super iudicato*, o *de alimentis citra praetoris auctoritatem*, era offerta la *condictio ex iniusta causa* (PETERLONGO, *La transazione*, p. 183).

(253) I detrattori della *res dubia* generalmente ritengono che anche la lite incerta debba in qualche modo esser ricondotta all'alea processuale, non in questo caso legata all'esito del processo («non tantum intelligimus litem, quae de praesenti iam mota et in iudicio deducta est [...] cum victoria non in avvocato, sed in iudice posita est»), quanto piuttosto alla sua proposizione («verum etiam per litem incertam intelligimus litem, quae nondum mota et in iudicium est deducta, sed quam timemus, ne moveatur, et in iudicium aliquando deducatur»). In forza di tale impostazione, come ci spiega con il suo usuale sincretismo dottrinale Borcholten, venivano letti ed interpretati i passi controversi proposti dalla l. *in summa* (D. 12.6.65) e dalla l. *cum te proponas* (C. 2.42.2): «hoc est, transactio valet, etsi de praesenti non fuerit lis, si modo lis aliqua timeatur. Hoc quoque est, quod Imperator rescripsit, etsi nulla fuerit quaestio hereditatis: tamen propter timorem litis transactione interposita pecuniam recte cautam intelligi» (BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *Super quibus rebus fiat transactio*, n. 5, 42).

Il dubbio circa la fondatezza delle proprie ragioni o pretese – non ovviamente in merito all'esito del processo – non era, e non è, una peculiarità della transazione fatta in buona fede (254).

La lite condotta in buona fede è per sua natura del tutto scevra da incertezza, dal momento che, in circostanze normali, i litiganti per primi non hanno il minimo cedimento sulla giustizia della propria pretesa.

Le parti normalmente litigano nell'assoluta convinzione di aver diritto e che la loro controparte, al contrario, abbia torto: «dummodo qui agit, vel defendit credat iustam causam se fovere» (255).

E quanto più questa convinzione è radicata – a prescindere quindi 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.

L'assenza di incertezza nella lite, secondo un'antica lezione, dunque, non è un evento patologico della transazione (256). Tanto che già nel Quattrocento Caccialupi sollecitava con lucida ed incalzante forza argomentativa a non cadere in errore, poichè: «iusticia ergo vel iniusticia cause principalis non attenditur quantum ad validitatem transactionis» (257); la prassi, nel tempo, lo ha poi sempre confermato (258).

---

(254) Quando, infatti, si coglie una visione unitaria della buona fede, intesa come senso soggettivo dell'agire sleale e scorretto in danno di altri, inevitabilmente essa finisce per sembrare individuare esattamente il criterio di rilevanza giuridica di quel comportamento in senso lato. Sulla distinzione fra il significato pregiuridico della buona fede, che ne comporta l'identificazione con altrettanti concetti etici – quali l'onestà e la lealtà – e quello più propriamente tecnico-giuridico, si veda MASSETTO, voce *Buona fede*, pp. 6-23.

(255) 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, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *qui transigit*, D. 2.15.1, *de transactionibus*, 45v.

(256) ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *nulla*, ad D. 12.6.65, *de conditione indebiti*, l. *in summa*, 212b. Per una differente lettura si veda Cujas, che, in proposito, secoli dopo scriverà: «fit tantum de lite incerta neque iudicata, aute de re dubia, veluti de conditionis incerto [...] denique transactio refertur ad litem vel negotium aliquod ambiguum» (CUJAS, *Paratitla in lib. IX Codicis Iustiniani*, 52).

(257) GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, *Quaestio* I, 16.

Sulla base di questa lettura, peraltro rigidamente conforme alla *ratio* sottesa ai rimedi *metu causa*, quella di Connan si presenta ai nostri occhi, dunque, come un'interpretazione fondata su di una buona e convincente struttura logico-dialettica, che sintetizza le ragioni *quod non* ed espone diffusamente le ragioni *quod sic*, in merito alla generale irretrattabilità della transazione («tametsi sciverat [...] ut mala fides et calumnia accusari possit») (259) ed alla particolare irrilevanza della *lis dubia*.

A suo giudizio, il disposto di D. 12.6.65. §1 (*de condictio indebiti*, l. *in summa*), creato per risolvere il difficile problema dell'incidenza sulla libertà di contrattazione della pretesa calunniosa e, quindi, in buona sostanza, della lite temeraria, sarebbe venuto in soccorso proprio a tale teorica (260).

Il passo, sancendo la ripetibilità dei beni dotali e la rescissione della transazione solo qualora fosse intervenuta *calumnia* poteva dirsi pienamente operativo se la parte "diligente" (*sin autem calumnia detegitur*), prima che l'accordo fosse stato perfezionato (*si transactio imperfecta est*) (261), si fosse avvalsa della *condictio indebiti*, dovendosi ritenere – in caso contrario – pienamente valido il negozio (262).

---

(258) Concetto ripreso anche nella prassi: «et quod litem incertam appellat, non ideo contingere putemus, quod incertum sit, instituta necne fuerit, quia cum partes utrinque contendant, et in sese invicem veluti arma parent, idque praesertim in iudicium, aut arbitratorum oculis, eam tum esse litem de qua agitur illis haud venerit dubium. Sed eo nomine maxime lis incerta esse videtur, quod iam tetigimus, exitum habeat incertum, ac dubium, quod non secus dixerim» (ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, 19-20).

(259) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 5, 349C.

(260) D. 12.6.65.1 *De condictio indebiti, l. in summa* § 1: *Sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur*. La medesima *ratio iuris* si legge in C. 2.4.12 *de transactionibus, l. praeses provinciae: ambitiose id quod indubitante deberi potest remissum sit in l. in summa*.

(261) Ovvero prima che una delle parti avesse già adempiuto la prestazione dedotta in atti «perfecta transactione non repetam quod ei dedi» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4, 349B).

(262) «transactione autem utrinque adimpleta non esset poenitentiae locus» (*Ibidem*).

La concessione effettuata da una parte, infatti, trovava causa in quella reciprocamente offerta e realizzata dall'altra (263), in difetto avendosi solo un atto di natura remissoria e gratuita, che non integrava gli estremi della fattispecie in esame.

Non aveva quindi alcun rilievo (*nec refert*) la consapevolezza della pretestuosità delle proprie ragioni (264), *satis est causae*, affinché si concretizzasse una transazione, «quod a lite discessimus» (265).

Incertezza e buona fede non erano, insomma, concetti coincidenti; nè la lite fittizia – intransigibile – e quella dolosamente proposta potevano essere assimilate.

Nel primo la contestazione non c'era, di solito per accordo delle stesse parti (qui la *transactio* non cade perchè manca il dubbio, ma perchè viene meno il requisito stesso della lite).

Nell'altro, invece, il contraente, artatamente indotto in errore, o la cui volontà fosse stata viziata, poteva ricorrere ai più opportuni rimedi approntati dall'ordinamento contro i vizi del consenso (266).

---

(263) Lo scriveva Alciato (*Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.6 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 20, 74v) e lo riprende, ma solo in parte, Wesembeck, che, invece darà il maggior peso alla causa, anziché alla prestazione: «causa efficiens transactionis est consensus, dubius litis eventus, qui utramque partem sollicitam habet» (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit XV, 201-202). Sullo scambio di prestazioni come momento fondante dell'obbligatorietà del contratto nella dottrina culta cfr. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 228, oltre che D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 142-143.

(264) «etiam si calumniā ejus detecta sit, quā non bona fide se contendit [...] sin non est perfecta [...] possem conditione indebiti pecuniam quam illi solvi, repetere. Et hoc modo Ulpiani responsum interpretor in l. *in summa*» (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit. XV, 201-202).

(265) A quel punto, non era nemmeno più concessa alcuna respiscenza: «haud dubium est, quia alter alteri nequeat quod datum est, aut remissum, repetere» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n.4, 348C).

(266) «transactio facta per dolum valet, licet datur replicatio doli [...] Rogerius dicebat esse idem utrobique ex parte actoris quam ex parte rei [...] nec distinguitur actor a reo» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super Secunda Digesti Veteris Partem*, in *Commentaria*, To. II, Venetiis 1526 (rist. anast. Roma 1996), Comm. ad D. 12.6.65, *De conditione indebiti*, l. *in summa*, 67). Per la posizione della Glossa si veda, ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus gl. nulla*, ad D. 12.6.65, *de conditione indebiti*, l. *in summa*, 212b.

Nei termini proposti da Connan – peraltro condivisi poi anche da una nutrita serie di autorevoli giuristi (267) – la lite veniva dunque a differenziarsi dal generico conflitto di interessi, cui si poneva fine con ogni tipo di contratto, per identificare, un conflitto giuridico “qualificato” circa l’esistenza – o l’inesistenza – di un determinato diritto in capo all’uno o all’altro contendente.

Solo così l’incertezza poteva essere causa *efficiens* della transazione che, per suo tramite, si vedeva gratificata con quel grado di intangibilità proprio del giudicato prodottosi in seguito alla pronuncia giudiziale.

Infatti: «quod a lite discessum est, satis habet causae, ut calumnia tua excusetur» (268).

Se dunque, alla luce delle considerazioni svolte, sarebbe più corretto affermare che la composizione della lite rendeva negli scritti culti irrilevante il superamento dell’incertezza, la necessità di salvare il dettato giustiniano costringeva ancora gli interpreti ad evoluzioni definitorie che, in alcuni autori, appesantiscono il discorso, a scapito di una maggior chiarezza del ragionamento.

La contestazione, oggetto della *lis*, oltre che l’esistenza effettiva di una controversia, erano ritenuti requisiti imprescindibili perché si avesse una *transactio*, e tale essenzialità veniva preservata con ogni mezzo.

Si ricorreva, in altre parole, alla costruzione di un’articolata impalcatura di regole ed eccezioni che, se talvolta non ci paiono convincenti, hanno comunque tutti i pregi ed i difetti delle soluzioni parziali, denotando lo sforzo per dare vita ad un’impostazione sistematica coerente.

(267) Cfr. *supra* nt. 212.

(268) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4, 348. Gli stessi intendimenti in Alciato: «nam etiam princeps rescripto suo rescindere rem iudicatam non potest, etiam tamen ex causa novarum probationum potest. Ego de hoc quoque dubito, quia lex generaliter negat, transactionem rescripto rescindi: et speciale est favore libertatis, ut princeps adiri hoc casu possit» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.19, *De transactionibus*, l. *sub praetextu*, n. 4, 83v).

## 3.2. Res dubia.

Costruito intorno alla nozione di incertezza è, invece, lo schema funzionale del negozio transattivo tratteggiato da Hotman (269), e confermato da Cujas (270).

Nel quadro di una ribadita centralità del testo giustiniano, entrambi i giuristi, infatti, intravedevano nella trama intessuta da D. 2.15.1 – l. *qui transigit* – la legittimazione ad estendere la portata della *transactio* ben oltre i limiti angusti in cui era stata precocemente costretta dai glossatori, legati, come già detto, ad una visione esclusivamente processuale della *compositio*, quale strumento alternativo al giudizio (271), autoproclamandosi veri e propri paladini del dubbio.

Capaci di sottoporre a critica costruttiva il progetto di Giustiniano e la sua realizzazione concreta da parte di Triboniano, senza, tuttavia, esaurirsi in uno sfoggio antiquario fine a se stesso, Hotman, ed

---

(269) HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, 643-652; ID., *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus*, lib. II, tit. Ult. Dig., 67 e *De transactionibus*, Lib. Cod. II, 291.

(270) Scrive, infatti, nei *Commentaria* al Digesto: «*quae fiunt transigendi causa, non tantum de lite fiunt, sed et de omni iure dubio et incerto, ut puta de conditionis incerto*» (CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus, Ad L. I, 967*).

(271) Nel complesso, i glossatori avevano sempre manifestato una certa ritrosia ad ampliare il campo di incertezza dell'oggetto controverso alla sua durata, o alla sua effettiva concretizzazione, legata appunto all'avveramento di una condizione sospensiva, oppure al venir meno di una risolutiva. In entrambe le circostanze, Accursio scriveva trattarsi di *transactio improprie dicta* (*Glossa in Digestum Vetus*, gl. *qui transigit*, ad D. 2.15.1 *de transactionibus*, l. *qui transigit*, 45v). Per tali interpreti la *res dubia* veniva così assorbita dal *timor litis*, considerato l'elemento precipuo per la sussistenza dell'accordo transattivo. Anche i commentatori non avevano mutato indirizzo ermeneutico: Cino si era mantenuto fedele a tale interpretazione («*Respondeo ut in glossa*» CINO DA PISTOIA, *In Codicem... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.11 *de transactionibus*, l. *de fideicommissio*, 62); Bartolo per parte sua, dubitava ed, ancora una volta, solo Baldo aveva veramente offerto un valido spunto per una svolta teorica, sostenendo che: «*Transactiones possent nedum fieri pure, vel sub modo, sed etiam sub conditione, ita nota Baldus, quamvis dubitet Bartolus [...]* Secondo nota quod ex causa transactionis potest apponi terminus, intra quem actor det pecuniam aliter elapso termino sit exclusus» (tutto tratto da GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.9 *de transactionibus*, l. *si super possessione*, nn. 2-4, 99v).



altri (272), non solo pongono, dunque, sul tappeto temi e problemi di grande spessore ma, in qualche modo, creano anche le premesse perché il diritto post-classico possa essere “riquadernato” e riutilizzato insieme ai testi latini, greci e bizantini (273), traditi dalla mano dei com-

---

(272) Hotman – insieme a Bodin e Baudouin – è, infatti, ritenuto parte di una corrente che trova la sua massima espressione nelle *philological researches* di cui i tre erano *leading exponents*, oltre che nella creazione di un nuovo sistema di diritto. Cfr. per i primi stretti legami fra i tre, il lavoro datato di E. FOURNOL, *Sur quelques traités de droit public au XVIe siècle*, in *NRHDFE*, 21 (1897), pp. 298-325, spec. pp. 301 e ss.; FRANKLIN, *Jean Bodin and the sixteenth-century revolution in the methodology of law*, pp. 20-21 (da cui è tratta la citazione), 36-37, 46-58 e, da ultimo BIROCCHI, *La distinzione tra ius publicum/ius privatum nella dottrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Luois Charondas Le Caron)*, in *IC*, 23 (1996), pp. 139-176. Sul “bollente” spirito di questi autori, si vedano i saggi di PEDRAZZA GORLERO, *Hotman “iconosclasta”: diritto e storia nell’Antitribonianus (1567)*, spec. pp. 291-299; di VASOLI, *Jean Bodin e il problema del “metodo” nella storia del diritto* e P. DESIDERI, *Bodin e la costituzione mista: un’analisi del sistema politico della repubblica romana*, entrambi in *Rinascimento giuridico francese*, rispettivamente, pp. 1-19 e 21-48.

(273) Manifesto programmatico di questa corrente fu il *De institutione historiae universae et de eius cum jurisprudentia coniunctione* del 1561 di François Baudoin (da me consultato nell’ed. Argentorati 1698), mentre “*Graeca leguntur*” fu l’espressione della sintesi del nuovo indirizzo metodologico, tale da suscitare, ben presto, l’esigenza di una sintesi storica (VASOLI, *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, pp. 262-268). Questo compito fu egregiamente svolto da una personalità di spiccata erudizione Johannes Leonclavius (Löwenklau, 1533- 1594). Quest’ultimo, nato in Westfalia, aveva appreso da Melantone il greco. Stabilitosi ad Heidelberg, come emissario politico del Principe elettore di Sassonia si era spesso recato a Costantinopoli, dove aveva imparato anche il turco. Grazie ad uno studio intenso ed alle esperienze professionali, aveva così curato l’edizione dei *Basilici*, nel 1575, aprendo la via alla storia del diritto dell’Impero Orientale. Ma, per quel che più interessa, è al suo *ius graeco-romanus*, che si deve guardare (*Iuris graeco-romani tam canonicum quam civilis tomus duo...*, Francofurti 1596, ma la prima edizione è dell’anno precedente). Si tratta, infatti, di due copiosi volumi, dedicati a Rodolfo II Imperatore, ed editi a cura di Marquard Freher, già studente di Cujas (F.X.VON WEGELE, voce *Freher Marquard*, in *ADB*, 7 (1878), pp. 334-335 e P. FUCHS, in voce *Freher Marquard*, in *NDB*, 5 (1961), pp. 392-393), e a propria volta professore ad Heidelberg, che dimostrano – come del resto la stessa nota dell’editore – che l’esegesi delle fonti romane è appoggiata ai testi greci (STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, pp. 239-240). Sull’apertura delle nuove dimanche ermeneutiche a prospettive più vaste che in passato, grazie a studi “eruditi” coltivati con particolare passione da alcuni umanisti, fra cui, proprio Hotman (che, dopo un breve soggiorno a Ginevra presso Calvino, nel 1549 era passato a Losanna dove aveva insegnato latino e greco per qualche anno), si vedano fra i molti, le pagine di TROJE, *Graeca leguntur*, pp. 110-114; 264-274, dedicate al Löwenklau, mentre 105 e 128 per il contributo di Hotman; L.



pilatori innanzitutto e, poi, dalla primitiva esegesi medievale (274).

L'intenzione di tracciare i contorni di una diversa e più ampia nozione della transazione, "distinta da quella tradizionale" (275) («*transactionem fieri de re incerta [...] verum etiam de re in metu et opinione tantum posita*») (276), si palesa, infatti, già dalle prime ed appassionate linee argomentative con cui Hotman "aggredisce" la materia (277).

Volendo, però, meglio chiarire le ragioni per cui *Ulpianus rem et litem promiscue usurpavit* (278), il discorso del giurista appare "incoerente", al punto da diventare quasi subito contraddittorio (279).

Corre su un filo sottilissimo, che si regge unicamente sulla declinazione di quell'*aliud incertitudinis genus*, a prescindere da una contestazione fra le parti. Ma che cosa poi esattamente integri la *res de qua lis non erat*, ma *ex qua oriri litis metus possit* risulta sfuggente, ed il giurista non convince appieno il lettore (280).

Nel sostenere una rinnovata "visione sacrale" del *ius* romano, interpretato come espressione del diritto classico, Hotman non poteva infatti che trovarsi ad avversare la dottrina maggioritaria, dimostrando la sua indisponibilità a restringere margini operativi della transazione,

---

PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, Milano 1953; J.L. FERRARY, *A propos d'un texte de François Hotman. Les juristes humanistes et l'édition du Corpus iuris civilis glosé*, in *A Ennio Cortese*, pp. 86-104 e, per ancora, VAN DEN BERGH, *Die holländische elegante Schule*, p. 130.

(274) «*falsam esse pervulgatam sententiam qua traditur proprium transactionis esse, ut de re litigiosa fiat*» (HOTMAN, *Disputatio de transactionibus*, n. 14c, 648).

(275) Una scelta – secondo TREGGIARI (*Profili*, p. 371) – lontana dall'orientamento maggioritario proprio «per l'autonomia concettuale assegnata alla *res dubia* in virtù della quale l'incertezza che muove le parti si sarebbe potuta collocare anche fuori dall'orbita fenomenica della lite».

(276) HOTMAN, *Disputatio de transactionibus*, n. 4c, 644.

(277) «*speculiter usurpatur de negociis tantum controversis et litigiosis, quae per veram transactionem terminantur*» (*Ibidem*, n. 10c, 647).

(278) (*Ibidem*, n. 14c, 648 e n. 17b, 649).

(279) Messo alle strette, Hotman si trova alla fine costretto ad ammettere che: «*ubi nulla omnino litigandi causa subest, sed merum caluniandi studium, transactionis locus esse non potest*» (*Ibidem*, n. 4d, 644).

(280) HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, de transactionibus, lib. II tit. Ult. Dig., 67 e de transactionibus, lib. Cod. II, 291.*

coerentemente con quanto voluto dalla disciplina giustiniana (281). Ciononostante, manca poi di tracciare i confini plausibili di quel dubbio che, pur validamente componibile («*proprium transactionis materiam*»), non acceda ad alcuna fase litigiosa (*rem incertam et ambiguam, sive ob litem [...] sive ob aliud incertitudinis genus*) (282). Una questione, già sottoposta ad aspra critica e divenuta il centro di un acceso dibattito («*quo loco video litigiose a nostris disputari*») (283), che però egli cerca invano di risolvere richiamandosi all'*incertum condicione, modo e lege* prospettato da D. 2.15.8 (l. *cum hi*) e C. 2.4.11 (l. *fidei commissio*) (284).

---

(281) HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 10d, 647.

(282) Una rivisitazione della lettura di D. 2.15.8.20 (l. *cum hi*, § *si cum lis*) – un lungo frammento con cui si disponeva che la transazione su lasciti alimentari *mortis causa*, tanto quanto la lite sugli stessi diritti – è stata recentemente proposta da FINO (*L'origine della transactio*, pp. 34-37). Per le citazioni delle fonti in testo, cfr., invece, HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 17b, 649 e n. 23b, 650.

(283) *Ibidem*, n. 24c, 650.

(284) Si tratta di due esempi chiari e inequivoci di accordo compositivo volto ad accertare una situazione giuridica apparentemente non controversa, ma comunque incerta. Essi sono il più volte citato passo D. 2.15.8., l. *cum hi*, inerente la transazioni alimentari, e la norma riportata da C. 2.4.11 sulla transigibilità dei fedecommissi. La *transactio de alimentis*, regolamentata da 25 paragrafi, offre un datagliata disciplina della condizioni in cui il magistrato poteva ratificare le transazioni concluse dall'alimentando, considerato controparte debole nei confronti dell'erede, mentre il Codex – C. 2.4.8 – esclude l'intervento del pubblico ufficiale, nel caso in cui la transazione si riferisca a prestazioni alimentari *de praeteritis* e quindi scadute (in tema MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere* pp. 301-302). Pur volendo sorvolare sui problemi specifici che la testimonianza solleva con riferimento all'istituto del fedecommissio, per i quali ci limitiamo a rinviare alla letteratura specialistica di cui, più sotto, si offre un breve cenno, non si può fare a meno di considerare le linee specifiche del caso prospettato, invece, da C. 2.4.11. Si tratta, infatti, di fedecommissio reciproco, in base al quale due fratelli, ambedue *iuvenes*, si erano istituiti vicendevolmente l'uno erede dell'altro, a condizione che entrambi fossero morti senza prole. Determinatisi, in forza di tale incertezza, a concludere l'accordo transattivo, nessuno avrebbe potuto invocare la rescissione per lesione, quand'anche essa, nei fatti, si fosse poi verificata. Per alcuni più precisi riferimenti alla storia di quest'istituto si vedano oltre ai più risalenti lavori storico-giuridici di respiro generale la voce *Fedecommissio* (diritto intermedio) di CARVALE, redatta per *ED* (XVII; Milano 1968, pp. 109-114) e ricerche, più recenti, di taglio decisamente specialistico come: PADOA SCHIOPPA, *Sul fedecommissio nella lombardia Teresiana*, in *Economia, istituzioni e cultura in Lombardia*, III, Bologna 1982, pp. 807-826 (ora anche in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 450-451); A. PADOVANI, *Studi storica sulla dottrina delle sostituzioni*, Milano 1983;

Quindi, se le obiezioni di Hotman aprono anche ad ipotesi suggestive e di lunga durata (285), l'impalcatura argomentativa non pare così solida da condurre ad una riflessione di portata generale sui presupposti essenziali della fattispecie; mentre, sotto il profilo della tecnica giuridica, il ragionamento non si distanzia poi molto dalla linea interpretativa di accursiani e bartolisti.

Il *genus incertitudinis*, che Hotman prospetta (286), va, infatti, ancora ad incidere su requisiti marginali che, rientrando nella categoria degli elementi accidentali, possono essere inseriti tanto nel contratto *in genere*, come pure nella transazione *in specie* (287).

---

i saggi di M.C. ZORZOLI, *Della famiglia e del suo patrimonio. Riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento*, in *ASL*, 115 (1989), pp. 91-148 (poi in *Marriage property, succession*, Berlino 1992, pp. 155-213 ed *ivi*, anche A. ROMANO, *Successioni e difesa del patrimonio nel Regno di Sicilia*, pp. 71-154); ancora ZORZOLI, *Note in tema di fedecommesso. I lavori preparatori del Codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano: 4-6 giugno 1992*, II, Milano 1993, pp. 623-678 ed EAD., *Una incursione nella pratica giurisprudenziale milanese del Seicento e qualche su temi che riguardano la famiglia*, in *Ius mediolani*, pp. 617-657; A. SANTANGELO CORDANI, *Nobiltà e fedecommessi di famiglia nelle difese lombarde tra antico regime e codici*, in *L'arte del difendere. Allegazioni e avvocati e storie di vita a Milano tra Settecento e Ottocento* (a cura e con un saggio introduttivo di DI RENZO VILLATA), pp. 363-434; A. MONTI, *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano 2003 pp. 199-216 e, da ultimo, C. BONZO, *Dalla volontà privata alla volontà del principe, Aspetti del fedecommesso nel Piemonte sabaudo settecentesco*, Torino 2007.

(285) Il trattato del Vinnen confermerà la pervicace resistenza di questo orientamento nella migliore dottrina della Scuola elegante olandese (A. VINNIUS, *Tractatus varii*, nempè *De pactis, jurisdictione, collationibus, et transactionibus*, Venetiis 1801, n. 3, 124).

(286) HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, 94-95; *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus, lib. II tit. Ult. Dig.*, 67-68, 74 e *De transactionibus, lib. Cod. II*, 291.

(287) Un'intuizione già palesata qualche decennio prima da Giasone del Maino, laddove recitava: «valet transactio condicionalis et sufficit aliquid ad transigentem pervenire posse [...] Potest fieri transactio sub conditione dandi, si navis ex Asia venerit, sed tu cave, quia iste textum hoc non probat, quae facultas dandi erat in hac lege posita sub conditione putativa ipsius partis, non autem sub conditione mere casuali. Ratio dubitandi erat, qua transactio nihil valet nullo dato vel retento, sed hic de presenti nihil dat huic reo transigenti, igitur, secundum hoc non obstat contrarium decedit [...] quia sufficit quod in futurum possit dari» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.9, *de transactionibus*, I. *si super possessione*, nn. 2-4, 69v).

Quello che manca è, invece, la disponibilità a giungere alle estreme conseguenze che, evidentemente, gli appaiono confliggenti con le premesse umanistiche, volte alla salvaguardia dell'originale afflato delle fonti antiche.

Il risultato più immediato ritraibile dalle sue pagine conduce, semmai, ad accentuare le oscillazioni dottrinali valorizzanti ora l'effetto obbligatorio ora la capacità di accertamento, nella strettoia dell'alternativa di quell'epoca fra qualificazione contrattuale e configurazione pattizia del negozio (288).

Svilisce, infatti, l'aspetto conciliativo l'assimilazione della convenzione al negozio di accertamento.

Le parti non addivengono all'accordo transattivo per chiarire ciò che non sanno, oppure per accertare quello che è fra loro incerto, ma per sopire quei contrasti che nascono, o potrebbero nascere, dalla pretestuosa esistenza di istanze antagoniste.

Si snatura, invece, la qualificazione contrattuale sottolineandone, in via pressoché esclusiva, il suo ruolo di *distractus* e l'attitudine novativa (289).

---

(288) Per l'eco contemporanea della disputa si vedano le pagine riassuntive di: B. WINSCHIED, *Diritto delle Pandette* (traduzione it. C. FADDA E P.E. BENSA), II, Torino 1925, pp. 604 ss.; STOLFI, *La transazione*, pp. 131; E. GROPALLO, *La natura giuridica della transazione*, in RDC, XXIII (1931), pp. 321-384; VITERBO, *La "res dubia" e lite incerta nella transazione*, e ID., *Ancora sulla res dubia e lite incerta nella transazione*, ancora in RDPC (1947), pp. 125-129; A. MATTEUCCI, *Contributo allo studio della transazione (l'incertezza e l'effetto giuridico)*, Padova 1960, p. 7 nt. 11; S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in RDC, XLVI (2000), parte I, pp. 31-62, spec. p. 39; M. FRANZONI, *La transazione*, in *Biblioteca dei contratti, raccolta da Furguele*, Padova 2001; A. ABBAMONTE, *Strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie (artt. 239-243)*, in *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, M. SANINO (a cura di), Torino 2006, pp. 849-852 e L. ARIOLA - D. FRISANI, *La transazione*, in *Transazione, arbitrati e risoluzione alternativa delle controversie*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, P. CENDON (a cura di), Torino 2006.

(289) «transactio ad distrahendam, itaque non actionem parit, sed exceptionem [...] transactio a contractu diserte in libris quidem emendatis separatur» (HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 7ab, 646). La contestazione del ruolo estintivo della transazione risulta resa in modo particolarmente efficace proprio nella dottrina italica, in particolare in quell'insuperato maestro che è il Mantica che, ai sostenitori di tale tesi, non oppone "protritae" soluzioni definitorie, legate alla duplice

Entrambe tesi, queste, ridiscusse da Hotman con l'intento di «subiungere refutationem veteris erroris, qui patrum et avorum memoria in scholis inveteraverat [...]» (290).

Dal riconoscimento della transazione come *pactio* prende le mosse anche la ricostruzione proposta da Jacques Cujas che, apertamente interrogatosi sulla sistematica dell'istituto rispondeva che «transactio a contractu separatur» (291).

Se tanto Hotman che Cuiacio legano le loro interpretazioni alla capacità solutoria dello *status incertus* in via onerosa, è, però, indubbiamente al secondo che va ascritto il tentativo di superare le fragilità emerse nella dialettica fra fazioni contrapposte, ripartendo dall'equiparazione della transazione al patto (292).

Nell'economia complessiva dell'opera, volta a riadattare alla composizione amichevole i panni smessi della causa negoziale, che si aggiunge e sovrappone ai contratti più diversi con la finalità di decidere *transigendi causa non tantum de lite*, ma anche ogni situazione *de qua dubitatio esse posse* (293), Cujas sceglie di esprimere le ragioni che militano per la centralità della *res dubia* dalla più stretta formulazione

---

classificazione della *transactio proprie* o *improprie dicta*, bensì la qualificazione contrattuale intrinsecamente legata alla capacità obbligante del negozio compositivo («*proprie contractus dici potest [...] quia ultro citroque obligationem parit*») (F. MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, n. 10, 689).

(290) Hotman, infatti, dopo aver lungamente contestato la natura contrattuale della *transactio*, ribadendone la capacità estintiva, ritorna più volte in tema, finendo per contraddirsi. Dapprima, scrive che «*transactio a contractu diserte*», ma poi di fatto amette «*si datio vel factum intervenit, repente transactio esse desinit, et evadit contractus innominatus: ex quo perscriptis – sic! – verbis actio nascitur*». Per tutto, cfr. HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, nn. 7-8, 645-646; conforme anche ID., *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus, lib. Cod. II*, 301-302. Una breve sintesi dei passi anche in TREGGIARI, voce *Transazione*, p. 806 nt. 91.

(291) «*quid de transactione dices? Transactio pactum est, non contractus. A contractu separatur*» (CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de pactis, Ad L. Iurisdictionum 7*, 942)

(292) Nei *Paratitla* ai Digesta, Cujas suddivide la trattazione dei *pacta ex variis causis* fra quelli che sono fatti *donandi causa*, dagli altri conclusi *transigendi causa* (*Paratitla in libros quinquaginta Digestorum*, col. 755), mentre i contratti sono a loro volta classificati in *certi* ed *incerti*, ma fra essi non si trova, però, la transazione.

(293) *Ibidem*.

ulpiana, esaminata nella prospettiva di accertare le circostanze storiche in cui il testo ha avuto origine.

Senza che il desiderio di un meticoloso restauro gli impedisca di riconoscere gli interventi interpolazionistici (294), questo “Principe dei giureconsulti” guarda così *citra litem aut metum litis*, alla ricerca di una *incertitudo* da chiarire in buona fede.

Rettitudine, serietà nel comportamento e nei propositi delle parti gli appaiono, infatti, imprescindibili affinché la transazione non si risolva in una «sordida concussio» a danno del contraente meno abile ed accorto.

La buona fede, in questo ragionamento, diviene così il terreno di coltura dell’incertezza, l’estrinsecazione che proprio Ulpiano aveva “predicato” per la *lis*, una qualità psicologica che sempre si accompagna tanto alle situazioni contraddistinte dall’assenza di una cognizione precisa degli eventi (*res dubia*), quanto nelle ipotesi di decisione di interessi confliggenti e contrapposti, rimessa all’arbitrio altrui.

In realtà, – come già si è visto – ai fini di argomentare l’essenzialità dell’*incertitudinem*, non poteva essere veramente dirimente la volontà di vanificare composizioni avanzate su liti simulate o, peggio, *dolo malo initae*.

Nel primo caso, l’accordo transattivo non sarebbe stato prospettabile per assenza di contestazione, e quindi di causa; mentre, nel secondo, l’esigenza “etica” di sanzionare accordi estorti con malafede (295) avrebbe visto limitati i propri effetti da un regime di invalidità relativa e non radicale, a dimostrazione, comunque, del favore dell’ordinamento per l’inattaccabilità del negozio transattivo (296).

---

(294) GROSSI, *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas)*, in *QF*, 19 (1990), pp. 179-208; E. VOLTERRA, *Le notae di Cujas ai tituli ex Corpore Ulpiani*, in *Scritti Giuridici V*, Napoli 1993, pp. 409-420.

(295) Mancando la lite, perché simulata, si ha la nullità della composizione: la *transactio*, non cade perché manca il dubbio, ma perché viene meno il requisito stesso della lite. «Nihil debebatur lis non erat» scriveva già al tempo suo Accursio (*Glossa in Digestum Vetus*, gl. *nulla*, ad D. 12.6.65, *de conductione indebiti*, l. *in summa*, 212b).

(296) In caso di dolo, invece, è più opportuno ricorrere ai rimedi approntati



Anche se, nel tempo, le tesi di Cujas dovevano trovare proseliti, occorre ad ogni buon conto osservare come le considerazioni svolte dall'autorevole giurista in questa sede non consentano di attribuire la qualifica di presupposti della transazione ad ipotesi che incarnano semplici dubbi delle parti: in tali circostanze di inquietudine puramente soggettiva non vi è, infatti, alcuna pretesa cui opporre un'altrettanto realistica contestazione.

Il dubbio transigibile, al contrario, deve concretizzarsi in un contrasto di apprezzamenti: deve, cioè, risiedere nella tensione dialettica tra due rappresentazioni discordanti della realtà poiché, in difetto, non può aversi una situazione che deve essere sciolta, ma solo accertata.

Posto, dunque che l'incertezza del rapporto giuridico è un elemento costante nell'ipotesi di lite fra le parti (297), non è, invece, vero il contrario.

Non sussiste una relazione biunivoca fra il diritto contestato, per sua natura incerto – sia nell'esito, che nel fondamento – ed il diritto incerto che, non necessariamente, sia anche litigioso. Il concetto di litigiosità non abbraccia ogni possibile rapporto giuridico indefinito.

L'incertezza “pura” può, semmai, trovare cittadinanza nella disciplina transattiva se inserita nel regolamento contrattuale come elemento accidentale, sia che si tratti dell'apposizione di una condizione, della previsione di un termine, oppure di una disposizione modale (298).

---

dall'ordinamento contro i vizi del consenso, cioè la *replicatio doli* e la restituzione di quanto indebitamente percepito, come ricorda Bartolo: «*Transactio facta per dolum valet, licet datur replicatio doli [...] Rogerius dicebat esse idem utrobique ex parte actoris quam ex parte rei [...] nec distinguitur actor a reo*» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria super Secundam Digesti Veteris*, Comm. ad D. 12.6.65, *De conditione indebiti*, l. in summa, 67).

(297) ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, 17.

(298) «*si conditio evenisset adeversariusque decem aureos dedisset, procul dubio haec transactio fuisset: sed cum conditio non evenerit, merito lex pactum appellat, cum transactio non fit, in qua nihil sit datum*» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.9 *de transactionibus*, l. *super possessione*, § *pactum conventum*, n. 3, 76).



La regolamentazione e la conoscibilità di tutte le situazioni incerte nell'ordinamento, laddove ammissibile ad opera di privati, non è, infatti, realizzabile con la transazione, che presiede alla funzione diversa, e peculiare, di sopire e prevenire i conflitti in cambio di vicendevoli prestazioni (299).

L'attualità o potenzialità del contrasto è, ed era, già di per sé causa sufficiente a validare e giustificare la reciprocità delle concessioni patrimoniali, il resto degrada nell'irrilevanza giuridica, o nella tautologia di predicato, che, in assenza di contrapposizione di interessi, resta privo di efficacia causale, potendo dar tuttavia vita, come vedremo più avanti, a rapporti di natura diversa.

### 3.3. *Reciproche concessioni: aliquid datum vel receptum.*

Alla tipizzazione dell'effetto transattivo concorrono, infine, oltre alla lite, anche le reciproche concessioni (300), secondo la formula

---

(299) HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, 94-95; *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus, lib. II tit. Ult. Dig.*, 67-68, 74 e *De transactionibus, lib. Cod. II*, 291.

(300) Su questo punto, sino alla fine del Seicento, sembra esservi un'assoluta convergenza di vedute fra i Dottori, ma, in realtà, il problema dell'assimilazione di questo requisito è più complesso di quello che in apparenza possa apparire. Al di là delle questioni relative alla sua comparsa nell'ambito della disciplina transattiva, databile al III secolo, e non prima (più specificamente *infra* nt. 305), il dettato normativo, da subito ravvisato dai primi legisti bolognesi come compatibile con i loro brocarda, era stato posto sia all'origine della più risalente interpretazione della *transactio* come *pactum*, che dell'onerosità quale elemento tipizzante della sua natura. La diversa lettura della congiunzione avversativa *vel*, aveva, infatti, non solo consentito di interpretare la *transactio* come patto inazionabile, fintanto che colui che si trovava a beneficiare della rinuncia non avesse dovuto aggiungere un *quid pluris* (dal momento che *nec enim qui transigit facit*, PIACENTINO, *Summa Codicis, De transactionibus*, tit. III, 48; ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, gl. *nullo ad C. 2.4.38, de transactionibus, l. transactio*, 43), ma anche di identificare nel reciproco scambio fra *datio* e *retentio* una parziale e vicendole soddisfazione delle pretese *bincinde* avanzate dalle parti (BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis libros commentaria*, Comm. ad C. 2.4.38 *de transactionibus, l. transactio*, 127; RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.15.1, *de transactionibus, l. qui transigit*, n.2, 99; CRISTOFORO CASTIGLIONE, *Diversa consilia*, Venetiis 1560, *Cons. XXXIX*,

*transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit* – C. 2.4.38 – (301).

Il superamento della controversia tramite questo meccanismo non è, però, solo una circostanza necessaria, ma è anche sufficiente ad individuare il tipo negoziale: il carattere essenziale attribuito all'*hinc inde datur seu promissum* consente la riconoscibilità giuridica della fattispecie e la qualifica come vera e propria transazione.

Le prestazioni reciproche, chiave di volta dell'istituto, si segnalano così per una duplice lettura: nella funzione esprimono elementi causali («ad praecipuam etiam transactionis formam spectat») (302),

---

666; GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.38 *de transactionibus*, l. *transactio*, n. 2, 80v; ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.38 *de transactionibus*, l. *transactio*, n. 4, 92v).

(301) L'appiglio testuale, che ha reso particolarmente celebre l'endiadi "*nullo dato vel retento*", è offerto da C. 6.31.3 (*l. suus heres*). Il disposto di quest'ultima norma, trasfuso nella l. *transactio*, 38, (*infra* nt. 305) – a propria volta collocata nella *sedes materiae* relativa alle transazioni (C. 2.4) – costituisce la fonte di riferimento per identificare le prestazioni corrispettive fra gli elementi essenziali di costoro. Andando al contenuto, vediamo che la l. *suius heres* sancisce l'impossibilità di utilizzare l'*exceptio pacti* contro il *suius heres* che muova una petizione ereditaria per contestare "l'ingiustizia" del testamento da cui sia stato preterito, adducendo la circostanza che il predetto erede *in iure* avesse già rinunciato all'eredità paterna *transigendi animo*. Non può, infatti, rinunciare all'eredità chi poi si muova poi per ottenerla, impugnando il testamento e, d'altro canto, la transazione, se fatta senza corrispettivo, non ha valore. Sul processo di geminazione intercorrente fra le due norme, Gotofredo scriveva che: «qui transigit, velle donare non intelligitur» e, a proposito dei reciproci sacrifici, richiamati dalla *suius heres* che «transactionem esse contractum nominatum» (D. GODEFROY, *Codicis Iustiniani d.n. sacratissimi pp. Aug. Repetitae praelectionis. Libri XII, secunda editio*, Lugduni 1590, *De transactioni inutili super hereditate quaesita*, a, 509 e *Quomodo transigitur*, t, 130. Per riferimenti ulteriori cfr. TROJE, *Graeca leguntur*, pp.183-190). Sul *testamentum iniustum* e la sua impugnativa, un richiamo per una breve introduzione al tema P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, Milano 1963<sup>2</sup>, pp. 634-638, 992-993, ma per una panoramica complessiva nella scienza giuridica intermedia, insuperato, G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei Glossatori*, Milano 1997.

(302) DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 117: «ut valeat transactio, aliquid datum esse vel promissum, aut retentum oportet [...] Nam si quis gratis remittat litem, non valebit transactio [...] Qui animo donandi transigit, non recte transigit»; DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 285: «ad transactionem non est satis litem fuisse dubiam, eamque pactione finitam: sed oportet eo nomine actori quid detur, aut quod idem valeat, aliquid vel remittatur (quod pro est, acsi datum [...]) vel promittatur»; CONNAN, *Commentariorum juris*

mentre nel contenuto, plasmando il rapporto sostanziale controverso, denotano l'oggetto del contratto.

E', infatti, *communis opinio*, «ab omnibus provata et sine scrupolo admissa quod aliquo hinc inde datur aut retento fiat, et quod reciprocam habeat praestationem» (303).

Se però è indubbio che in assenza di sacrifici corrispettivi, il contratto o è nullo, oppure altrimenti qualificabile (304), occorre, tuttavia, effettuare alcune considerazioni sull'evoluzione storica di questo particolare requisito (305), dal momento che la dottrina intermedia, fino al più maturo Cinquecento, ha spesso avuto difficoltà ad inquadrarlo.

Come ricorda Alciato, segnalando il pensiero del proprio maestro (306), le fonti non sembrerebbero, infatti, percepire adeguata-

---

*civilis libri X, Lib. V, de pactis, Transactionibus et donationibus, Cap. VI, n. 10B, 352: «ut in transactione requiratur utique aliquid, vel datum vel promissum fuisse, aut ipsum sibi retinuisse».*

(303) «haec ad transactionem ideo exigimus, quia si reus totum dat, quod petitur solutio est: et actor rursus si nihil accipit, donatio est» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 285).

(304) La transazione non sussiste «nisi ultrocitroque dato vel retento» dal momento che «sciamus in transactionem mutuam praestationem requiritur» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, 70 e C. 2.4.38 *de transactionibus*, l. *transactio*, n. 1, 92v).

(305) L'elemento essenziale delle reciproche concessioni, nell'elaborazione romana dell'istituto transattivo, compare per la prima volta nel rescritto diocleziano C. 2.4.38, che per l'appunto recita: «*Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*». Sino al III sec., né i giuristi, né le costituzioni precedenti avevano fatto menzione della necessità di sacrifici (così G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991<sup>3</sup>, p. 924; D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1996, p. 384 e FINO, *L'archetipo contrattuale transattivo*, pp. 422 ss.). Ciononostante la sua necessità è sempre stata ritenuta immanente al profilo della transazione. Ne sono testimoni: TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 643; GUARINO, *Diritto privato romano*, p. 964 e GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, p. 247.

(306) Se il brocardo *aliquo dato vel retento* appare come un prodotto medievale, esso deve principalmente la sua fortuna a Giason del Maino che, nel commento al *Digestum Vetus*, in sede esplicativa della l. *qui transigit* (2.15.1), aveva sunteggiato tutti i requisiti della composizione amichevole della lite, richiedendo che vertesse su di una *res dubia*, attualmente, o potenzialmente, all'origine di un processo, e non gratuita, perché proprio sul *gratis*, si appuntava la differenza col patto («*ut hic innuitur ex differentia pacti*»), GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.1 *de transactionibus*, l. *qui transigit*, n. 1, 175). Cfr. in materia anche FINO, *L'archetipo contrattuale transattivo*, p. 423 nt. 65.

mente la differenza fra la patrimonialità di una prestazione, ossia la sua valutazione in termini puramente economici (307), che è caratteristica costante di tutti i contratti non esclusa la donazione, e la classificazione dei negozi giuridici in onerosi o gratuiti, a seconda che all'attribuzione in favore di un soggetto faccia riscontro un corrispettivo o questo manchi del tutto (308).

Alla glossa e al commento sfuggiva inoltre il significato della reciprocità (309), sovente confuso tanto con l'idea di equivalenza, quanto con quella di proporzione.

In altre parole, la generica previsione che la parte «desse o ritenesse» qualcosa in modo del tutto slegato dalla effettiva materia del contendere, escludeva l'idea della corrispettività, privando l'*utrumque* di qualsiasi valore (310).

Se avessero, voluto gestire in modo diverso la complessa partita della qualificazione della causa transattiva, giocandola esclusivamente sul binario delle reciproche concessioni, i giuristi medievali avrebbero, invece, avuto la via spianata per catalogare la *transactio* fra i contratti

---

(307) «Degna di nota è la necessità immanente per il diritto romano, tanto quanto per l'intermedio, che la prestazione fosse di valore patrimoniale e non pecuniario soltanto, intendendo per patrimonio non tutta la cerchia dell'attività giuridica di una persona [...] ma il complesso, avente valore pecuniario, dei rapporti giuridici di una persona e per pecuniarietà l'equivalenza diretta ed immediata a tanto ora, tanta pecunia. [...] L'interesse del creditore, infatti, può essere anche non patrimoniale o pecuniario, quello che importa è che la prestazione abbia valore patrimoniale» (Q. DE VINCENTIIS, *Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni contrattuali*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, IV, Napoli 1906, pp. 316-317).

(308) Secondo Connan questa era la principale partizione.

(309) Non solo i glossatori avevano stentato a reperire un'*obligationem ultracitroque intervenientem* nell'atto tipico del *transigere*, ovvero nella rinuncia all'azione processuale – convinti, com'erano, che le prestazioni potessero realizzarsi solo con una reale o *facta traslatio dominii* – ma avevano anche misconosciuto la stessa capacità obbligatoria dell'accordo compositivo che, in assenza di un vero e proprio adempimento, avrebbe dato luogo a sole eccezioni e non ad azioni di tutela, lasciando, peraltro, libero l'attore di rimettere oggi un'azione che avrebbe poi potuto liberamente riprendere domani. Un resoconto riassuntivo delle *opinionines* si veda, CINO DA PISTOIA, *In Codicem... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.29 *de transactionibus, l. sub preatextu*, n. 5, 65, da cui è tratta la citazione. Sulla possibilità di ricorrere alla *pristina actio*, si ricorda una *quaestio disputata* in *Schola Bulgari (Quaestiones*, VI, 199).

(310) Cfr. ancora FINO, *L'archetipo contrattuale transattivo*, pp. 433 ss.

sinallagmatici, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, e avrebbero anche potuto trarre le dovute conseguenze a proposito dei rimedi ad essa accordati contro l'inadempimento.

Chiudendo in un cerchio logico la vasta congerie di regole/eccezioni (311) che, con sorprendente ricchezza, caratterizzano la storia di questo istituto, avrebbero, infatti, precluso la via a lunghe e defatiganti discussioni sull'assenza del *ius poenitendi* (312).

Ma andiamo con ordine.

Nella transazione le concessioni devono misurarsi sul metro del conflitto esistente fra le parti, sia esso già insorto, o da prevenire.

Come si è già avuto modo di osservare, sono le pretese che si contrappongono e non, invece, l'accertamento della loro fondatezza, a costituire l'oggetto dell'indagine.

La causa transattiva non risponde, infatti, alla necessità di identificare chi abbia torto o ragione, bensì all'esigenza di pacificazione fra

---

(311) Già Giasone aveva ritenuto che le incongruenze nella disciplina della *transactio/contractus sine nomine*, per quanto foriere di contrasti e accessi dibattiti, non potessero essere passate sotto silenzio in una trattazione sistematica dell'istituto. E se in quest'ottica, era tornato spesso in tema, non era comunque riuscito ad offrire soluzioni convincenti, accontentandosi del *favorem inductum dirimendarum litium causa*, a suo tempo messo già in campo da Bartolo per giustificare ogni deroga. Cfr. «Frustra desideras quod licet transactio sit contractus innominatus, et in contractibus innominatis re integra sit locus poenitentiae, tamen speciale est in transactione, ut in ea numquam possit habere locus poenitentiae, quare inventa est ad lites finiendas» (GIASONE DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.5 *de transactionibus*, l. *cum te transegisse*, n. 1, 67; conformi anche Comm. ad C. 2.4.39 *de transactionibus*, l. *quamvis eum*, n. 1, 80v; *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *iurisdictionum*, n. 11, 147). L'opinione di Bartolo, invece, in ID., *Super primam Codicis*, Comm. ad C. 2.4.39 *De transactionibus*, l. *quamvis eum*, 68v.

(312) La dottrina più risalente, sconcertata di fronte alla negazione dello *ius poenitendi* ed all'impossibilità di ricorrere alla rescissione del contratto *laesionis causa*, negava l'azionabilità giudiziale dell'accordo (laddove espresso nella forma del patto) compromettendone la qualificazione contrattuale e smentendone il carattere innovativo, frustrato dalla possibilità di riprendere in ogni momento l'azione derivante dalla *res litigiosa*. In proposito, Jean de Coras: «Nam tametsi hodie non agit, cras tamen et in futurum, quando volet experiri poterit, suis actionibus usque ad diem iudicii [...] et sic scripsit Bartolus [...] Oppositorum hoc loco quempiam, praevideo» (CORAS, *Miscellaneorum iuris civilis*, Cap. XXIII, n. 8, 72).

soggetti antagonisti. Tale scopo si raggiunge, appunto, con una nuova regolamentazione dei loro interessi (313).

In altre parole, un nuovo accordo, cui è attribuita forza di legge, sostituisce la precedente *res litigiosa*, superandola.

Tuttavia, l'innovazione non deve intendersi limitata necessariamente alla nascita di nuove obbligazioni, ben potendo riguardare un oggetto più ampio, o più limitato o, ancora, affatto diverso, rispetto a quello che legava le parti originariamente, e che ha dato luogo alla contestazione.

Esempi di siffatta varietà sono offerti persino nella stessa *sedes materiae*, dalla l. *si pro fundo* (C. 2.4.33) e dalla già citata l. *super possessione* (C. 2.4.9).

Nella prima ipotesi una parte rivendica un fondo, asserendo di esserne proprietaria: i contendenti compongono la lite, accordandosi sulla permuta, non del fondo oggetto di contestazione, ma di un diverso *praedium*, il cui valore evidentemente tiene conto di quello conteso.

Nella seconda, invece, l'abbandono della pretesa avviene per mezzo dell'assunzione da parte del convenuto di un'obbligazione diversa rispetto a quella oggetto di conflitto, a fronte del correlativo abbandono della pretesa da parte dell'attore.

A prescindere dal contenuto concreto che la composizione amichevole della lite può assumere, la fonte dell'obbligo diventa, dunque, il "regolato" dalla transazione (314); la lite, pur imprescindibile, si rivela, invece, di per sé insufficiente a qualificare il negozio.

Una sostanziale uniformità di giudizio fra i risultati conseguiti dalla riflessione umanistica e la ricostruzione offerta dai più noti tratta-

---

(313) Questa considerazione rafforzava, tra l'altro, il convincimento della totale infondatezza della tesi di una possibile transazione senza lite. Anche nell'ipotesi di *timor litis* – condizione da alcuni considerata di mera incertezza – si attuava, infatti, un conflitto che, al pari di qualsiasi altro, era superabile attraverso il ricorso alle concessioni reciproche. Di segno contrario l'opinione di Hotman che riteneva: «causa autem est res de qua lis erat, vel metuebatur» (HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus, lib. Cod. II, 304c*).

(314) La precoce comparsa di questa considerazione in GIASON DEL MAINO, si legge *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.38 *de transactionibus*, l. *transactio*, n. 1, 80v.



ti in materia di contratti del *mos italicus* (315), portano dunque a concludere che sono le reciproche concessioni a riassumere la contrattualità della *transactio*, “connumerandola fra i contratti corrispettivi”; e che è sempre *l’aliquid utrinque datur* a differenziarla da altre forme solutorie del *quid controversum*, oltre che a giustificare quell’effetto “preclusivo” in grado di porre al riparo la transazione sia da tardivi pentimenti (316), che da generiche e sopravvenute eccezioni (317).

Il modello di utilità economica comportante una distribuzione di sacrifici, cui accede la transazione, non richiede, inoltre, alcun giudizio di congruità o di attualità degli stessi.

E’ necessario e sufficiente, secondo Hotman, che «neque totum remittitur, neque nihil aufertur, sed utrinque aliquid vitandae litis causa remittitur» (318). I contributi corrispettivi non devono essere né di pari entità, né contestuali (319).

---

(315) Si tratta di opere agili, aperte ai nuovi influssi e, come tali, molto note e di frequente utilizzo. Si allude, in particolare, al Mantica (*De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, cui appartiene la citazione riportata fra parentesi, n. 1, 688) e al *De contractibus*, del maceratese Pietro Niccolò Moccia in cui l’autore, discettando in tema di contratti anomali – fra cui annovera la *transactio* – dimostra ben più che un’apertura verso il consenso delle parti quale fonte di obbligazioni (P.N. MOCCIA, *Tractatus de contractibus*, Venetiis 1585, nn. 1-2, 2 e n. 13, 57). Sul punto anche D’AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 123-125.

(316) «in contractu ergo transactionis nullus est poenitentiae locus, etiam si statim, post absolutum tamen contractum, alter desciscat. Sed cum in contractibus in-nominatis traditum fit poenitentiae locum esse. Quae est ratio ut etiam in transactione idem non dicamus? [...] Ego hisce in Doctorum altercationibus eis adhaerere soleo, qui citra cavillationem subauditionemque aliquam, verba legum interpretantur: quo sit ut in postremam hanc et ipse cum Jason hic transeam» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.39 *de transactionibus*, l. *quamvis*, nn. 1 e 8, 93; conforme anche l. *actioni administratae*, n. 6, 71v). La problematica dello *ius poenitendi* divenne, nel ‘600, di scottante attualità essendo il terreno d’elezione su cui misurare l’applicazione del principio dell’efficacia del patto. Cfr. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione*, p. 93.

(317) La linea argomentativa, in base alla quale: «nec per rescriptum rescinditur, nec praetextu reperti deinde instrumenti, aut specierum instrumentorum noviter inventorum» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.9 *de transactionibus*, l. *quamvis*, n. 6, 93) derivava all’Alciato da una più antica dottrina, risalente ai suoi maestri Maino e Decio.

(318) HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De transactionibus, lib. Cod. II*, 304d.

(319) «sufficit quod ex alterutra tantum parte aliquid detur, nec semper ne-



La transazione, che esiste indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra *datum* e *retentum*, è, infatti, secondo un'eloquente immagine del giurista ugonotto, una *media inter totum et nihil* (320); quello da cui semmai si rifugge sono le anomalie, come la sproporzione fra le prestazioni, che non rilevano di per sé sole, ma solo se in concorso con altri comportamenti e situazioni esterne alla struttura contrattuale.

In precedenza, invece, la *protrita et vulgata Bartoli et aliorum iurisperitorum sententia* (321) aveva considerato le concessioni come un mero aspetto dell'oggetto negoziale, e si era impantanata nella ricerca di tortuose vie che aprissero ad un qualche collegamento fra quelle ed una forma di adempimento, affinché, «sequito implemento», fosse data azione anche alla transazione (322).

Incapaci di leggere correttamente la funzione del recesso dall'azione (323), i primi legisti bolognesi avevano quindi degradato la transazione a *pactum de non petendo*, ancorchè *non gratuitum*. Mentre lo stesso Bartolo aveva disperato di poter trovare nuove aperture verso una dinamica contrattuale, vedendosi costretto a tornare sui propri passi per concludere che «actor qui promisit non petere vel non agere numquam potest implere contractum ex parte sua» (324).

Il risultato di questo cortocircuito era stato, secondo Connan, una lettura parziale del negozio (*ut stulte arbitrabantur*) (325), stretto

---

cesse est dari ex utraque. Nam qui a lite discedit, satis praestat si actionem quam habeat remittit» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus*, Rubrica, *pactum*, 68v).

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

(321) L'espressione è ancora una volta il frutto dello spirito bellicoso di Jean de Coras (*Miscellaneorum iuris civilis*, Cap. XXIII, n. 1, 69).

(322) *Ibidem*, n. 2. Ora, invece, si parte dall'idea opposta: «conventiones aestimari ex initio non ex implemento», CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad Titulum de pactis, Ad I. Iurisdictionum* 7, 944.

(323) Ne era stato esempio Cino da Pistoia, *In Codicem... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, nn. 3-8, 66rv.

(324) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super primam Codicis*, Comm. ad C. 2.4.28 *De transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 8, 65.

(325) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 1, 326.

entro gli angusti confini di una configurazione processualistica, che ne aveva limitato le capacità espansive, senza tuttavia chiarirne le disarmanti incongruenze testuali e neppure garantirne una maggiore tutela.

L'Umanesimo, invece, aveva messo in discussione un modo di pensare, i fondamenti del sistema tradizionale ed i modelli di riferimento: un intero campo di studi era silenziosamente uscito di scena, mentre il carattere sistematico delle opere della nuova scienza giuridica rifletteva ormai, nella trattazione del diritto, l'ordine naturale delle cose.

Con una rigida e sistematica concatenazione di argomenti i culti avevano scandito dapprima l'esposizione dei principi generali, quindi la definizione dei singoli istituti ed, infine, la spiegazione delle regole che ne presiedevano vita e funzioni.

Nell'articolazione del requisito delle concessioni reciproche avevano così collocato il vero significato del motto secondo cui: chi transige «*nec vincit nec vincitur*» (326).

Una buona transazione, come si è detto in apertura di questo lavoro, deve, infatti, in parte scontentare, in parte soddisfare.

“Scontentare” perché esige sacrifici reciproci, rispetto a quanto asserito originariamente; “soddisfare” perché, almeno *pro quota*, accoglie le ragioni vicendevolmente asserite.

Per questo stesso non era più così importante ravvisare nella *transictio ab actionis* una qualche forma di adempimento, o un *facere* predeterminato, potendo benissimo il contratto integrare anche entrambi i comportamenti descritti.

L'attenzione, ormai rivolta alla *vicissitudo obligationis* (327), permetteva al sinallagma di divenire la «pietra angolare di tutte le *conventiones*» (328).

---

(326) Cfr. *supra* nt. 1.

(327) Termine utilizzato dal Connan – e ripreso da Petronio – per dare conto dell'impalpabile differenza che sarebbe esistita fra contratti nominati e non. I primi, obbligatori e direttamente azionabili; i secondi, invece, *valde debiles ante implementum*» (PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 231 nt. 81).

(328) *Ibidem*, p. 235.

La corrispettività, nella transazione, indicava il reciproco sacrificio come la base sulla quale era costruito il nuovo regolamento del rapporto controverso. Non stava, invece, necessariamente a significare che, rispetto alle originarie posizioni contestate, vi fosse per forza un reciproco trasferimento patrimoniale.

Cujas, lucido interprete della *communis opinio*, era stato estremamente chiaro sul punto: sia *datum* che *promissum* si riferivano all’adempimento della controparte, rispetto a colui che rinunciava, mentre il *retentum* andava riferito al rinunciante che, in alternativa ad avere qualcosa, poteva già trattenere una parte della *res de qua transigit* (329).

Non importava nemmeno che le concessioni fossero di eguale valore («nostri disputant, quid et quantum dandum sit: ut plurimi eorum putent non satis esse aliquid minimum dari») o eccessivamente “ponderose”: «ego secus arbitror» – tagliava corto il Connan –, proprio perchè era impossibile mettere veramente in correlazione i vantaggi ottenuti dall’uno con quelli conseguiti dall’altro (330).

Esclusa, dunque, qualsiasi indagine circa il rapporto controverso, la lite non entrava nella transazione, ma era, semmai, l’occasione per transigere.

Le parti, infatti, non dovevano, né ricevevano, 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

---

(329) Cfr. CUJAS, *In L. VI Codicis recitationes solennes*, Ad Tit. XXXI, *De repud. vel abstin. haeredit.*, IX, c. 1188. Sulle modalità interpretative delle fonti orientali e giustinianee da parte del Cujas, e sulla sua fedeltà o meno ai testi – problema che peraltro esula dagli scopi della presente ricerca, orientata alla ricostruzione del pensiero “transattivo” della dottrina moderna, e non invece diretta ad un ricostruzione palinogenetica dei frammenti da Taleleo a Triboniano – cfr. comunque FINO, *L’origine della transactio*, pp. 87-97, spec. p. 95.

(330) «ut in transactione requiratur utique aliquid, vel datum, vel promissum fuisse, aut ipsum sibi retinuisse [...] nam si litem mihi movisti det fundo, et transigamus ut meus sit fundus, et a lite discedatur: hoc ipsum, ut dixi, satis est causae, quod sollicitudinis et litis periculo finem attulisti» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 10, 352B).

dell'accordo, non avrebbero più potuto essere soggette ad alcuna modifica per ammontare o qualità (331).

A tale effetto, una parte non avrebbe potuto chiedere di più di quanto fosse stato transattivamente stabilito; mentre l'altra, dal canto suo, non avrebbe potuto contestare l'intero. Nè sarebbe stato possibile reclamare un onere eccessivo, o, ancora, opporre un pentimento tardivo.

Non interessava, insomma, che i privati concordassero una regolamentazione dei propri interessi che fosse per forza equa. Nemmeno premeva all'ordinamento verificarlo.

In questo la dispositività della transazione divergeva, e diverge, dall'accertamento raggiunto con la sentenza («nam transactio conventio est de parte») (332), anche se entrambe godono poi della medesima efficacia vincolante (333).

L'assenza di una precisa correlazione fra transazione e rapporto preesistente era, ed è ancora oggi, il tratto caratteristico di questo contratto («causa est res de qua lis vel erat, vel metuebatur») (334).

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.

---

(331) «quod datum ex causa transactionis, repeti non potest: quia intelligitur datum ob eam causam, ut a lite recedatur: et ideo de indebito facit debitum» (MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, n. 12, 689).

(332) «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*).

(333) 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. ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.20 *de transactionibus*, l. non minorem, n. 2, 84v da cui il passo riportato).

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

Le reciproche concessioni non si risolvono nella modifica, e nel contestuale accertamento, della situazione giuridica precedentemente in essere fra le parti, poiché, per rendere certa una situazione dubbia e contrastata, non sarebbe sufficiente un'attività volitiva ma, al contrario, un'attività conoscitiva, posta in essere evidentemente da un soggetto diverso rispetto alle parti coinvolte (335).

La transazione, dunque, pur essendo idonea a modificare la situazione preesistente, non ha la precipua funzione di accertarla.

E' forse proprio per questo motivo che tale negozio è sembrato per lungo tempo scomparire – o ridursi a mera causa –, salvo poi riacquisire nuovamente dignità giuridica autonoma nella dottrina del tardo diritto comune e, ancor di più, dell'età moderna, impegnata a dar conto delle numerose eccezioni alla disciplina generale.

---

(335) 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.

Giuffrè Editore

## CAPITOLO II

### LA QUALIFICAZIONE DEL NEGOZIO

SOMMARIO: 1. *Interpretatio duplex* di D. 2.15.2: i negozi costitutivi della transazione tra *mos italicus* e *mos gallicus* – 2. Spunti per l'approfondimento della dicotomia fra *pactum* e/o *stipulatio transactionis* – 2.1. La *stipulatio* come veste "residua" – 3. *Transactionis causa* – 3.1. L'articolazione della transazione fra *pactum* e *contractus innominatus* – 3.2. (Segue) qualche eccezione

1. *Interpretatio duplex di D. 2.15.2: i negozi costitutivi della transazione tra mos italicus e mos gallicus.*

Quando a metà del XVI secolo Jean de Coras ed Etienne Forcadel, in modo provocatorio, affermavano di aver sempre ritenuto la transazione un *contractus nominatus* (1), non solo riaccendevano all'interno della Scuola culta il dibattito sulla *natura* ed *essentia* della fattispecie, ma facevano anche emergere tutta la vischiosità degli antichi percorsi dot-

---

(1) CORAS, *Miscellaneorum iuris civilis*, Lib. I, Cap. XXIII, n. 6, 71; E. FORCADEL, *Necyomantia iurisperiti*, Lugduni 1544<sup>1</sup>, obs. XLVI, dial. 4, 3. Per la medesima opzione ermeneutica pare propendere anche Gotofredo nella sua ricostruzione palinogenetica dei passi del Codex, cfr. per i testi GODEFROY, *Codicis Iustiniani d.n. sacratissimi pp. Aug. Repetitae praelectionis. Libri XII, Quomodo transigitur*, t, 130. Mentre per notizie su Etienne Forcadel (1519-1578), dottore in *utriusque iuris*, allievo di Budé, titolare della cattedra già di Coras a Tolosa nel 1554, dove riuscì a sbaragliare la concorrenza del Cujas, e fatto oggetto di una notevole fortuna letteraria, testimoniata dalle frequenti ristampe delle sue opere, si veda il sempre utile saggio di P. MESNARD, *Un rival heureux de Cujas et de Jean Bodin: Etienne Forcadel*, in *ZSS, RA*, 67 (1950), pp. 440-458, nonché, più di recente, l'omonima voce di G. CAZALIS, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 337-338.



trinali, che messi a confronto con la modernità, si erano dimostrati incapaci di superare appieno l'ordine giuridico medievale (2).

Infatti, se, da un lato, l'intento di dominare la materia con uno sforzo di sintesi aveva in qualche modo scolpito con tratti decisi una fisionomia sino ad allora inedita per l'accordo solutorio della lite, quelle parole sferzanti testimoniavano, dall'altro, anche la persistente difficoltà di "tradurre" le sollecitazioni provenienti dalla "neonata" coscienza storica nella realtà quotidiana.

Riportare l'attenzione sulla questione della qualificazione – recepita da sempre come problematica – sembrava, quindi, un buon punto di avvio per rompere gli schemi tradizionali del *ius civile* in nome di una prospettiva "rivoluzionaria", da cui guardare le relazioni fra gli uomini, certo animate da tensione etica, ma non meno attente ai più prosaici profili economici (3).

---

(2) In controtendenza rispetto alla tradizione italiana, gli esponenti dell'arco transalpino si dedicarono ad un'opera corale di revisione ed aggiornamento di tutti i punti di riferimento, dei valori di fondo e degli stessi criteri interpretativi di un mondo culturalmente e strutturalmente in via di rinnovazione. Sottolinea con particolare vivacità questo ruolo KELLEY, *History, law and the human sciences: medieval and renaissance perspectives*, London 1984, spec. pp. 174-194 e 261-276 e ID., *Foundations of modern historical scholarship*, mentre per il particolare impulso dato alla cultura umanistica dalla monarchia di Francesco I, si veda BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 102, spec. nt. 16.

(3) Nel Cinquecento l'attività puramente commerciale non era più discussa in termini moralmente riprovevoli, essendo, di per sé sola, neutra. Sull'influenza della morale nella disciplina dei mercati e per i decisivi contributi della Seconda Scolastica alla teoria di due tipi di reddito, il profitto e l'interesse, cfr: G. AMBROSETTI, *Diritto privato ed economia*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno (Incontro di studio: Firenze, 16-19 ottobre 1972)*, GROSSI (a cura di), Milano 1973, pp. 23-52; sempre nel medesimo volume, una ricostruzione del rapporto fra uomo e beni (*dominium et usus*) nella filosofia dei maestri spagnoli, spesso profondamente influenzati dalle esperienze francesi, si legge nel saggio del Curatore, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica* (spec. pp. 121-129), mentre «for the relevance of scholastics' treatment of contract law» cfr. 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*, pp. 377-402, ristampato in *Fata Iuris romani*, Leiden 1974, pp. 338-363. Ancora, le profonde implicazioni fra morale e beni sono sviscerate nei loro più reconditi risvolti da V. Piergiovanni (*Courts and Commercial Law at the Beginning of the Modern Age*, in *The Courts and the Development of Commercial Law*,

Si trattava, in quegli anni cruciali (4), di elaborare nuovi passaggi logici, significativi, sia per inquadrare il nostro istituto nel sistema della negozialità bilaterale (5), che per far emergere uno schema transattivo

---

PIERGIOVANNI (a cura di), II, Berlino 1987, pp. 11-22) e, nello stesso volume, da R. Savelli (*Between law and Morals: Interest in the dispute on Exchanges during 16th Century*, pp. 39-102). Con particolare riferimento *at the virtues of the contracts*, cfr. D. FRIEDMANN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford 1997, pp. 219-304 e A. SUPIOT, *The dogmatic foundation of the Market (comments illustrated by some examples from labour law and social security law)*, in *ILJ*, v. 29, n. 4 (2000), pp. 321-345, spec. pp. 300-334, mentre, da ultimo, il ruolo rivestito dalla Seconda Scolastica sulla formazione «of civil and common law contract doctrine», è sottolineato da GORDLEY, *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford 2006. Infine, numerosi spunti di riflessione, si possono ritrarre dal volume *Le matrici del diritto mercantile tra storia e tendenze evolutive*, a cura di S. ROSSI – C.S. STORTI, con particolare riferimento ai saggi di PADOA SCHIOPPA, *Brevi riflessioni sulle fonti del diritto commerciale nella prospettiva storica*, pp. 19-32; di G. PENE VIDARI, *Aspetti iniziali ed editoriali della trattatistica mercantile ed assicurativa*, pp. 115-134 e di U. SANTARELLI, *Causa mutui e causa societatis*, pp. 89-102.

(4) In una “terra di confine”, quale era il Cinquecento, ancora lambita dal passato, ma già proiettata al futuro, la pressione sociale irrompeva nel lessico dottrinale e spostava il centro della riflessione verso questioni, “di minor nome”, ma di estrema attualità. La congiunzione inscindibile fra teoria e pratica – come scrive Grossi (*La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadrivio cinquecentesco*, p. 231) – si evidenziava, dunque, in tutti gli autori, ed il tema della *conventio/contractus/stipulatio* ben si prestava a dare libero sfogo a questo dualismo concettuale come dimostrano, fra i molti, Connan ed Hotman. Scriveva, infatti, Connan: «pactum et conventio perficiuntur quidem consensu, contractus autem rei traditione aut vera, aut quae juris auctoritate pro vera habetur: nec ante contractus dicitur contractus, quam re impleatur [...] Hos enim duos solum contractus novit humanae vitae necessitas» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 2, 326). Dal canto suo, Hotman spiegava, invece, che «ne dixeris hanc esse perfectam propriamque Pacti definitionem, qua seiungitur a Contractu et Contractum esse consensum quo contrahitur obligatio [...] vero ergo differentia est, quod per pactum naturalis contrahitur obligatio, per contractum civilis. Denique contractus est conventio de negotio gerendo iure civili confirmata [...] pactum, conventio de negotio gerendo naturali tantum et praetorio iure comprobata», mentre la divisione fra nominati e non, che egli mantiene, si appunta solo sul rilievo nominale (HOTMAN, *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis, De pactis*, 6 b/c, ma anche ID., *Commentarius de verbis iuris* cit, voce *contractuum*, 604 e voce *stipulatio*, 932). Per qualche spunto bibliografico, cfr. anche ASTUTI, *I principii fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *ASD*, (1957), 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.

(5) «La transazione diventa uno di quei punti anomali dai quali i giuristi so-

autonomo rispetto ad altre ipotesi contrattuali (6).

In generale, e senza affrettare troppo i tempi dell'esposizione, si avvia in età moderna un'operazione preliminare di chiarificazione, in cui centrale era il problema della riorganizzazione del *praedictamentum contractuum* (7), in luogo dell'antico *negotium* romano (8), così come

---

gliono osservare le contraddizioni del vecchio sistema» (D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 120). Sul ruolo "evolutivo" della transazione, vera tavola di Petri delle incongruenze tra dottrina e prassi nella scienza giuridica, dai Basilici al Codice del '42, cfr. FINO, *L'archetipo contrattuale transattivo, passim* e per le fonti C.G.E. HEMBACH, *Basilicorum libri LX*, Lipsia 1833, (rist. digitale, FINO a cura di).

(6) La tipicità della fattispecie era indubbiamente una questione di principale importanza per l'epoca. A tutt'oggi, comunque, il tema appare ancora oggetto di vivaci dispute. Per una valutazione complessiva dei contratti atipici, cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano 1981 e SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino 1984, che sottolinea l'emersione dell'irregolarità come attributo categorizzante (pp. 99-162), da ultimo, in particolare, si veda ID., *Qualche riflessione su causa e irregularitas, in Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale ARISTEC: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995* (a cura di VACCA), Torino 1997, pp. 163-173.

(7) Evidentemente, non ancora letto come «latitudine della libertà del privato» per quanto già identificato quale momento "oggettivamente" fondante delle obbligazioni delle parti. Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, pp. 40-41, cui si riferisce la citazione.

(8) In epoca classica *contractus* indica l'atto lecito che è fonte di obbligazioni secondo il *ius civile*; indica inoltre, secondo il diritto pretorio, l'atto lecito fonte di obbligazione ed il rapporto che ne sorge; infine, è usato da Celso in materia di contratti innominati. Ciò premesso, il termine *contractus* non ha mai designato, in età classica, il patto. Solo in testi classici, in cui è espresso il linguaggio di non giuristi, ed in testi post-classici, il patto è detto contratto. Nel complesso, dunque, il diritto romano classico è ancorato alla più rigorosa tipicità. Diversamente accade in epoca giustiniana, in cui non si smentisce la tipicità, ma diviene in qualche modo più flessibile attraverso il ricorso a due strumenti che diverranno punti nevralgici del dibattito sul contratto anche in epoca medievale, ovvero i contratti innominati e l'*actio praescriptis verbis*. Sul *negotium contractum* romano la bibliografia è sterminata. Per qualche indicazione con maggiore riferimento al nostro tema di indagine e agli anni più recenti, si vedano: B. ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*, 38 (1972), pp. 189 ss.; G. GROSSO, "Contractus" e "synallagma" nei giuristi romani, in *Scritti in onore di Giuliano Bonfante*, I, Brescia 1976, pp. 341 ss., ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, pp. 776 ss.; ID., *La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droits modernes*, in *Le droit romain et sa réception en Europe: Les actes du colloque organisé par la Faculté de droit et d'administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia nazionale dei Lincei*: 8-10 ottobre 1973, H. KUPISZEWSKI - W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), Varsovie 1978, pp. 87-99, con specifico richiamo al saggio di W. WOŁODKIEWICZ, *Contrahere - contractum -*

lo era la precisazione della struttura della *transactio* che, esorbitando dai normali schemi negoziali, offriva seri spunti per l'approfondimento storico della dicotomia fra *pactum* e *stipulatio* (9), e denunciava altresì il tendenziale spostamento dell'asse di interesse dal problema dei *vestimenta* a quello della causa (10).

---

contractus dans le droit romain classique, pp. 295-308. Si vedano, inoltre, senza pretesa di completezza, SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*; MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. «Contrahere» e «pacisci» tra il I e il III secolo. Lezioni*, Napoli 1986; *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*: Milano 7-9 aprile 1987, Milano 1988; M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, 39 (1988), pp. 24 ss.; GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI*, 55, (1989), pp. 123-190; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, spec. pp. 546-582; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*; BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto*, pp. 41 ss., ora in ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, pp. 263 ss.; CANNATA, *Labeone e il contratto*, in *Panorami*, 5 (1993), pp. 109 ss.; J. PARICIO, *Apuntes sobre la formación de las categorías jurídicas: la idea su contrato en Gayo*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana all'esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, pp. 67 ss.

(9) Diverse le opinioni sulla trasformazione della *stipulatio* in età post-classica. A favore di una sua specifica natura obbligatoria, in grado di coagulare la sintesi delle varie cause tipiche, proposte dall'ordinamento romano per i contratti: RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, estratto da *ZSS, RA* (1914), pp. 214-305 e (1922), pp. 262-397, spec. p. 369; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, pp. 21-25; ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, p. 23; *contra* ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Parte generale*, I, Milano 1952; TALAMANCA, «Conventio» e «Stipulatio» nel sistema dei contratti romani in *Le droit romain et sa reception en Europe*, pp. 195-266, spec. pp. 264-266 e, da ultimo M. HEWETT – R. ZIMMERMANN, *Larva Legis Aquiliae: The Mask of the Aquilia Torn Off the Action for Damage Done. A Legal Treatise by Christian Thomasius (1655-1728)*, Oxford 2000.

(10) Gli interrogativi sull'essenza e la definizione del concetto di causa, intesa come “giustificazione generale dell'obbligazione contrattuale”, sono il punto di arrivo della riflessione dottrinale medievale, la quale, gradatamente, sposta il proprio centro di interesse ed indagine dalle singole *causae obligationum* all'essenza del vincolo obbligatorio (cfr. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 21 ss. e PETRONIO, *Synallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 215-247; mentre per una ricognizione sulle tendenze all'ipostatizzazione della causa, in contrapposizione ad atteggiamenti anticausalistici, si veda il recente lavoro di R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova 2008). Sulla costruzione della transazione romana quale schema causale, anziché come contratto autonomo, si legga, invece, GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, pp. 245-257; BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale*, pp. 52 ss. e, infine, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 757. Per un approfondimento tematico, *infra* § 3. Transactionis causa.

Gli atteggiamenti di Forcadel e Coras non hanno, dunque, solo una connotazione polemica, né in questa prospettiva limitante e limitativa devono essere letti, poiché la qualificazione del negozio compositivo proposta dai due discende dall'identificare la *tipicità* come “meritevolezza” agli occhi dell'ordinamento, e come “idoneità” al perseguimento di interessi coincidenti con quelli espressi dal “legislatore”, ancorché al di fuori di una previsione sistematica.

In precedenza – del resto – si era già discusso a lungo sia dell'ampiezza del contenuto della transazione, sia degli effetti che essa potesse produrre, arrivando a negarle dignità contrattuale come regola, e a conferirle una propria natura istituzionale, limitatamente a determinati contesti, quale eccezione (11).

Già dalla fine del Quattrocento matura una certa consapevolezza in ordine alla sua capacità vincolante (12), ma è indubbiamente

---

(11) Già con i Post-accursiani e la loro “letteratura pratica” si erano in qualche modo manifestate aperture alla possibilità che, talvolta, *ex nudo pacto nascitur miraculose actio*: nei fatti, però, ci si limitava a registrarne l'operatività in contesti eccezionali, senza alcun approfondimento ulteriore (si veda per un commento MASSETTO, *Osservazioni in materia di contratti nella Summa totius artis notariae*, pp. 249-327, spec. p. 286. Un atteggiamento consapevole e creativo da parte dei notai è sottolineato anche da BIROCCHI in *Autonomia privata, ordini e mercato*, spec. p. 104 nt. 24). La massima romana della non azionabilità del patto comincia, invece, a mostrare segni di effettivo cedimento nel XIV secolo. Due fattori, in particolare, contribuirono a modificare il diritto delle obbligazioni e le formalità necessarie per la validità dei contratti: alcune dottrine della Chiesa e la pratica dei mercanti. La parola data bastava negli affari del commercio: era la Chiesa stessa a renderla obbligatoria, sanzionandola con idonei strumenti di coercizione (*condictio ex canone, nuntiatio evangelica*). Negli statuti dei mercanti, invece, non si faceva differenza fra *nuda* e *vestita*, ma riflettendosi il carattere economico delle obbligazioni, si dichiarava sufficiente il consenso per crearle. Nel XV sec. si ammetteva, infine, anche l'obbligatorietà del *pactum geminatum*, ovvero il nudo patto reiterato. In realtà, era stata la stessa elaborazione dei patti vestiti ad aver colto *in nuce* le possibilità del proprio superamento: la teoria dei *pacta adiecta* permetteva, infatti, alle parti di incidere soggettivamente sulla determinazione dell'accordo. Per un approfondimento BIROCCHI, *Notazioni sul contratto*, in *QF*, 19 (1990), spec. pp. 640-641.

(12) Come già anticipato, un esplicito riconoscimento della *natura contractus* per la *transactio* si era evidenziato con Bartolo, senza tuttavia che da tale qualificazione – per lo più legata all'attribuzione di un *nomen* – fosse scaturita una rinnovata interpretazione dell'istituto. Più consapevole era stata poi la riflessione di Baldo, ma si era trattato pur sempre di intuizioni, e non di meditata dottrina. Cfr. per i riferimenti ai

appannaggio dei secoli successivi la sua identificazione quale vero e proprio contratto con cui le parti risolvono – in via definitiva (*vim et auctoritatem inviolabilem*) – il conflitto tra loro insorto, evitando il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria (13).

In realtà, quanto al primo aspetto, la transazione può sicuramente qualificarsi come un contratto idoneo a superare qualsiasi tipo di lite – presente o futura – e derivante da qualsiasi tipo di rapporto (14).

---

passi: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, 65r-v ed, inoltre, *Commentaria super Primam Digesti Veteris*, Comm. ad D. 2.14.1.3 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, 85 e BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.28. *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 13, 125. Di sapore più autonomo erano invece state le discussioni di Fulgoso, Maino, Decio ed, infine, Alciato, tutte indistintamente tese a validare la natura contrattualistica dell'istituto. Cfr. RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, n. 1-2, 75; GIASON DEL MAINO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 12.2.2 *de iureiurando*, l. *iusiurandum*, nn. 1-2, 56; FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.3.21 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 1, 165 e ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4 *de transactionibus*, *pactum*, n. 8, 68v.

(13) Per una panoramica, si vedano: per l'area culta, i resoconti riassuntivi di Connan (*Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis*, *Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 7, 350) e Pierre de Grégoire (*Syntagma iuris universi*, *De contractibus anomalis*, Lib. XXVIII, *De fine et rationibus transactionibus*, Cap. 3, nn. 1-2, 179, da cui i passi riportati); per i "pratici" del *mos italicus*, quelli di Mantica (*De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, Lib. XXVI, Tit. I, *Transactio quibus modis accipitur, et quae sint substantialia transactionis*, nn. 11-13, 689); mentre, per la cultura protestante, la dottrina di Vigel (*Commentariorum iuris civilis annus primus*. *De pactis*. *De transactionibus*, 183 e ID., *Digestorum iuris civilis libri quinquaginta*, Basiliae 1584, *De transactionibus*, Cap. V, c. 920 e c. 926). Di segno totalmente opposto è, invece, l'opinione di Hotman che, non solo inseriva la transazione nel *genus* pattizio («inter pactum et transactionem idem uniusque genus est»), ma ascriveva le differenze fra le due *species* alla presistenza di elementi non particolarmente qualificanti ai fini dell'identificazione del tipo negoziale, ovvero: l'incertezza – declinata tanto nella *res*, quanto nella *quantitas* – ; la disposizione emotiva del contraente – libera o *metu causa* vincolata – ; sia, infine, di maggior spessore, l'onerosità o gratuità del rapporto, ad ogni buon conto, comunque, escludendo che la transazione potesse essere un contratto («cavendus est autem error communis, ut dicamus transactionem esse contractum innominatum»). Per tutto HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas*, *De transactionibus*, nn. 2-3, 82 e n. 4, 83.

(14) «vis et natura transactionis est, hic scopus ad quem dirigitur ultimus, ut rebus nostris dubijs certitudinem, litibus finem afferat» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis*, *Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 7,



La sua tipizzazione, infatti, non procede mai dall'oggetto delle singole prestazioni, dedotte *sub specie* di concessioni reciproche, bensì dalla funzione di *remedium dirimendarum litium* affidatale dalle norme (15).

Il problema, come si è avuto modo di vedere trattando dei requisiti essenziali di questa fattispecie, era, però, sempre stato determinato dalla mancanza di una prestazione che potesse dirsi caratteristica, ovvero dall'esecuzione di un *opus* qualsiasi dietro corrispettivo: sembrava infatti sufficiente l'esistenza di un conflitto giuridico, senza alcun ulteriore requisito specificante (16).

Non v'è quindi dubbio che una delle maggiori difficoltà nell'elaborare una sua qualificazione, coerente sotto ogni profilo della sua eccezionale disciplina, fosse sempre discesa dall'interpretazione del ruolo "astratto" della *stipulatio*, proposta dalla compilazione giustiniana – l. *transactum* (17) e *cum aquiliana* (18) – insieme al *nudum*

---

350). E ancora «transactio est remissio litis praesentis, vel impendentis, id est ejus, quae coepit jam per contestationem, vel ejus, quam veremus propter controversiam, quae nobis fieri coepit, vel editione actionis, vel vocatione in jus, vel aliquo modo» (CUJAS, *Codex Iustinianus ... recitationes solemnes*, col. 25D).

(15) «transactio nullo dato vel retento, seu promisso minime procedit» è secondo Connan, un adagio classico, ma ciò che più conta è, invece, che «utrinque vel datur, vel promissum fuisse (intellige stipulatione), aut ipsum sibi retinuisse». Non importa, invece, di che prestazione si tratti, o che rilevanza patrimoniale abbia al di fuori dell'accordo: «tunc enim ista sunt arbitrio iudicis aestimanda, qui pro rerum personarum et conditione quid statuendum sit videbit» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 10, 352).

(16) Si è infatti già avuto modo di vedere come l'incertezza derivasse non tanto dal tenore di una clausola o da altra ambiguità, che a posteriori avrebbe anche potuto portare ad invalidare la transazione, bensì dal modo con cui le parti alimentavano il conflitto. «In primis indubitandum est, de re dubia tantum et lite incerta transactionem factam valere [...] Si igitur evidens appareat calumnia, veluti si lis fingatur, ut fiat transactio, vel ut jam facta confirmetur, quae alias rata non erat, pro nulla ipsa habetur transactio [...] Ex jam dictis consequens est, post rem judicatam, aut jureiurando decisam transactionem factam nullius esse momenti, quia per sententiam et juriurandum lis incerta esse desiit. Huius rei ratio obscura non est, quamvis plerique faterentur, qui de hac re scripserunt, obscuram esse» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, Caput II, *De quibus rebus transigere possimus*, 114).

(17) D. 2.15.2 (Ulp. 74 ad Ed.) *Transactum accipere quis potest non solum si aquiliana stipulatio fuerit subiecta sed et si pactum conventum fuerit factum*. Nel caso prospettato, il convenuto ha stipulato una transazione definendo la lite, per cui



*pactum*, come uno dei due negozi possibili per la sua costituzione, in un'alternativa sempre ricorrente.

Ed è proprio da questa prospettiva che si può prendere avvio per leggere e cercare di comprendere quanto disposto da D. 2.15.5.

## 2. Spunti per l'approfondimento della dicotomia fra *pactum* e/o *stipulatio transactionis*.

Tale costituzione che, come la *l. transactum*, accostava *pactum* e *aquiliana stipulatio* per la creazione della composizione amichevole della lite (19), sembrava, infatti, attribuire alla doppia manifestazione di un valido consenso (20), sia la capacità di rivestire il patto, che quel-

---

l'obbligazione alla penale, che si era impegnato a pagare nel caso in cui non si fosse presentato in udienza, non ha più motivo di essere mantenuta in vita. Scriveva, a tal proposito, Duaren: «deinde non tantum stipulatione, sed etiam pacto convento sine stipulatione fieri potest transactio [...] Aliquando stipulatione Aquiliana, pacto convento subjecta, illius confirmandi causa, fit transactio» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 116-117).

(18) Per dubbi sulla genuinità del passo cfr. *infra* nt. 20.

(19) Ancora un passo che declina l'equivalenza fra *pactum* e *stipulatio* quali strutture alternative del *transigere*, come spiega senza esitazione Fulgoso: «Transactio potest fieri pacto simplici, et per aquilianam stipulationem atque acceptilationem interpositas, h(oc) intendit» (*In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.15.2, *de transactionibus*, l. *transactum*, n. 1, 99). Conforme la dottrina maggioritaria. A titolo esemplificativo si vedano: «Transactio fit duobus modis, vel per pactum simplex, vel per Aquilianam stipulationem et acceptilationem» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.2 *de transactionibus*, l. *transactum*, n. 1, 176); «Transactum accipere quis potest, non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subsecuta, etiam si pactum conventum fuerit factum [...] sic etiam sine stipulatione confecta transactio, transactio est [...] et hic transactionis contractus similis iij quos innominatos appellamus, do ut des, vel facias» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 9, 351-352) o, ancora, «fit transactio duobus modis [...] Transactum accipere quis potest, non solum si aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed etsi pactum conventum fuerit factum» (ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, *Dial.* I, 29).

(20) Sulla totale alterazione del passo si è espressa PETERLONGO, *La transazione*, p. 25; già prima, RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, II, pp. 284-285.

la di ricondurre gli effetti della *verborum obligatio* alla volontà delle parti (21), tutelando la transazione con un'azione nominata che, altrimenti, le sarebbe stata inibita.

Ora, benché le opinioni dottrinali non fossero pienamente concordi sul ruolo rivestito dalla dichiarazione di volontà nella *stipulatio*, appariva comunque chiara l'importanza della disposizione citata, e la sua influenza sulla nostra fattispecie.

Una prosa asciutta, ed eccessivamente concisa, ancora una volta poneva a carico del giurista l'onere di sviscerare il "tenore testuale" dell'espressione, non tanto nella sua genuinità, quanto, piuttosto, relativamente all'impatto che il riferimento all'essenza volitiva poteva produrre sulla teoria dei *vestimenta pactorum* (22).

Non si trattava, infatti, di risolvere una disputa puramente lessicale sulla base dei segnali morfologici di cui la parola era fornita (*trans* unito con *l'agere*), poiché la possibilità di variare l'impalcatura istituzionale dell'accordo – in un contesto culturale in cui le problematiche strutturali apparivano intimamente connesse con quelle formali – finiva per incidere profondamente sulla *suitas* dello stesso.

A ciò si aggiunga, che l'angolatura casistica della scienza giuridica più risalente non aveva nemmeno pienamente avvertito il pericolo che poteva comportare il reinserimento della dogmatica del patto, proprio nel momento in cui si cercava affannosamente di ar-

---

(21) Definizione, ruolo ed effetti della *stipulatio*, sono chiaramente descritti dal Costa nella propria *Praxis conventionalis*. Quest'ultimo, infatti, richiamando a propria volta il Bolognetti, spiegava come la *stipulatio* fosse sì basata sulla formalità verbale della domanda e della risposta (*recte denominatur ab interrogatione*), ma non mancava poi di sottolineare la necessità di una *causa efficiens* considerata, al tempo suo, più forte (*dignior ac potentior*) *ipsius promissionis*. Se, infatti, era vero che, in assenza di consenso, mancava il contratto, era pure vero che: «in hoc obligationis genere consensus non attenditur, nisi sit verbis vestitus» (GIO. B. COSTA, *Praxis conventionalis pars prima De stipulationibus*, Mediolani 1615, Pars I, nn. 197-199, 18). Per Giovanni Battista Costa (? - 1615), giurista, professore di civile e canonico presso l'Ateneo pavese e autore di numerosi trattati, si veda la voce di A. BASSANI per il *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani* cds, e l'ampia bibliografia ivi citata.

(22) PETRONIO, *Stipulazione e documentazione dei contratti in età comunale*, p. 59.

gomentare altrimenti in ordine all'efficacia di fattispecie convenzionali atipiche (23).

Né un vero e proprio discrimine era stato segnato dalla “degenerazione” della *stipulatio* (24), che, scolorita negli elementi formali, per

---

(23) La crisi dei *vestimenta pactorum* ed il problema della natura *contractus* sono temi vivacemente dibattuti nel Cinquecento, ma le radici di questa crisi affondano nella dottrina del secolo precedente, che nel tentativo di esporre in modo articolato la disciplina dell'azionabilità o meno dei semplici accordi, fra cui si annovera per lungo tempo anche la *transactio*, aveva evidenziato sforzi meritori per superare, o quantomeno tentare di aggirare – a seconda delle maggiore o minore influenza del *mos italicus* – il principio *ex pacto non oritur actio*, ben prima del giusnaturalistico trionfo della volontà. Cfr. a titolo esemplificativo la sconfortata riflessione di Budè: «inde illae cantatissimae controversiae de dividuo et individuo, de suitate, de pacto nudo, necdum tot voluminum textura vestito, et aliae huiuscemodi sinuosissimae quaestiones, in quibus tanquam apud Sirenios scopulos consenescere claris atque grandibus ingeniiu necesse est» (G. BUDÉ, *Annotationes Gulielmi Budaei Parisiensis in XXIII pandectarum libros*, Lugduni 1551, *ex lege I, De iustitia et iure*, (D. 1.1.1), 34). Per un approfondito studio dell'ambivalente atteggiamento di Budè nei confronti dell'antico diritto romano che egli ebbe il privilegio (*the rare honor*) di “toccare con mano” durante il suo viaggio in Italia, in occasione del quale prese diretto contatto con le fonti manoscritte, cfr. KELLEY, *Foundations of modern historical scholarship*, pp. 53-85; mentre sulla figura del grande giurista borgognone (1468-1540) un resoconto bibliografico aggiornato si può leggere tanto in BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 12-14; 23-41 che nelle voci, redatte da P. NAGEL per *JBL*, pp. 109-110; J.L. DE LOS MOZOS, per *JU*, II, pp. 97-100 e da J. KRINEN, per il *Dict. H.J.Fr.*, pp. 142-143. Infine una panoramica della storiografia sino agli anni '90 in materia di *vestimenta* si legge nelle pagine introduttive di BIROCCHI, in *Saggi sulla formazione storica*, pp. 9-29, che fanno un esplicito richiamo critico al lavoro di K.P. Nanz (*Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs in 16. bis 18. Jahrhundert*) e di R. Feenstra – M. Ahsmann (*Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer, 1980, pp. 99-190). Utile anche il confronto *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, pp. 99-190 e *Autonomia privata, ordini e mercato*, pp. 95-136, sempre di Birocchi. Più di recente si segnalano: COSTANZA, *Il contratto atipico*, pp. 9-24; SANTARELLI, *La categoria dei contratti*, pp. 163-205 e VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 107, 132, 147 e 347 ss.

(24) Vi è chi ha parlato di “degenerazione” del fenomeno. Anzi è sotto questo particolare aspetto che è stata più spesso riguardata dagli storici del diritto. Per qualche riferimento al polemico dibattito sull'attenuazione o la perdita del formalismo nell'*obligatio verbis*, cfr. fra gli altri G. Ferrari dalle Spade (*La degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio e la clausola cum stipulatione subnixa*, estratto da *Atti del Reale istituto veneto di scienze, lettere ed arti*, 69, 2 (1909-1910), pp. 744-796) e, a seguire, J.C. van Oven (*La stipulation a-t-elle dégénéré?* in *TR*, 26 (1958), pp. 409-436), da cui è tratta la citazione. Più di recente ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 546-549. In questa sede, ci sia consentito, tuttavia, effettuare una semplificazione della

attestarsi sull'imprescindibile espressione di un valido consenso e sulla presenza di una causa idonea, aveva solo contribuito ad intorbidire ulteriormente il discorso dottrinale.

L'ambito entro il quale si muoveva la maggior parte dei giuristi, alla fine del Quattrocento (25), era insomma ancora quello tracciato a suo tempo dalla glossa, la quale, dal canto suo, sembrava aver enumerato in via definitiva i possibili *vestimenta* del patto – *nudum sui natura* (26) – e

complessa problematica insita in questa struttura negoziale, qui esaminata limitatamente alle finalità che sono proprie di questo lavoro, ovvero, solo in relazione ad una migliore comprensione del suo utilizzo nell'ambito del fenomeno transattivo.

(25) Già con Bartolo e, meglio ancora, con Baldo, si era segnalata una certa incrinatura del binomio forma-natura, sino ad allora consolidato fra i *doctores iuris*. Il primo, aveva infatti ribadito che la *stipulatio* apposta ad un contratto, non ne modificasse la natura: «quando stipulatio interponitur super aliquo contractu, intelligi(tur) s(ecundu)m naturam illius c(ontract)us super quo interponitur [...] hoc modo stipulatio interposita super isto contractu in(nomi)nato assumit natura(m) ipsius» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super primam Codicis*, Comm. ad C. 2.4.6 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 6, 60). Il secondo, invece, aveva sottolineato come il *vestmentum* non fosse che un elemento ulteriore ma, in definitiva, estraneo (BALDO DEGLI UBALDI, *Tractatus de pactis*, in *TUI*, VI, Pars I, n. 27, 4). Il medesimo brano di Baldo è citato anche da BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi*, pp. 120-121, spec. nt. 97. Se, però, dalla fine del Trecento in poi, il nodo centrale era stato costituito dalla qualificazione della transazione come patto, con la fine del secolo successivo, giuristi come Giasone del Maino e Filippo Decio, arriveranno a porre in discussione gli stessi criteri alla base della distinzione fra contratti nominati e non, dal momento che l'identificazione del patto nudo con quest'ultimi avrebbe finito per vanificare i risultati raggiunti in materia di vincolatività contrattuale. L'intera dottrina può leggersi nel commento alla legge *iurisgentium*. In queste pagine Giasone, con estrema lucidità, ammonisce il lettore sui pericoli insiti nell'avvicinamento del patto al contratto, poiché la differenza è tenue, ed i confini incerti. Infatti: «contractus innominatus stat in nomine simplicis conventionis: et sic in sua nuditate: et immo non producit actionem, nisi sequatur implementum causae», mentre «contractus nominati saltem habent vestimentum nominis». Esistono, così, contratti *iurisgentium nominati*, che sono azionabili sulla base della stipulazione consensuale della convenzione; altri, invece, *iuris civilis nominati* che, al contrario, non sono vincolanti, laddove con questo termine si intenda riferirsi alla loro azionabilità in giudizio, poiché «nec solum nominatio iuris civilis est sufficiens vestimentum». Per tutto, cfr. GIASONE DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.7 *de pactis*, l. *iurisgentium*, 146v-147 e § *sed cum nulla*, n. 27, 148.

(26) «cum velit probare quod nudum pactum hoc faciat quare de eo non posuit exemplum, scilicet de vestito coharentia contractus: sed dic hoc esse nudum sui natura: sed cum nascitur vestimenta sibi prima sunt que assumit. Et nota quod pactum sex modis vestitur: re, ut mutuo et similibus [...] item verbis [...] item litteris [...] item consensus [...] item coharentia contractus [...] item rei interventu, ut in contrac-

costruito la nozione di transazione su questa base (27): continuando, cioè, a leggerla esclusivamente attraverso le sue due fondamentali strutture costitutive (28).

Ma nel Cinquecento quale poteva ancora essere il valore di una simile dicotomia formale? Quali potevano essere gli effetti della progressiva svalutazione delle solenni forme orali (29), a favore di altri

---

tibus innominatis [...] Possunt addi duo modi [...] item legis auxilio [...] item iureiurando» (ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *quinimmo*, D. 2.14.7.5 *de pactis*, l. *iurisgentium*, § *quin immo*, 38a). Tale dottrina, riportata sino al Commento, rimaneva, infatti e, nonostante le voci di dissenso, un punto fermo, come ricorda Cino: «videamus primo quid est vestitum. Breviter dixerunt antiqui, quod vestitum pactum est illud quod vestitur altero de octo vel novem modis, et octo ponuntur in gl. in l. iurisgentium § *quinimmo*, ff. *de pactis*. Et additur nonus, scilicet iureiurando [...] Ista non placuit Azo dixit qui quod tamen sex modis vestitur pactum, scilicet re, verbis, literis, consensu, rei interventu, coherentia contractus, sed aliis trib(us) modis non vestitur [...] Dixit Martinus nudum est pactum, inefficax ad agendum et hoc videtur glos. *Probare l. § sed cum nulla*» (CINO DA PISTOIA, *In Codicem ... Commentaria*, Comm. ad C. 2.3.10 *de pactis*, l. *legem*, nn. 3-4 e 7, 50v-51). Sul concetto di nudità del patto ancora SANTARELLI, *La categoria dei contratti*, pp. 195-196.

(27) ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *quinimmo*, ad D. 2.14.7.5 *de pactis*, l. *iurisgentium*, 38a. Pur avendone la natura, infatti, il patto non rientrava nella categoria dei contratti consensuali, non essendo accompagnato dalle formalità della *stipulatio* o da altri *adminicula*, così da poter essere considerato *legitima conventio*. Cfr. sul punto ancora il suggestivo lavoro di M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi in Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, pp. 87-169, spec. p. 88.

(28) «Gli effetti che derivano da questa costruzione sono notevoli: il contratto è infatti tutelabile processualmente non già con l'azione che da esso originerebbe, ovvero l'*actio praescriptis verbis*, ma con quella cui dà vita la *stipulatio*, vale a dire l'*actio ex stipulatu* ... e questo perché *ex ea stipulatione pactum incontinenti vestitur, et actio datur*». Così accade anche alla transazione che, «normalmente patto nudo, *non parit actionem*, ma riceve tutela processuale se rivestita dalla *stipulatio*» (MASSETTO, *Osservazioni in materia di contratti*, pp. 249-327, spec. p. 256, da cui la citazione). Per uno sguardo alle fonti, cfr. ancora il "problematico" Jean de Coras, che traccia un lucido e disincantato affresco della questione (*Miscellaneorum iuris civilis*, Lib. I, Cap. XXV, nn.1-9, 77-79).

(29) Una complessa ricostruzione dell'antica *obligatio verbis* voluta da Aquilio Gallo, si legge in ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, *Quibus modis fit transactio*, 30. Quadri più ricchi, forse, ma non sostanzialmente diversi, anche in MOLINA (*De Iustitia et iure*, Madrid 1614, Tract. II, disp. 255, nn. 4 ss., 9) e MANTICA (*De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, T. II, Lib. XXIV, Tit. II, *Quibus modis nuda conventiones vestiantur*, n. 10, 637).

meccanismi certificanti e fidefacenti (30) sulla costruzione di una categoria contrattuale della transazione?

In altre parole: «qualisnam contractus est transactio» (31)?

Una soluzione di compromesso era stata proposta dal milanese Andrea Alciato: «si stipulatio accesserit, dubium non est, esse nominatum, ideoque actionem ex stipulatu dari» (32).

Ma se il riferimento alla *stipulatio* poteva ancora avere il sapore dell'omaggio imposto dal clima culturale ed una certa pedissequa ripetitività rispetto all'età medievale, nei fatti, si trattava di una dottrina che rispondeva ad esigenze più concrete, nello sforzo della determinazione di una nuova concezione di contratto.

Paradossalmente, e nell'apparente rispetto della tradizione, le parole di Alciato avevano, infatti, demolito un intero arsenale di formule giuridiche, accostando la transazione alla *stipulatio* solo – e nei limiti – della sua ricaduta processuale (33).

---

(30) Un approfondimento critico della l. *contractus, de fide instrumentorum* (C. 4.21.17), sede privilegiata di molti dibattiti in merito al rapporto forma-contratto è offerta da PETRONIO, *Stipulazione e documentazione dei contratti in età comunale*, pp. 60-74. Sul punto anche GROSSI, *Sulla "natura" del contratto*, pp. 593-619, ed il classico, ma più datato, ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale*, spec. pp. 986-991.

(31) «cum transactio semper contractus innominati species sit cum ultro citroque obligationem inhueat, iurisque vinculo cum alliget, qui solum de facto forte inquietabatur et ideo proprie contractus est, improprie vero ratione solius iudicii distractus est: immo quandoque transactio solius obligationis, nam autem liberationis causa» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.39 *de transactionibus*, l. *quamvis*, n. 4, 93). Si trattava, comunque, di un interrogativo frequente, perché coinvolgeva tutto il complesso discorso su patti e contratti, oltre che la loro relazione fra genere e specie, per tutto cfr. CUJAS, *Codex Iustinianus ... recitationes solemnes, Commentaria in Tit III. de pactis, Lib. II Codicis*, col. 25 C («quid enim est transactio? Pactum, quos fit inter duos pluresve, negotii, vel litis decidendae causa») e col. 26 C («transactio tamen nuda voluntate perficitur: duo igitur sunt remissionum genera, donatio, et transactio»).

(32) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4 *de transactionibus, Rubrica*, n. 6, 68v.

(33) «firmissima regula est ex pacto nudo actionem non dari, sed solum ex praetoris edicto exceptionem competere [...] Sed etiam servabo pacta, inquit praetor: et tamen nulla actio ex eis oritur [...] Cogitavi itaque saepius quaemadmodum argumento huic intercederem: in primisque eo adiuvari videbamur, quoniam ratio cur ex pacto iure civili actio non nasebatur, ea tradita est, quod improvide huiusmodi pro-



In nome di una generalizzata tendenza, che avvertiva la crisi delle antiche strutture (34), senza tuttavia sapersene ancora staccare, l'allievo del Maino aveva insomma dimostrato come, per cogliere l'emersione di nuove ipotesi interpretative, occorresse andare a verificare gli esiti della pressione esercitata sulla regola *ex nudo pacto obligatio non oritur*, mai perenta, ma da lungo tempo erosa.

Ora, poiché ampi studi in materia esentano dall'espore le linee generali della questione (35), si può quantomeno tentare di illustrare in quali termini il problema venisse posto ed affrontato in relazione al nostro istituto, al fine di legittimarne un diverso regime, in un'ottica il più possibile risolutiva.

Cerchiamo, dunque, di ricostruire, almeno per sommi capi, i passaggi logici di tutto questo complesso argomentare.

L'equazione dottrinale – le cui basi, peraltro, erano già state poste nel XV secolo – si era sviluppata entro una dinamica comunicazione fra teorica e pratica, che aveva consentito di studiare categorie civilistiche più vaste – qualificare la transazione come contratto, impli-

---

missio facta praesumitur [...] de qua causa cum animum obligandi adfuisse non credatur, qui promisso non steterit, non ideo peccat», quindi l'unica ammissione per il foro civile si aveva nel caso di danno inferto «et tunc etiam iure civili ex pactione agi potest» (ALCIATO, *Commentaria et Tractatus*, Tomi VI, *Pars unica, Paradoxorum*, Lib. V, Cap. III, spec. n. 2, 41).

(34) Che l'atteggiamento di Alciato fosse oggetto di una riflessione condivisa nella dottrina culta, lo testimoniano le parole di Duaren (*Tractatus de pactis*, in *TUI*, VI, Pars I, n. 1, 15v), laddove spiegava che se «accesserit stipulatio, vel traditio, aliave iusta causa» l'azione poteva essere data anche ai patti; così come quelle di Cujas (*Appendix, Notas in Digesta seu Pandectas*, in *Opera omnia*, Lutetiae Parisiorum 1658, (C. 2.3.7, 323).

(35) Sul complesso problema dell'azionabilità dei patti nudi, la letteratura è vastissima. Si rammentano, solo per gli anni più recenti, e senza pretesa di completezza: PETRONIO, *Spunti su consenso e contratto*, pp. 203-225; BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi*, e nello stesso volume ID., *La Questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, pp. 139-195; ID., *Causa e categoria*, pp. 48-51; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 508-511 e 549-553; VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 48 ss.; M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano 2000, pp. 29-59 ed, infine, con riferimento alla prassi notarile, in particolare al *Tractatus notularum* di Rolandino e all'*Apparatus notularum* del suo allievo, Pietro da Anzola, MASSETTO, in *Osservazioni in materia di contratti*, pp. 284-286 e BIROCCHI, *Autonomia privata, ordini e mercato*, pp. 102-113.



cava ovviamente anche una definizione accurata di quest'ultimo – giustificandole con analisi diretta, ampiezza di orizzonti, ma, soprattutto, fiducia in un approfondimento dottrinale fatto di impegno di singole personalità e insieme di solidarietà quasi “corporativa”.

Senza voler eccessivamente generalizzare, erano state infatti proprio le significative riflessioni di *doctores* come Caccialupi (36), di Giason del Maino e, prima ancora, dei “due Raffaeli” (37) a svuotare di

---

(36) Nella prima trattazione specialistica in materia di *pacta* – se si esclude la controversa attribuzione della monografia *de pactis* a Baldo – Giovan Battista Caccialupi ripercorre, in tema di *vestimenta*, tutti gli antichi adagi, spiegando dettagliatamente all'ignaro lettore le ragioni *quod sic et quod non* dell'azionabilità in giudizio degli accordi di privata autonomia. Infatti: «actionem producunt pacta vestita, exceptionem tamen producunt quae nuda sunt [...] ratio est secundum Bald. hic quia in pactis nudis versatur factum nudum, et sine solemnitate iuris, et ideo ius, ut civilis obligatio et actio quae oriuntur ex concursu solemnitatum non nascuntur; naturalis autem obligatio nascitur, et inde exceptio quae sola nititur aequitate [...] et est ratio quia naturalis obligatio pendet a facto et consensu, civilis autem a iuris solemnitate: non oritur nisi solemniter, ergo cessante solemnitate iuris eiusdem iuris remedium cessat [...] et civilis oritur etiam quando lex assistit et approbat pactum, quia subsit causa» (GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de pactis*, in *TUI*, VI, Pars I, n. 2, 9v).

(37) Raffaele Fulgosio (1367-1427) piacentino d'origine, si laureò in diritto civile nel 1387 ed in diritto canonico nell'89, in entrambi i casi presentato dal Castiglione. Come per quest'ultimo, vi sono discrepanze sull'identificazione dell'ateneo ove queste insegne accademiche furono conseguite, trattandosi di quello patavino per G. Bukowska Gorgoni (voce *Fulgosio (Forgosio, de Fulgosiis) Raffaele*, in *DBI*, 50, Roma 1998, pp. 699-702) e di quello pavese per Petronio (*Venezia, Ancona e l'Adriatico in un consiglio di Raffaele Fulgosio e Raffaele Raimondi da Como*, in *Scritti in onore di Dante Gaeta*, Milano 1984, p. 540). La sua carriera universitaria fu rapida, ma, indubbiamente, l'avvenimento di maggior rilievo della sua vita professionale fu la partecipazione al Concilio di Costanza tra il 1414 ed il 1415 cui fu convocato insieme a Pietro d'Ancarano, Simone da Perugia e Ardicino da Novara (W. BRANDMÜLLER, *Das Konzil von Konstanz*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1991, p. 194). Circa la valutazione complessiva del suo impegno è oggi indiscutibile il suo ruolo di precursore dell'Umanesimo giuridico (A. MAZZACANE, *Lo Stato e il dominio nei giuristi veneti durante il “secolo della terraferma”* in *Storia della cultura veneta. Dal primo Quattrocento al Concilio di Trento*, Vicenza 1984, pp. 577-650). Di difficile compilazione è, invece, l'elenco delle sue opere, in quanto parte della sua produzione viene spesso confusa ed assimilata a quella dell'amico Raimondi. Raffaele Raimondi, professore a Pavia fin dal 1399, chiamato a Padova nel 1411 e nel 1426 a Venezia insieme al Fulgosio, morì l'anno successivo come pure l'illustre Collega. Più noto, in realtà, come *cumanus* – perché nato in Como – era più giovane del Fulgosio di una decina d'anni e non di venti come è stato spesso riferito. Per dettagli ulteriori sul Raimondi si vedano: V.

ogni residuo significato la contrapposizione *pactum e/o stipulatio transactionis*, normalmente posta in un rapporto di complementarità, riempiendola di eccezioni (38).

Ma si trattava, per ora, di un mutamento quantitativo, all'interno di schemi inalterati che, solo tempo dopo, Andrea Alciato, vero *trait d'union* fra due mondi culturali, avrà definitivamente occasione di consegnare alla riflessione scientifica cinquecentesca (39).

Da qui a negare ogni afflato di novità, occorre tuttavia cautela.

Entro la precocità del ragionamento, e l'indipendenza di quei giuristi tardo quattrocenteschi, si era precocemente manifestata una profonda interconnessione fra esigenze giuridiche e contesto sociale, che poteva già testimoniare la finezza di costruzione di una dottrina, non sempre coerente, ma non per questo meno valida.

Alla base della continua e preoccupata ricerca dell'ortodossia, si

---

LAZZARINI, *Il mausoleo di Raffaello Fulgosio nella basilica del santo*, Venezia 1923, pp. 147-156; R. TRIFONE, "Roma communis patria" nel pensiero dei giuristi dell'età intermedia, in *RSDI*, IX (1936), pp. 359-362; M. BELLOMO, *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle università medievali*, I, le "Quaestiones disputatae", Reggio Calabria 1974, p. 142; DI RENZO VILLATA, *Scienza giuridica*, pp. 69-70; PETRONIO, *Venezia, Ancona e l'Adriatico in un consiglio di Raffaele Fulgosio e Raffaele Raimondi*, pp. 523-557; BELLONI, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV. Profili bio-bibliografici*, pp. 311-313 e da ultimo, DI RENZO VILLATA-MASSETTO, *Facoltà Legale: Diritto Civile (1361-1535)*, testo corrispondente alle nt. 104 e ss. e 123 e ss. del manoscritto.

(38) Ancora una volta Caccialupi. La stesura del passo è in apparenza tutta incentrata sul problema della differenza fra *pactum* e *stipulatio* a motivo della «rudis et informis» sostanza del consenso nel primo, che diviene invece «verbis sollemnibus declaratus», nella seconda, ma chi scrive è ben cosciente che il *pactum*, in età moderna, copra una realtà molto più estesa di quanto il termine nella tradizione interpretativa più risalente non indicasse. Vi è, dunque, una palese oscillazione nell'opera che mostra la natura anfibologica dell'antico istituto romano dell'*obligatio verbis*. Cfr. per le fonti GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de pactis*, in *TUI*, VI, Pars I, nn. 1-3, 8.

(39) I civilisti del XV sec. che non avallarono erronee interpretazioni del diritto romano, pur non accettando il principio canonico volto a sanzionare l'obbligatorietà del patto nudo, regolarono le obbligazioni non più sulla base del rigido formalismo precedente, ma finirono per estendere a tutti i contratti di buona fede la garanzia di azioni ed eccezioni (G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino 1930, spec. *Natura e forma dei contratti*, pp. 572-575). Per il pesante ridimensionamento dell'intera problematica nella prospettiva comparatistica cfr. BIROCCHI, *Autonomia privata, ordini e mercato*, pp. 96 ntt. 2-3.

evidenziava, infatti, la convinzione che la transazione non si esaurisse più nel patto (40): non solo per l'onerosità della prima contrapposta alla gratuità del secondo, ma anche per la reciprocità degli impegni assunti e l'azionabilità degli obblighi derivanti.

Quale dunque potesse essere il ruolo residuo della *stipulatio* (41) e quali le ricadute a livello sostanziale del suo utilizzo (42), era, quindi, una storia ancora tutta da scrivere.

Vediamo come.

---

(40) «iurisconsultus vult hic facere differentiam proprie inter transactionem et pactum: in transactione exigit hic unum expressum, alterum tacite: expressum est, ut fiat de re dubia et lite incerta: tacita excipit, scilicet quod non fit gratuita, sed aliquo dato vel retento vel promisso [...] Pactum ergo erat quandocumque alterum istorum defecerit, vel quia fiat de re certa et indubitata, etiam si non fiat gratis: rursus si deficiat, quia fiat liberalitatem, quamvis res sit dubitata, adhuc dicitur pactum» (RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.15.1, *de transactionibus*, l. *qui transigit*, n. 2, 99).

(41) Le trasformazioni subite dalla *stipulatio* (la principale sarebbe la ricerca del sostrato causale, su cui J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Wien 1970, pp. 12 ss. e STURM, *Stipulatio Aquiliana*) sarebbero il cardine dell'evoluzione del concetto di *conventio*. In quest'ottica glossatori e commentatori non avrebbero compreso che le eccezioni via via più numerose introdotte all'impianto tradizionale, configuravano un sistema radicalmente nuovo. Ma anche la dottrina successiva, almeno a certe latitudini, sembra rimanere ancorata alle antiche impalcature introdotte *ex lege*. Per qualche riferimento alle fonti, si vedano Costa (*Praxis conventionalis*, Pars I, n. 266, 25) che, in proposito, scriveva: «Manet itaque constituta clara conclusio, quod stipulatio sine "formali" expressione verborum, est adeo nulla, ut ne quidem naturalem producat obligationem» ed il Moccia che, parimenti, affermava: «licet in hoc contractu verborum consensus requiratur [...] tamen dicitur contractus verborum propter praedictam solemnitatem principaliter in eo requisitam [...] verba non solum requiruntur, sed requiruntur apta et congrua ad contrahendum» (*Tractatus de contractibus*, *De Verbis*, nn.2, 4-5, 56v).

(42) Per il valore e l'efficacia della documentazione posteriore al contratto, con particolare riferimento al dissenso interpretativo nato sulla disposizione di C. 4.21.17 (*de fide instrumentorum*, l. *contractus*), si veda ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale*, pp. 969 ss. e, per una disamina più recente, PETRONIO, *Stipulazione e documentazione dei contratti in età comunale*, pp. 61 ss. e BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 67-80, spec. sul problema del *vestmentum*, pp. 76-80.

## 2.1. *La stipulatio come veste "residua".*

Di regola, le trattazioni dei *vestimenta* avrebbero dovuto escludere il problema della contrapposizione *pactum (nudum)/stipulatio [...] transactionis*, poiché quest'ultima non poteva essere considerata una veste in senso proprio (43).

Siffatta contrapposizione, netta nella teoria, nella prassi si rivelava, però, molto più fluida ed all'origine dell'attribuzione al patto della capacità di modellare la stipulazione, e non, piuttosto, il contrario (44).

L'analisi più stringente dell'antica struttura formulare condotta agli esordi del Quattrocento da Raffaele Raimondi (45) aveva già iden-

---

(43) Circa la funzione primaria della *stipulatio* quale veste del patto, affermazioni concordi si leggono tanto nella dottrina pratica italiana, che negli ambienti culti. Cfr. per tutti, MOCCIA, *Tractatus de contractibus, De stipulatione*, n. 3, 57; COSTA, *Praxis conventionalis*, Pars I, n. 240, 22 e DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Liv. IV ad Edictum*, 104 e 111. Il problema della *stipulatio*, in tempi ormai non più recentissimi, ha fortemente impegnato anche gli storici del diritto, per qualche accenno bibliografico si rimanda ai lavori di F. Calasso (*Il negozio giuridico*, pp. 173 ss. e *La convenientia*, pp. 50-51) e di Astuti (*La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina di diritto comune*, Modena 1945, già edito nel volume *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*, copie distrutte a causa di guerra, come indicato nella postilla iniziale, ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, pp. 969-1006 e ID., *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano 1952, Cap. II, pp. 85-132). Per interventi più recenti, si vedano CORTESE, *La norma giuridica*, spec. pp. 199-212; PETRONIO, *Stipulazione e documentazione dei contratti in età comunale*, pp. 55-77; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 67-94; ID., *Tra tradizione e nuova prassi*, pp. 129-143.

(44) Cfr. COSTA, *Praxis conventionalis*, Pars I, n. 244, 22; MOLINA, *De Iustitia et iure, De contractibus*, Tract. II, disp. 255, nn. 4 ss., 9; MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, T. II, Lib. XXIV, Tit. II, *Quibus modis nuda conventiones vestiantur*, n. 10, 637.

(45) Almeno a parere del Maino, prima («ex hoc texto Raphaelis Cumanus qui est de forma stipulationis adhuc melius cognoscens, diffinitio est optima et perfecta») e, più di un secolo dopo, di Duaren («non immerito Cumanus censuit»). Si trattava, infatti, di uno studio tutt'altro che improvvisato e che, pur con evidenti segni di contaminazione, dimostrava una solida esegesi delle fonti romane ed un interesse, oltre che un gusto, per la ricerca filologica, in grande anticipo sulla dottrina umanistica. Per la difficile ed autonoma valutazione del lavoro del Raimondi, spesso "confuso" con quello del maestro, e collega, Raffaele Fulgosio, cfr. PETRONIO, *Venezia, Ancona e*

tificato la *stipulatio* quale *species* della più generale categoria dell'*obligatio*, rispetto agli altri *genera contractuum*, e, cogliendone il processo di disgregazione, ne aveva anche corretta la raffigurazione – tipica bolognese – di modello ideale di *verborum obligatio* (46).

Accanto ad essa, si potevano, infatti, individuare anche altre figure che ripetevano la loro validità sostanziale dalla funzione economico sociale svolta, e cioè dal profilo causale, rispetto a quello formale, che è invece l'elemento caratteristico della *verborum obligatio*. *Consensu contractae*, tali figure ponevano nella *conventio* il loro momento strutturale (47); il *pactum*, rispetto a questo panorama, rimaneva estraneo (48).

Nella ricostruzione del Cumano, che indubbiamente segnava un punto di distacco rispetto al carattere scolastico dell'opera in cui era contenuta (*tamen hodie corrigitur*) (49), la *stipulatio* non poteva più,

---

*l'Adriatico in un consiglio di Raffaele Fulgosio e Raffaele Raimondi*, pp. 523-557. Sotto-linea, invece, il loro ruolo di "modernisti" J. Berriat-Saint-Prix (*Histoire du droit romain*, spec. p. 314) che li inserisce, entrambi, nel paragrafo dedicato ai *cujaciens*. Per la citazione da Giasone e da Duaren, cfr. GIASON DEL MAINO, *In Secundam Partem Digesti Novi Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.5.1 *de verborum obligationibus*, l. *stipulatio-num*, § *stipulatio*, 29v e DUAREN, *Opera omnia*, Vol. III, *De verborum obligationibus*, Caput I, *Quid sit stipulatio*, 156 e Cap. II, *De fine stipulationis*, 157.

(46) Il valore delle riflessioni del Cumano in materia di *stipulatio* è ribadito con vigore anche dal friulano Francesco Mantica che, nel tentativo di ridurre la problematica della causa nell'*obligatio verbis* entro i termini logici, formalistici e lessicali della distinzione scolastica, ancora tipica per la dottrina tardo-cinquecentesca, a lui si richiama. Cfr. MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, Lib. XIV, Tit. XII, *Stipulatio sine causa an valeat*, nn. 1-2, 138-139.

(47) La vivacità della costruzione è confermata dai costanti richiami della dottrina successiva (COSTA, *Praxis conventionalis*, Pars I, n. 240, 22).

(48) In quanto genericamente considerato solo nello *ius gentium*, godeva, infatti, di un'efficacia esclusivamente negativa, che si esauriva nell'*exceptio pacti conventi*.

(49) Che la breccia fosse da tempo già aperta, lo dimostrano anche le parole di Fulgosio il quale, in altra sede, aveva rielaborato in una chiave interpretativa nuova la teoria dei *vestimenta pactorum*, impegnandosi a ridisegnarne l'efficacia vincolante, più che a ridurre drasticamente il numero: «inter vestimenta pactorum due sunt potissima, cohaerentia stipulationis, quando sit iuxta ipsam stipulationem apponitur pactum, vel eodem de quo est stipulatio vel de appendiciis. Aliud vestimentum dicitur rei interventus» (RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 2.3.27 *de pactis*, l. *petens*, 63, n. 2). Ma qual è la differenza? Secondo Bartolo risiede nel fatto

quindi, dirsi né causa (50), né fonte, del vincolo obbligatorio (51), a

che mentre il patto «coherentia stipulationis nascitur statim vestitum cum ipsa stipulatione», *l'interventus rei* si colloca, necessariamente, in una fase successiva rispetto all'accordo. Tuttavia, Fulgoso non ritiene si tratti di un criterio distintivo opportuno e soddisfacente: il vero discrimine, infatti, risiederebbe a suo parere nel momento obbligante che, nel caso di *vestmentum rei interventum* «potest nasci si ex utraque parte sit obligatio, ut unus obligatur ex pacto, alter ex traditione» (*Ibidem*).

(50) La tendenza medievale è decisamente a favore della solennità della causa anche per la *stipulatio*, ma se la glossa si esprime cauta (ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *consensus*, D. 2.14.1.3 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, 37a), è la potenza di sintesi dei commentatori a riportare risultati innovativi e degni della fatica profusa. Secondo Cortese, si potrebbe dunque già ricondurre al XIII secolo l'importanza attribuita alla causa nel processo formativo dell'obbligazione. In questo periodo la spinta, che veniva per lo più dalla prassi, comincerebbe infatti a spostare sul terreno probatorio il problema del ruolo della volontà, indagando sulla sua sussistenza ed identificando il soggetto onerato a provarla (CORTESE, *La norma giuridica*, pp. 203-204; per un richiamo alla prassi notarile si veda, invece, MASSETTO, *Osservazioni in materia di contratti*). Bartolo, del resto, appare radicale: mancando la causa, è nulla tanto la *stipulatio*, quanto il *pactum*, ed in assenza di un esplicito riferimento, si deve intendere per forza sottesa la *causa donationis*. Una meno entusiastica adesione a questi principi si ha, invece, con l'Umanesimo. Cujas vorrebbe addirittura contrastare l'obbligatorietà della causa per un contratto formale come la *stipulatio*, ma di fronte ai testi anche la sua scienza in qualche modo vacilla, al punto che egli stesso arriva a sostenere: «stipulatio per se sola ridicula res est, si nulla subsit causa stipulandi [...] Nihil agitur, inefficax ex stipulatio quae causa caret» (*Commentaria in quosdam Pandectarum titulos*, D. 44.7.1.1 § 7 – Opp. VI, c. 1333; *idem in Appendix, Notas in Codicem, De contrabenda et committenda stipulatione* (C. 8.38), Tomus IX, c. 709-710). Non meno incerte si appalesano anche le dottrine di Pierre Grégoire (*Syntagma iuris universi*, Lib. XXIV, *De verborum obligationibus*, Cap. I, nn. 4-6, 100-101), o di François Connan (*Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. VI, *De verborum obligationibus*, Cap. I, n. 3, 554-555). La questione, insomma, lontana da essere risolta, manteneva tutta la coloritura dei problemi sempre aperti, ancorchè più pacate appaiano le letture di Duaren (*Opera omnia*, Vol. III, *De verborum obligationibus*, Caput I, *Quid sit stipulatio*; Caput II, *De fine stipulationis*, 155-161), di Hotman (*Partitiones iuris civilis elementariae*, in *Operum*, (To. I, Pars II), *De stipulationibus*, 1023-1024) e di Vultejus (*Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae*, Marpurgi 1614, Cap. XXXIX, 20). Il giurista renano (per cui *infra* nt. 86) appare addirittura come il corifeo dell'orientamento più moderato, destinato, peraltro, come tale, ad una lunga vigenza, secondo la testimonianza secentesca di Heinrich von Cocceji (1644-1719) nella sua dissertazione dedicata al residuo uso della *stipulatio* in area tedesca (*Dissertatio juridica De usu et differentia hodierna pactorum et stipulationum*, Francoforti 1692, §§ 2 e 7, 1186-1188, e *Sectio II*, 1191-1195, in H. DE COCCEJI, *Exercitationum curiosarum ... in quibus praecipua juris gentium capita explicantur, leges civiles ... illustrantur, nec non difficiliores juris publici et feudalis materiae nova methodo ... tractantur*, Lemgoviae 1722). Un ampio quadro delle definizioni della *stipulatio* coniate dai glossatori sono



meno che essa non riposasse su di un consapevole consenso (*quia non sola verba obligent, sed consensus exigitur*) (52).

Possiamo dunque già affermare che *ex pacto quis obligatur?*

Forse sarebbe un'affermazione azzardata, cionondimeno si deve considerare con grande attenzione la dissoluzione cui, giorno per giorno, era andata incontro una certa sacramentalità formale (53), con l'inevitabile corollario di spostare l'attenzione, in tema di negoziabilità bilaterale, verso quella *mens et voluntas* che, nelle precoci quanto elaborate architetture del Cumanò o del Fulgosiò (le opere dei due si "confondono", forse attingendo entrambe dal Castiglioni), «magis debet attendi quam verborum conceptio» (54).

Che poi, il passaggio successivo compiuto dalla dottrina fosse quello di cercare di limitare questa "libertà di contrattazione", attraverso meccanismi di controllo, parallelamente ad un generalizzato ab-

---

offerte invece da R. TRIFONE, *La stipulatio nella dottrina dei glossatori*, pp. 179 ss.; per la nascita delle *variae causae stipulationum*, si ricordano, fra gli altri, G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano* (1943), in *Scritti Ferrarini*, Milano 1946, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, pp. 1779-1853, sul punto anche BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 67-80.

(51) «nam omnia verba sufficiunt hodie et forma ista admittitur ista obligatio a iure civili, et reputatur pre ceteris firma, et appellatur specialiter stipulatio» (RAFFAELE RAIMONDI (CUMANO), in *Pandectarum partis Primum quae vulgi censura Digesta Novi appellatione differtur*, Lugduni, 1554, Comm. ad D. 45.1 *de verborum obligationibus*, Rubrica, 2) per una diretta presa di coscienza dell'osmosi fra i due autori si veda inoltre RAFFAELE FULGOSIO e RAFFAELE CUMANO, *Index rerum et verborum in commentarios ad Pandectas*, Lugduni 1554.

(52) Di rimando, qualche secolo dopo, ancora il MANTICA che, riassumendo, afferma: «autem concipiendae stipulationis, de causa nulla mentio facta est l. 5 § stipulatio, de verborum obligationibus [...] sed advertendum est, quod sine causa stipulatio ipso iure valeat [...] in contrahenda stipulatione magis consideratur causa ipsius, quam verborum conceptio: quia causa effectum tribuit stipulationem» (*De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, Lib. XIV, Tit. XII, *Stipulatio sine causa an valeat*, nn. 1-5, 138).

(53) ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano* La medesima espressione è richiamata anche da BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 69-70.

(54) L'espressione proviene da GIASON DEL MAINO, *In Secundam Partem Digesti Novi Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.52 *de verborum obligationibus*, l. 1. *is qui alienum*, § *in conventionalibus*, Venetiis 1590, n. 3, 74.



bandono della teorica dei *vestimenta*, lo si vedrà meglio con l'approfondimento del tema della causa (55), ma per ora, possiamo affermare che è Giasone, cui si deve la citazione appena riportata, a raccogliere degnamente il testimone.

Sostenendo, infatti, che in una definizione si dovesse aver riguardo non solo dell'indicazione del genere, cui appartiene l'oggetto da definirsi, ma altresì della sua più intima natura, che si mette in luce proprio attraverso la comparazione (56), il maestro milanese aveva stemperato definitivamente la peculiarità sostanziale della *stipulatio* (57), per farla diventare una veste per tutte le stagioni (58).

In altre parole, da un lato aveva rivalutato l'importanza dell'accordo delle parti («cum sit iustum voluntates contrahentium

---

(55) «L'emersione della causa, come vera fonte di efficacia vincolante, sostituisce, agli occhi della storiografia più recente, il vecchio principio soggettivo o consensuale» (CORTESE, *La norma giuridica*, pp. 194-195 con particolare riferimento alla nt. 20). Del resto, anche la dottrina culta si era ormai arresa, arrivando a sostenere che il patto solo in quanto fosse stato trasfuso in una *stipulatio*, corroborato dalla *traditio*, o da qualche altra causa, avrebbe potuto produrre azione, in difetto, invece, presumendosi *sine causa factum* anche «actionem non producere» a titolo di esempio. Cfr. DUAREN, *Tractatus de pactis*, in TUI, VI, Pars I, Cap. VI, n. 1, 15, ugualmente VULTEJUS, *Jurisprudentiae romana*, Cap. XXXIX, *De stipulatione*, 208.

(56) «noto ex isto texto diffinitionem stipulationis, ex qua diffinitio colligunt tres causae sunt causa efficiens, causa formalis et causa materialis. Efficiens consistens in persona interrogantis, et respondentis, formalis in eo quo debet precedere interrogatio et sequere responsio, istud est de forma stipulationis [...] causa materialis ponit ibi daturum facturumve [...]» (GIASON DEL MAINO, *In Secundam Partem Digesti Novi Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.5.1 *de verborum obligationibus*, l. *stipulationum*, § *stipulatio*, n. 2, 29v).

(57) «ista diffinitio pulchre complectit causam efficientem, causam formalem, et causam materialem [...] ista diffinitio Iurisconsulti videtur esse bona, quia consistit ex genere et differentiis» (GIASON DEL MAINO, *In Secundam Partem Digesti Novi Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.5.1 *de verborum obligationibus*, l. *stipulationum*, § *stipulatio*, n. 2, 29v). Lo stesso atteggiamento del maestro verrà mutuato da Alciato: «sed tamen advertendum est, quia stipulatio variis modis iuris esse intelligitur» (ALCIATO, *In Digestorum titulos Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.5.1 *de verborum obligationibus*, l. *stipulationum*, § *stipulatio autem*, n. 4, 26v).

(58) «stipulatio est verborum acceptio, illud verborum acceptio est genus ad omnem materiam, nam in contractibus, in sententiis, et in liberationibus, intervenit acceptio verborum quae exprimunt mente [...]» (GIASON DEL MAINO, *In Secundam Partem Digesti Novi Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.5.1 *de verborum obligationibus*, l. *stipulationum*, § *stipulatio*, 29v).

magis quam verborum conceptionem inspicerem») (59), ma, dall'altro, aveva riconosciuto efficacia privilegiata alla clausola stipulatoria accessoria, con il duplice risultato di confermare l'inefficacia procedurale dei patti (60) e di permettere, attraverso l'espedito della stipulazione, la loro azionabilità.

Grazie all'introduzione di una "stipulazione" accessoria (61), le parti avrebbero potuto ottenere sia un indennizzo in via anticipata, ove quella avesse rivestito la forma di clausola penale, oppure avrebbero visto garantita la sopravvivenza dell'obbligazione dedotta in transazione, in caso di inadempimento di quest'ultima, oltre, comunque, ad assicurarsi il risarcimento dovuto (62). Nell'ipotesi in cui ad un contratto innominato, quale appunto il nostro (63), fosse stata apposta la *stipulatio*, Maino riteneva persino concedibile l'azione per l'adempimento a prescindere dall'esecuzione *ex parte actoris* (64), possibilità che, altrimenti, sarebbe stata preclusa (65).

---

(59) «non curamus de modo et qualitate verborum, et hoc est verum ubi de consensu constat, sive per legis interpretationem, sive per naturalem rationem, vel per aequitatis suggestionem, vel per aliqua indicia, dum tamen sensus possit aliquo modo per verbis concipi» (GIASON DEL MAINO, *In Secundam Partem Digesti Novi Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.52 *de verborum obligationibus*, l. *is qui alienum*, § *in conventionalibus*, n. 3, 74).

(60) Per Birocchi «il sistema utilizzato era quello di presumere l'intervento della *stipulatio* tutte le volte che ciò fosse possibile senza contrastare l'assunto dell'inefficacia del patto» ritenuto ancora operante «ad confirmanda nuda pacta adhibetur stipulationes» (BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi*, p. 284).

(61) Per la funzione della clausola stipulatoria si ricorda, per tutti, ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, pp. 110 e 124 ss.

(62) L'endiadi è ben resa dai due frammenti citati, ove al *resciso forte pacto* di D. 2.15.15 si contrappone il *rato manente pacto* di D. 2.15.16.

(63) Qui da intendersi, evidentemente, come contratto privo di solennità formali.

(64) «si intervenit stipulatio super contractu innominato, sufficit implere eatenus, quatenus impleri potest, licet non perfecte impleatur, ad hoc, ut competat actio: secus si non intervenisset stipulatio, quia tunc non posse agi si perfecte esset impletus contractus, licet non posset impleri de sui natura» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *huius edicti*, n. 10, 142v).

(65) «quia in contractibus innominatis non oritur actio nisi sequito implemento» (*Ibidem*, Comm. ad D. 2.14.7 *de pactis*, l. *iurisgentium*, n. 1, 146v).

Da qui a considerare però la fattispecie compositiva della lite un contratto nominato, si era ancora lontani, ma la teorica del Maino – che avrebbe visto nelle contraddizioni della dottrina successiva il proprio momento critico – sconta il merito di aver aperto il dibattito a nuovi spunti.

Se, dunque, nel Cinquecento, *pacta* e *stipulatio* “degeneravano”, ciò che, invece, doveva essere chiarito, era se la transazione – come ogni altra fattispecie innominata – dipendesse ancora dalle proprie strutture costitutive (66) o, se, piuttosto, fossero invece queste ultime a modellarsi «super naturam actus super quo interponitur».

La risposta sembra affermativa nel primo caso; negativa nel secondo.

Circa il primo quesito, appare infatti, evidente come le considerazioni della dottrina più avveduta si attestassero da tempo sulla tendenza alla conservazione e all'accrescimento: “conservazione” del concetto di *vestmentum* (67); “accrescimento” dell'efficacia degli *adminicula*, ridotti nel numero a quelli che soli ormai potessero dirsi *potissima*, fra cui necessariamente si annoverava la *stipulatio*.

Ma il fronte giuridico non si presenta affatto compatto.

Il *mos italicus*, infatti, avrebbe proseguito per tutto il secolo XVI ad elaborare *fallentiae* all'inesigibilità del patto, operando sulle categorie dei *vestimenta* o, al più, forzando le eccezioni di natura processua-

---

(66) «sunt itaque duae conficendae transactionis species. Altera per aquilianam stipulationem: per pactum conventum altera: id est, per eam conventionem quae aquiliana stipulatio non est» (ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, *Quibus modis fit transactio*, 29-58, spec. 29-30); ma si vedano anche i *Commentaria in illustrem titulum* di Borcholten, già più volte citati, che si diffondono lungamente sull'equiparazione fra nudo patto, patto convento, e *conventio* semplice (Cap. 2, 18-30, spec. nn. 1-8, 19-23); o, ancora, la penetrante analisi di Kistner, condotta con acribia filologica e buona conoscenza della dottrina francese che il giurista tedesco aveva avuto modo di apprendere direttamente (CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, Ad l. 2, 10-12).

(67) Nè si può propriamente parlare di una degenerazione della teoria dei *vestimenta* in una frammentata casistica, quanto piuttosto di una lenta e persistente erosione della regola generale che, sminuzzata in una miriade di eccezioni, si era persa fin quasi a scomparire nei contenuti.

le, derivanti dal foro mercantile o canonico, senza tuttavia sovvertire alcunché degli assunti di partenza.

A queste latitudini, dove sembra mancare una vera e propria “giurisprudenza cattolica” (68), l’eterodossia si produce in un’assuefazione alle posizioni più tradizionaliste ancorché, per le valutazioni di sapore più tecnico, non manchi di confrontarsi con gli spiriti “eretici” (69). E di questa generalizzata ambivalenza, l’esemplare dogmatica giuridica di Francesco Mantica è testimone (70).

---

(68) BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine*, pp. 279-281 e, da ultimo in ID., *Autonomia privata, ordini e mercato, passim*.

(69) Normalmente si afferma che la teoria dei *vestimenta* resta appannaggio della cultura giuridica più tradizionalista. In realtà, però, le contaminazioni sul punto fra *mos gallicus* e *italicus* sono facilmente percepibili se si scende all’esame della dottrina dei singoli autori (BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi*, pp. 112-120). I culti, con la varietà dei toni che li caratterizzano, giungeranno addirittura a negare l’esistenza delle suddivisione fra patti nudi e vestiti. Per alcuni riferimenti si vedano: gli sfoggi polemici di Coras (*Miscellaneorum iuris civilis*, Lib. I, Cap. I, n. 2, 2-3); la più pacata lezione di Duareno, che divide i patti in *nudi* e non; *in rem* ed *in personam*; fra *iusta* ed *iniusta*; *expressa* o *tacita*, o, infine, in base dell’oggetto dedotto, *de re publica* o *de re cuiusque familiari et privata* (*Tractatus de pactis*, in TUI, VI, Pars I, Cap. II, nn. 1-4, 14); la limpida esposizione del pensiero di Cuiacio (*Codex Iustinianus ... recitationes solemnes, Commentaria in Tit III. de pactis, Lib. II Codicis*, col. 25C) impegnato in una profonda disamina del ruolo e della qualifica della *transactio* rispetto al patto: «porro transactioni inest pactio, quasi genus, ut genus dicimus inesse formae, dat enim pactio transactioni nomen et definitionem: ergo genus est transactionis», per giungere, infine, alla ricostruzione sistematica di Connan (*Commentariorum iuris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. I, nn. 7-8, 476-477). Un commento a questi passi in P. VACCARI, *Pactum vestitum contractus cohaerentia. La concezione dei patti aggiunti nella dottrina dei Glossatori*, in *Scritti di storia del diritto privato*, Padova 1956, pp. 252-254 e ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, pp. 538-540.

(70) Il Cardinale, infatti, percepisce la pressione delle argomentazioni culte che, in qualche modo, avrebbero potuto condurre a sovvertire il principio civilistico dell’inesigibilità del patto («et quamvis Duaren [...] dixerit hanc divisionem pactorum, ut aliud sit nudum, aliud vestitum, ineptam esse»), ma pur non sentendosi totalmente appagato dalla cultura della penisola, rimane comunque ancora saldamente ancorato agli schemi del *mos italicus* («congruentius dici, aliud esse pactum nudum, aliud legitimum [...] communi usu loquendi praefertur etiam propriae verborum significationi») e questo a prescindere «dall’effetto di trascinamento» della moda francese. Cfr. MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, Lib. XXIV, spec. Tit. II, *Quibus modis nuda conventiones vestinatur*, pp. 637-638. Una riflessione critica sulle posizioni del giurista friulano si legge anche in E. BATTISTONI, *La causa nei*

Non è, infatti, un caso che il giurista friulano arrivi ad affermare: «error in causa finali nullam reddit transactionem», perché l'«error in causa finali contrahendi consensus excludit» (71).

---

*negozi giuridici: dal diritto intermedio al codice civile italiano*, Padova 1932, pp. 6-11 e, con particolare riferimento alla transazione, pp. 95-98. Mentre per un ridimensionamento del ruolo innovativo del Mantica, ancora BIROCCHI, *Autonomia privata, ordini e mercato*, p. 99 nt. 9, da cui la citazione.

(71) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, Lib. XXVI, Tit. VIII, *Quibus ex causis transactio rescindi possit*, n. 29, 711. Sempre al Mantica, impegnato in una vera trattazione del tema causale, si deve la sostanziale sovrapposizione della causa con il movimento della volontà contrattuale, e della sua definizione come movente determinante del consenso. Ma la sottile distinzione fra *ratio* e *causa*, vocaboli normalmente di uso promiscuo («ratio quae causa etiam dicitur, est anima sive mens cuiusque dispositionis»), è, in realtà, offerta, in anticipo sul Mantica, da André Tiraqueau, cui si deve la creazione di un'imponente opera di sistematizzazione di tutto quanto era stato fino ad allora scritto sull'argomento. Il Tiraqueau, come si può notare dalle citazioni "riversate" nella sua corposissima opera, discorre della concezione giuridica della causa, ed informandosi al principio di finalità, accenna, come detto, sia alle varie accezioni in cui può assumersi il vocabolo, che alla diversità fra *causa* e *ratio* («causa potest esse sine ratione, at ratio non potest esse sine causa»), che, infine, alle distinzioni fra causa finale, impulsiva, remota e falsa o del tutto assente. In particolare, merita attenzione la descrizione che della causa offre, nella parte proemiale della sua articolata e dotta esposizione («In primis praefandum est duximus, *causam a ratione* in hoc differe, ut plerisque placet; quod causa est id quo, vel per quod, vel a quo, vel propter quod aliquid fit»), da cui risulta chiaro non solo che ogni tipo di negozio ha in sé una propria causa, in corrispondenza della funzione specifica cui esso adempie e che ne giustifica il conoscimento da parte dell'ordinamento («ratio quae causa etiam dicitur, est anima sive mens cuiuscumque dispositionis»), ma anche che quest'ultima nulla ha a che vedere con il movente che determina il soggetto a concludere un negozio concreto. Non va quindi ricercata negli intenti perseguiti o voluti, bensì è un elemento esterno di carattere oggettivo che convalida la promessa fatta e l'obbligazione assunta. Per tutto cfr. TIRAQUEAU, *Tractatus cessante causa cessat effectus*, Venetiis 1556, n. 1A, 1 e n. 134, 47, su cui BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, spec. pp. 9-12 e 23-25. André Tiraqueau (1488-1558), non certo fra gli esponenti più "appariscenti" del cultismo transalpino, né fra coloro che più hanno segnato la frattura col passato, si qualifica comunque come una figura di rilievo della cultura giuridica francese della prima metà del secolo XVI e fra coloro che contribuirono a renderla grande. Nelle sue opere (un resoconto degli scritti in J. BREJON, *André Tiraqueau (1488-1558)*, Paris 1937, pp. 378-402) tutte di ottimo livello, infatti, si rincorrono le tematiche che fanno vacillare l'intera dottrina europea. Recentissimo il resoconto sul ruolo, le opere e la vita del Tiraquello tracciato da G. ROSSI, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau*, Torino 2007, ma si veda anche la voce di J. OTTO, in *JBL*, p. 631.

Ma anche le trattazioni *practicae* (72) del Toschi, del Moccia o del Costa, pur di tono indubbiamente minore (73), si richiamavano alla capacità stabilizzante dell'*ordinatio legis*, o della *publica auctoritas* per correggere le “storture del *ius civile*”.

Con queste motivazioni di fondo, non necessariamente “tradizionali”, nella dottrina “tradizionalista” è, perciò, lo sviluppo del *vestmentum* – definito “ipertrofico” da Birocchi (74) – ad aprire la via per conferire efficacia a fattispecie negoziali atipiche, mentre il mezzo più opportuno si rivela l'aumento in maniera esponenziale del numero degli *adminicula* (75). Con il risultato, tanto per il XV secolo (76), che per tutto

---

(72) Per le posizioni degli altri “pratici italiani” cfr: MOCCIA, *Tractatus de contractibus*, nn. 11-13, 5 e COSTA, *Praxis conventionalis*, Pars I, n. 126, 11.

(73) «effectus pacti nudi est quod ex eo oritur exceptio, sed non actio» scrive Domenico Toschi, dopo aver ben specificato che il patto è nudo per assenza di *stipulatio*, o di altro vestimento, «ex quo actio oriri possit». Al principio possono tuttavia applicarsi numerose restrizioni ed altrettanti ampliamenti. Per tutto cfr. D.O. TOSCHI, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*, Lugduni 1634, T. VI, concll. XVIII e XIX, 11-12. Notizie sul vescovo di Tivoli e governatore di Roma (1535-1620) – autore sconosciuto ai maggiori dizionari – si rintracciano nel risalente contributo di G. Tiraboschi (*Biblioteca modenese o, notizie della vita e delle opere degli scrittori nati degli stati del serenissimo Signor Duca di Modena, raccolte e ordinate da G. Tiraboschi*, Modena 1781-1786) e nel lavoro di Ascheri (*Le practicae conclusiones del Toschi. Uno schedario della giurisprudenza consulente*, in *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, A. DE BENEDETTICIS – I. MATTOZZI, Bologna 1994, pp. 37-53), in cui l'Ascheri, oltre a sottolineare la “spregiudicatezza” del giurista emiliano nell'accostare autorità del passato con dottori “recenti e recentissimi”, evidenzia anche la completezza e l'eshaustività dell'affresco giuridico ivi dipinto. Più di recente, un ampio utilizzo delle *practicae* è fatto da PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, p. 270; da ultimo un richiamo alla fortuna editoriale dell'opera del Toschi è svolto da DI RENZO VILLATA, *Tra consilia, decisiones e tractatus*, p. 47.

(74) Birocchi dedica al concetto un intero paragrafo (n. 3) del saggio *Tra tradizione e nuova prassi* qui più volte citato (pp. 120-129).

(75) La questione ermeneutica era, insomma, assai complessa. Essa consisteva, principalmente, nell'individuare le modalità applicative di una serie di *adminicula* in grado di sopperire all'assenza di capacità obbligante del patto, per poi costringere il *ius civile*, in ragione del loro intervento convalidante, a dotare il primo di tutela processuale; il tutto tenendo altresì presente che per il *ius commune*, come del resto per quello romano, un diritto esiste fintanto che sia possibile azionarlo in giudizio. Il problema fondamentale ed il dissenso in dottrina nascevano, infatti, dalla difficoltà di concepire il diritto sfornito di azione, sicchè al venir meno di quest'ultima sarebbe corrisposta anche la necessaria estinzione del diritto. In realtà, come meglio si eviden-



il XVI (77), di ridurre il ragionamento entro i rigidi confini della contrapposizione regola-eccezione.

Si operava, insomma, in queste dotte pagine, all'interno del sistema, piuttosto che tentare di sovvertirlo, senza portare un attacco alla "forma"

---

zierà in questi anni di profonda riflessione scientifica, l'azione non si identifica con il diritto, ma è anzi un elemento strutturalmente diverso, che al primo si somma, rendendolo processualmente esercitabile. E' sul terreno dello *ius postulandi* che si esercita dunque il ruolo della causa: «la sua mancanza, nell'obbligazione contratta formalmente, agisce soltanto in sede processuale, non esclude l'*actio*, ma le oppone un'*exceptio*» (CORTESE, *La norma giuridica*, p. 202). In merito alla delicatezza teorica della divergenza fra azione ed eccezione, cfr. ORLANDI, *Pactum de non petendo e rinuncia all'azione*, pp. 37-42 e da ultimo, P. LANDAU, *Pacta sunt servanda in "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert"*. *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, M. ASCHERI (a cura di), Koln-Weimar-Wien 2003.

(76) GIASONE DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.7 *de pactis*, l. *iurisdictionum*, § *sed cum nulla*, nn. 4-26, 147v. Giasone in questa sede espone tutte le limitazioni all'improduttività di effetti del patto nudo («ista regula limitatur sex modis in glossa, ubi dicitur ultra alias limitationes») enumerandone, nel complesso, ben 16. La prima è rappresentata dal diritto canonico, improntato ad una maggiore equità del diritto civile: «fortius ergo idem debet esse ubicumque ius canonicum disponit, quod ex pacto nudo oriatur actio, cum ius canonicum nitatur maiora aequitati, quam ius civile». La seconda deroga si ha *in curia mercatorum ubi procedit de bono et aequo*. Negli affari la buona fede è essenziale, e così pure il rispetto della parola data fra soggetti che spesso sono lontani ed appartengono a culture e diritti diversi («bona fides requiritur in iis, qui plurimum negotiantur et in iis non differt pactum nudum a stipulatione»). Altre eccezioni provengono, infine, da motivazioni etiche (*verecundia*), da rimedi canonici (*denuntiatio evangelica*), dal ricorso al Principe o all'Imperatore, che può sancirne l'osservanza, dal *pactum geminatum* o, ancora, dalla possibilità di ottenere comunque il ristoro di quei danni, che la mancata osservanza del patto stesso abbia provocati. Sempre a scopo cautelativo del patto, Giasone, nel commento alle Istituzioni, richiama inoltre l'opportunità di ricorrere alle «actiones in factum, quae sunt praetoriae» (GIASONE DEL MAINO, *De actionibus titulus Institutionum Iustiniani*, Comm. ad I. 4.6.11 § *item si quis postulante*, Venetiis 1574, n. 46, 135).

(77) L'ampia operazione di sovrapposizione concettuale fra le strutture negoziali dello *ius civile* ed i negozi *iuris gentium*, portata avanti in età giustiniana, non solo aveva costretto i dottori medievali ad approfondire il tema della causa nella *stipulatio* – tendenzialmente risolto a favore della sua presenza – ma aveva avuto quale punto di arrivo l'unità strutturale e dogmatica nel campo delle obbligazioni di tutti i negozi solenni e non. Una ricostruzione puntuale del problema si legge – come è più logico – in seno alla dottrina del *mos italicus*: in Mantica (*De tacitis et ambiguis conventionibus*, Lib. XIV, spec. Tit. X, n. 7, 129, ma anche Tit. III, nn. 2-3, 115 e Tit. XII, 138-140), o in Toschi (*Practicarum conclusionum iuris*, To. VII, concll. 699-703, spec. concl. 700, 465).



del patto ma, anzi, rimanendo entro l'ambito giuridico, istituzionale, e culturale della sua struttura storica, da sempre necessitante di rinforzo.

Una più ampia celebrazione dell'individualismo rinascimentale e dei suoi aneliti di ascesa sociale ed economica, invece, accompagna l'intenso lavoro dottrinale sul contratto svolto dalla Seconda Scolastica (78).

Per questi "economisti" in abito talare, da tempo ritenuti indispensabili per un'esatta comprensione «of protestant natural lawyers and the flourishing of the principle of contractual freedom – *libertas contractuum* →» (79) si può, addirittura, parlare di un *genus* intermedio fra *mos italicus* e *gallicus* (80).

---

(78) A partire dal Cinquecento, infatti, il mondo economico attira l'attenzione di quello giuridico, e l'occhio attento dei teologi, nella più ampia prospettiva di orientare il comportamento terreno dei fedeli, attraverso gli strumenti etici della Rivelazione cristiana e gli strumenti formali della scienza giuridica, si concentra proprio sull'attività di mercanti e banchieri, sempre *in limine* di censura. Per un'introduzione alle motivazioni della Seconda Scolastica sotto il profilo giusprivatistico, che qui interessa, cfr. il volume già citato, *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* con particolare riferimento ai saggi di AMBROSETTI, *Diritto privato ed economia*, pp. 23-52 e F. WIEACKER, *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, pp. 223-239, oltre che alla comunicazione critica di J.L. ABADIA, *Anotaciones historicistas Azn Azedufnhsc al Jusprivatismo de la Segunda Scolastica* (pp. 303-375). Ancora imprescindibile per l'influenza della Scuola sul diritto naturale privato è poi H. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, in *ZSS, GA, LXX*, (1953), spec. p. 255, ma, per una bibliografia più aggiornata si veda la nota seguente. Infine, fra gli altri, si possono ricordare i contributi di FEENSTRA, *Impossibilitas and clausola rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius*, in *Fata iuris romani*, pp. 364-391 e ID., *L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé*, pp. 377-402, oltre al lavoro di L.E.R. SAN PEDRO BEZARES, *Historia de la Universidad de Salamanca*, vol. 2, Salamanca 2004, pp. 609 ss. Sul ruolo "giuridico-teologico" che, nei paesi cattolici del Cinquecento, assume la letteratura mercantile, spesso tacitamente influenzata da opere del mondo riformato (si allude, in particolare all'influenza di Du Moulin e Melantone), cfr., inoltre, SAVELLI, *Modelli giuridici e cultura mercantile tra XVI e XVII secolo*, in *MSCG*, 16 (1988), pp. 3-24, spec. p. 23 e, dello stesso Autore, ancora *Between law and Morals*, pp. 39-102.

(79) Su questa che è stata definita una *traslatio studii* fra mondo cattolico e protestante, avvenuta proprio grazie all'impegno di "teologi-giuristi", in particolare, gesuiti e domenicani, cfr., da ultimo, il lavoro di W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, in *TR* (2009), pp. 423-458, da cui la citazione e, ancor prima, risalendo nel tempo, si vedano: K. SEELMANN, *Teologia e giurisprudenza alle soglie della modernità. La*

nascita del moderno diritto naturale nella tarda scolastica iberica, in MSCGM, 29 (1999), pp. 277-298, spec. pp. 283 ss. (per la cui lettura si consiglia una comparazione con le riflessioni di BIROCCHI, in *Juan Ginés Sepúlveda internazionalista moderno? Una discussione sulle origini della scienza moderna del diritto internazionale* (in *A Ennio Corsete*, I, pp. 81-116, spec. p. 108); A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano 2000, pp. 71-73 (in particolare per il confronto Molina e Lessius); A. GUZMÁN BRITO, *La doctrina de Louis de Molina sobre la causa contractual*, in ID., *Negocio, contracto y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Navarra 2005, pp. 407-439 e T. DUVE, *Kanonisches recht und die ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastick*, in O. CONDORELLI, R. ROUMY, M. SCHMOECKEL, *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Köln 2009. Più datati, ma da considerarsi un classico, anche i lavori di F. TODESCAN, *Lex natura, Beatitudine. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova 1973 e ID., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano 1983.

(80) Il grande impatto culturale della Seconda Scolastica, pur decisivo per la formazione delle nuove "menti" cattoliche, viene chiarito da Birocchi (*Alla ricerca dell'ordine*, pp. 279). Indubbiamente, a queste latitudini la *scientia iuris* fu influenzata dalla continuità con i territori asburgici della Corona e dall'osmosi dei funzionari fra terre del nord e terre del sud. Anzi è lo stesso Birocchi – in altra sede (*La questione dei patti nella dottrina tedesca*, p. 143, da cui la citazione) – ad affermare che la scuola iberica mostra punti in comune con la dottrina che sarà detta dell'*Usus modernus Pandectarum*, che proprio a quella, per la sua apertura, per la sua continuità amministrativa e compenetrazione politica, vi farà spesso riferimento, attribuendole un ruolo di «cerniera fra il Nord protestante ed indipendente ed il centro spagnolo e divenuto braccio secolare del cattolicesimo». Del resto, furono i primi Gesuiti – si pensi a Leonardus Lessius, professore al Collegio Romano (J. BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca y la renovacion de la teologia en el siglo 16*, Madrid 2000, pp. 858-860) o a Luis de Molina (formatosi ad Alcalá de Henares, nel momento in cui il pensiero salamantino era là, vivo e presente) – a sviluppare «a general theory of contract and promise centered around liberty, consensualism, and the idea of individual as a private legislator» e ad offrire risposte alle tematiche che maggiormente potevano interessare quelle società in continua espansione coloniale («to find an adequate answers to new challenges such as the rise of commercial capitalism»), sviluppando «the revival of Thomist philosophy [...] and playing a particular role in transferring the Salamantine tradition to the young Jesuit order» (DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, pp. 426 e 428 da cui le citazioni). Addirittura vi è chi ha ritenuto che i Gesuiti sorpassassero lo scolasticismo dei Domenicani, creando una sorta di *Usus Theologicus Pandectarum* «to harmonize Roman law with customary practices» (J.W. O'MALLEY, *The first Jesuits*, Cambridge (Massachusetts)-London 1994, p. 249), ma già in tema anche L.T. MAES, *Resum de la historia del derecho en los antiguos Países Bajos españoles*, in *AHDE*, XXIV (1954), pp. 7-55 e F. CARPINTERO BENITEZ, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vasquez de Menchaca*, Salamanca 1977; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, München 1985; J. BRUFAU PRATS, *La escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Salamanca 1989, pp. 121-149; A. GARCÍA Y GARCÍA, *El iusnaturalismo suareciano*, in *Il problema del diritto naturale nell'esperienza giuridica della Chiesa. Atti*

Indubbiamente influenzate dalla continuità con i territori asburgici della Corona spagnola, e dall'osmosi dei funzionari fra terre del nord e del sud, le teoriche di Domingo de Soto (81) e Antonio Gomez (82), e quelle della prima generazione di gesuiti, come Luis de Molina (83) e Lenaert Leys (Leonardus Lessius) (84),

---

*del Convegno Internazionale*: Napoli, 15-16-17 ottobre 1990, M. TEDESCHI (a cura di), Soveria Mannelli 1993, pp. 145-154.

(81) Domingo de Soto (1495-1560), alunno del giovane de Vitoria, studioso di teologia a Parigi, si trasferisce nel 1525 a Salamanca ove diviene uno dei maggiori esponenti della prima generazione di quella Scuola. Teologo Imperiale al Concilio di Trento, pubblica, nel 1556, l'importantissimo trattato *De iustitia et iure* nel quale, richiamando, con uno sguardo a tutto campo, la dottrina del Tre e Quattrocento (tanto Gerson, quanto Summenhart) definisce il contratto: «contractus est actio, inter duos, ex qua utrinque obligatio nascitur [...]» e critica, invece, la distinzione fra proprio, improprio ed improprio, riferita al profilo estintivo/costitutivo del negozio e legata alla natura bilaterale o unilaterale del vincolo, ritenendo *istae acceptiones abusivae ab usu essent abigendae* (D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, Lib. VI, *Quaestio Secunda*, art. I, 155v-156r). Una riflessione sistematica sulle singole definizioni di contratto nella dottrina iberica, si legge invece in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto* (per de Soto, spec. pp. 224-227); infine, resoconti bio-bibliografici aggiornati si riscontrano in PLANS, *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.

(82) Per Antonio Gomez (1500-1572), commentatore della *Leyes de Toro* (*Ad leges Tauri Commentaria*, 1552), prima studente e poi Professore all'Università di Salamanca, si vedano N. ANTONIO, *Bibliotheca hispana nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV florere notitia*, Vol. 1, Madrid 1783, (rist. anast. Madrid 1996), Vol. I, p. 121; A. PÉREZ MARTÍN – J.M. SCOLHZ – M. PESET, *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, València 1978, pp. 40-41 e da ultimo, la voce omonima di N. REICHARDT, per *JBL*, pp. 252-253. Mentre per l'influenza sugli autori protestanti, J. BARTON, *Causa promissionis again*, in *TR*, 34 (1966), pp. 41-73, spec. p. 72.

(83) Luis de Molina (1535-1600), già professore a Coimbra, fu anch'egli autore di un trattato *De iustitia et iure* (edito postumo grazie all'opera dei confratelli del *Colegio Imperial de Madrid*, nel 1609). Entrato nel 1553 nella Compagnia di Gesù, ove quasi subito si distinse e completò i suoi studi, questo teologo tenne per quasi vent'anni la cattedra di Teologia presso l'Università portoghese di Évora. Protagonista della grande polemica apertasi, sul finire del XVI secolo fra gesuiti e domenicani sul ruolo della grazia, fu uno dei maggiori sostenitori della libertà dell'uomo all'interno del mondo dei *conquistadores*. Frutto di questo suo intendimento è la *Concordia liberi arbitrii*, pubblicato nel 1588 a Lisbona, con un tardivo a molto "tormentato" *imprimatur* dell'Arciduca Alberto d'Austria, Governatore del Portogallo, a seguito del severo vaglio della censura e dell'Inquisizione. Notizie ulteriori

esprimono nei trattati *De contractibus* e *De iustitia et iure* (85), non solo una “nuova fede”, ma anche un dichiarato superamento della distinzione tra *pactum* e *stipulatio*, che non può che richiamare la nostra attenzione (86).

---

sull'autore e le opere si ritraggono dalle voci di F. ROSS, in *JBL*, pp. 449-450 e di M. GALÁN, per *JU*, Vol. II, pp. 254-257.

(84) Per la vita e le opere di Lenaert Leys (Leonardus Lessius, 1554-1623), originario della zona di Anversa (Brecht), centro commerciale in rapida espansione, e professore di teologia morale presso il Collegio dei Gesuiti di Lovanio, dal 1585 al 1600, cfr. T. VAN HOUDT – W. DECOCK, *Leonardus Lessius: traditie en vernieuwing*, Antwerpen 2005. Meno recente, e basato sulla rappresentazione, dal sapore agiografico, della vita del giurista si veda, invece, C. VAN SULL, *Léonard Lessius de la Compagnie de Jésus (1554-1623)*, Louvain-Paris-Bruxelles 1930. Considerato una figura di cerniera (*bridge-figure*) tra il rinascimento teologico-legale del pensiero cinquecentesco nella penisola iberica, e la tradizione del diritto naturale del secolo successivo, questo gesuita belga deve, in particolare, la sua fama al Trattato *De iustitia et iure* (prima edizione, Lovanio 1605 – anch'esso, come già fece il Molina, dedicato dell'Arciduca Alberto d'Austria – e da me consultato in quella veneziana del 1734). E', in queste pagine, infatti, che, forse per la prima volta, si coglie un approccio al mondo finanziario di tipo morale, 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). Per una panoramica di tutte le ristampe europee dei suoi lavori – da Anversa a Lione, da Parigi a Brescia e, appunto, a Venezia – dei quali manca, tuttavia, un'edizione completa, cfr. ancora T. VAN HOUDT, *Leonardus Lessius over lening, intrest en woeker, De iustitia et iure, lib. 2, cap. 20: editie, vertaling en commentaar*, Brussel 1998, pp. XVIII-XXV.

(85) Specifici ragguagli sui trattati *De iustitia et iure* il cui fine e la cui *ratio* riposa sulla conoscenza del mondo sociale, si rinvencono in GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, pp. 117-222 e J.B. GARCÍA, *Los tratados «De legibus» y «De iustitia et iure» en los autores españoles de los siglos XVI y XVII*, in *Salamanca: revista de estudios*, 47 (2001), pp. 371-415.

(86) Ovviamente non è al diritto castigliano (per cui *infra* nt. 90) di impianto assolutamente innovatore, che va la nostra attenzione, ma alle sottili quanto articolate “sistematizzazioni” della dottrina. E' appunto a queste sfaccettature nuove di problemi antichi che si fa riferimento, e sono sempre queste ultime che possono tornare utili per la comprensione del fenomeno contrattuale che qui ci occupa. Nata come *obligatio verbis* per eccellenza, la *stipulatio* è, infatti, oggetto di una attenta trattazione da parte di Antonio Gomez. Il noto teologo salamantino, dopo averne offerta una *definitio* con poche e scarse battute («qui fit et celebratur praecedente interrogatione creditoris, et secuta responsione debitoris»), ed aver spiegato come la necessità di un valido consenso, non esaurisca «alias solemnitates, propter in eo requisitas ut dicitur contractus verborum», si trova però costretto ad ammettere (*advertendum est*) che la sedimentazione e la perfetta cristallizzazione di questo istituto è giunta ormai alle sue battute finali – qui siamo ormai nella seconda metà del secolo XVI – perchè se anche la legge regia

Se, infatti, la mancata tutela delle obbligazioni nate sulla base della *libertas oris*, discendeva – secondo l'antico *ius civile* – dal desiderio di evitare la proliferazione di liti giudiziarie, per la leggerezza con la quale l'impegno era stato assunto (*pactum*) (87), la scienza giuridica

---

non ha formalmente abrogato la *stipulatio* («non tollitur, nec abrogatur»), tuttavia l'ha deprivata della «forma et solemnitas a jure in eo requisita» (GOMEZ, *Variae Resolutiones*, To. II, *De contractu verborum*, n. 3, 89-90). Un puntuale resoconto della *communis opinio* si trova anche nelle *Illustrationes sive additiones eruditissimae ad Variae Resolutiones* di J. DE AYLLON LAYNEZ (Lugduni 1666, *De contractu verborum*, cap. IX, n. 4, 224), stampate anche come *Additiones*, in calce alle *Variae Resolutiones* del Gomez (To. II, *ad Caput IX, De contractu verborum*, n. 4, 93). Uno sguardo alla dottrina tedesca, sostanzialmente conforme, direi quasi pedissequa, per le motivazioni di continuità prima offerte può essere gettato consultando, invece, Vultejus (*Jurisprudentiae romana*, Cap. XXXIX, 208). Su Hermann Wöhl (Vultejus, 1555-1634) discepolo di Doneau ad Heidelberg, prima sede accademica dopo i sanguinosi eventi del 1572, cfr. STINTZING, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., 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 (1968-1969), pp. 257-319; ID., *Contrasti di scienza e rivalità accademiche in una lite del secolo XVI* in *IC*, 3 (1970), pp. 10-32; 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*, Firenze 1977, I, pp. 315-316; ID., *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; ulteriori indicazioni bibliografiche in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 138 nt. 3, infine, da ultimo, in A. GUZMÁN, *Hermann Wöhl*, in *JU*, Vol. II, pp. 301-303.

(87) Per lungo tempo l'antitesi fra *pactum* e *stipulatio* era stata la pietra angolare del mancato riconoscimento di forza vincolante ai *pacta induta* («*ius civile iis non accomodat actionem, ne oris libertas nimium costringatur*»). La mancanza di una seria volontà ad impegnarsi nel primo (*pacta leviter emissa citra animum obligandi*) si contrapponeva alla maggiore ponderazione delle obbligazioni assunte con la seconda che, soggetta ad una serie di requisiti formali, supportava la *firmitas* dell'atto negoziale. Ma se questo era stato l'insegnamento, non si poteva nemmeno misconoscere l'indebolimento della *stipulatio*, sovente declassata a semplice *vestmentum* del patto, per cui era ormai necessario, tanto il consenso, quanto la causa (L. LESSIUS, *De iustitia et iure*, Sectio III, *De contractibus*, Cap. 17, Venetiis 1734, *Dub. I*, 160, n. 9 e *Dub. III*, 160-161, nn. 12-13), mentre per un riscontro in tema transattivo, Cap. 31, *De Reo et avvocato*, *Dub. VIII*, 328, n. 40. A titolo di esempio, si segnalano anche alcune trattazioni italiane che all'area culta però si riferiscono: quella del Moccia che richiama Alciato (MOCCIA, *Tractatus de contractibus*, *De Verbis*, nn. 1-2, 56v) e quelle del Costa che, sul punto, richiama invece Cujas (COSTA, *Praxis conventionalis*, Pars I, nn. 47-48, 4-5 e per il riferimento a giurista culto, CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos*, *Ad titulum de verborum obligationibus*, 1179-1180).



iberica ribaltava il principio, tentando di mantenerne inalterata la finalità, e per questa via perveniva ad includere la *transactio* nel *genus contractus* (88).

Molina, ma anche Lessius, se perciò, da un lato, non dimenticano di sottolineare i vantaggi della *transactio stipulatione vestita* (89), dall'altro, si giovano anche di un ordinamento normativo insolitamente chiaro ed esplicito, che risolve, alla radice, l'intera questione dell'azionabilità dei patti (90), influenzando – come detto – persino la lucida *repastinatio* (91) delle fonti portata successivamente a compimento dai giuristi tedeschi, svizzeri o renano-fiamminghi (92).

---

(88) Non era l'*animus a deficere* nella differenziazione di effetti fra *pactum* e *stipulatio*, ma solo la disciplina relativa, motivo per cui nessuna effettiva ragione militava per un serio discrimine fra le strutture. La questione relativa all'*essentia transactionis*, seppure trattata nelle opere dottrinali con una consapevolezza, ed uno stile difforme, non esaltava dunque soltanto l'articolazione del processo evolutivo della fattispecie, ma dava anche conto della difficoltosa affermazione del principio consensuale – rappresentato dal patto – rispetto a quello formalistico – rappresentato dalla *stipulatio* – nonché dell'effettività riconosciuta alla *datio* nelle forme negoziali "irregolari". In altre parole, in un contesto culturale profondamente fluido, e che sembrava avere ancora parecchi debiti di riconoscenza verso le antiche strutture, non era possibile sostenere che l'unico elemento differenziale fra *pactum* e *stipulatio* fosse da ricercarsi esclusivamente nell'*animus deliberatus*. Anzi, il più vivace detrattore di tale tesi era stato proprio Alciato che, con tutto il peso della sua autorità, vi si era opposto (cfr. ALCIATO, *Digestorum titulos aliquot Commentaria*, Comm ad D. 45.1 *de verborum obligationibus*, Rubrica, nn. 23-24, 3v e nn. 25-26, 4).

(89) Una singolare assonanza con la dottrina di Alciato si coglie nel Molina che, in proposito, scrive: «transactio stipulatione vestita, transit in contractum nominatum parientem actionem et obligationem, secus si nuda de iure communi» (MOLINA, *De Iustitia et iure*, Tract. II, disp. 556, n. 9, 806-807). Per lo specifico ruolo di *vestimentum* della *stipulatio* invece, cfr. Tract. II, disp. 255, nn. 4-7, 9). Cfr. inoltre sulla natura della *stipulatio* nella dottrina salamantina DE SOTO, *De iustitia et iure*, 156, col. 2 e GOMEZ, *Variae Resolutiones*, To. II, *De contractu verborum*, n. 3, 89-90, oltre che le *Additiones*, n. 4, 93.

(90) *Ordenamiento de Alcalà, El Ordenamiento de Leyes, publican lo con notas y un discurso*, Madrid 1774, Tit. XVI, *ley unica, De las obligaciones*, 26.

(91) Cfr. Vasoli (*La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, spec. p. 238, da cui è tratta la citazione) sottolinea l'arco teorico e storico tracciato da intere generazioni di giuristi che, con la riscoperta di Aristotele e sotto l'influenza del ramismo, congiungono i propositi sistematizzanti cinquecenteschi ai grandi tentativi enciclopedici di Leibniz.

(92) Come Wesembeck, pronto a sostenere: «nempe mutuum [...] quod quisque contrahentium sui compendij causa paciscatur» (WESEMBECK, *In Pandectas*

Indubbiamente, però, il più serio tentativo di elidere le contraddizioni oggettive e le incoerenze testuali proviene dal *mos gallicus* «ut eleganter scribit Duarenus» (93) benchè nemmeno gli umanisti sembrano giungere ad una definitiva conciliazione.

Non può, infatti, dirsi netto e radicale il distacco dalle antiche strutture nel pensiero di Francois Duaren (94), che ad un'enun-

---

*Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit. XV, 200A) o Mynsinger, preoccupato, per l'esatta comprensione delle fattispecie contrattuali da parte di mercanti ed amministratori civici che, evidentemente con il diritto avevano un rapporto quotidiano e diretto, ma non un facile approccio (MYNSINGER, *Apotelesma, id est, corpus perfectum scholiorum*, Tit. XVI, *De verborum obligationibus, Summa*, 473-475, spec. nn. 13-16, 474). Per Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588), allievo di Zasio a Friburgo, avvocato e celebre giurista riformato, giudice delle corti imperiali e cancelliere del Principato di Brunswick-Wolfenbüttel si veda S. SCHUMANN, *Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588). Herzoglicher Kanzler in Wolfenbüttel – Rechtsgelehrter – Humanist. Zur Biographie eines Juristen im 16. Jahrhundert*, Wiesbaden 1983, e prima EAD., *Joachim Mynsinger von Frundeck: Humanist Rechtsgelehrter – Politiker (1514-1588)*, in *AfK* 62/63 (1980-81), pp. 159-194. Per gli aspetti più marcatamente biografici, invece, cfr. la voce di J. OTTO, redatta per *JBL*, p. 462. Spunti anche in MATTONE, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento* e SAVELLI, *La censura dei libri di diritto nella seconda metà del Cinquecento*, spec. p. 9 nt. 32, versione it. di *The censoring of law books*, in *Church, censorship and culture in early modern Italy*, ed. by G. FRAGNITO, Cambridge 2001, pp. 223-253.

(93) Così riferisce Mantica (*De tacitis et ambiguis conventionibus*, Lib. XIV, Tit. XII, *Stipulatio sine causa an valeat*, n. 1, 138 e *Quibus modis nuda conventiones vestiantur*, Lib. XIV, Tit. II, n. 14, 638) ricordando addirittura l'incursione filologica del giurista francese presso la biblioteca della città universitaria. Sul punto, anche lo stesso Duaren (*Opera omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput I, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 96).

(94) «stipulationem ex qua verborum obligatio nascitur [...] ita definit Pomponius, ut sit verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, aliquid se daturum, facturumve id, quod interrogatus est, respondet [...] Cuius definitionis singula verba expendenda sunt. In primis dicitur *Conceptio*, ut intelligamus: licet hoc verbum pro interrogatione non nunquam accipiatur [...] tamen in hoc loco totam verborum complexionem, qua ex interrogatione, et responsione constat, significare. Deinde dicitur in definitione, *verborum*: quia licet in plerique aliis contractibus consensum quoquo modo significare sufficiat [...] tamen in hoc stipulationis genere verbis exprimi debet: idque ita ut alter alterum exaudiat» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. III, *De verborum obligationibus*, Caput I, *Quid sit stipulatio*, 155, ma anche Vol. I, *De pactis*, Caput I, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 84). Una particolare attenzione al profilo volontaristico (frequenti le ripetizioni di *voluimus* nel contesto definitorio della *transactio*) si coglie anche nel più famoso allievo del Duareno, ovvero in Ugo Donello. Quest'ultimo, che pure non si sofferma in modo particolare sul valore della *stipulatio*



ciazione costruttiva e generalizzante in tema di *stipulatio*, di stampo indubbiamente tradizionale, fa seguire alcuni esempi chiarificatori interessanti (95) senza, però, spingersi oltre: né ad una dettagliata analisi degli effetti della “stipula”, né, tantomeno, alla costruzione di una “esigibilità transattiva”, in ragione del ricorso allo strumento formale (96).

E nemmeno nel Cujas che, in tema di *stipulatio* non abbandona la natura contrattuale dell’antica struttura formulare – «*stipulatio igitur est contractus, ex quo verborum obligatio constituitur, vel stipulatio est verborum conceptio ex quo obligatio acquiritur*» (97) – ma ne

---

in ambito transattivo, se non per annoverarla fra le sue forme costitutive *ex lege*, ribadisce infatti, e a più riprese, il ruolo convenzionale dell’accordo compositivo che, poggiando proprio sul combinato disposto di consenso e buona fede, vede nel primo la sua fonte di validità («*transactiones bona fine interpositas servaret. Nam haec constant et valent consensu*»), come dimostra il richiamo che l’allievo fa della forza cogente del patto sorretto da causa idonea, in linea con la tesi del *Trattato sui patti* di Duaren (cfr. DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 179 e *Opera*, Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Liv. IV ad Edictum*, 104, 111; ID., *Tractatus de pactis*, in TUI, VI, Pars I, Cap. VI, n. 1, 15). Utile pare anche un richiamo alla definizione stessa di transazione data da Doneau: «*ex hoc sensu definiemus hoc loco transigere, ut sit litem dubiam, quae vel sit, vel in futurum metuatur, consensu finire*» e ancora «*si transigere est, finire litem consensu; consequens est, transigere est consentire de lite finienda*» (*Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, pp. 174-175 e 178 da cui le citazioni riportate).

(95) Dapprima, Duaren suddivide, infatti, soltanto le *stipulationes* fra *iudiciales*, *praetoriae*, *conventionales* e *communes*, successivamente menziona però il rapporto di derivazione che esiste tra la *verborum obligatio* ed il *negotium contractum* che le dà causa («*ipsae – cioè le stipulationes – pendent ex negotio contracto*»), degradando, sino all’irrelevanza, l’utilizzo per le prestazioni concordate fra le parti, di eventuali *verba de futuro*. I passi, *infra* nt. seguente.

(96) «*item dicitur in definitionem daturum facturumve et idcirco hoc diximus, quia si quia alium quempiam daturum, facturumve promittat, inutilis est stipulatio ista*» benchè il profilo formale debba essere opportunamente integrato dall’elemento causale che Duaren menziona solo *incidenter tantum* (*stipulatio quae contrahitur sine causa [...] nullius momenti sit*), o ancora «*Proinde obligationum firmandarum gratia stipulationes inductas esse et per se sine alia causa inutiliter contrahi*»). Per tutto cfr. DUAREN, *Opera omnia*, Vol. III, *De verborum obligationibus*, Caput I, *Quid sit stipulatio*, 156 e Cap. II *De fine stipulationis*, 158, oltre che Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Liv. IV ad Edictum*, 111.

(97) CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de verborum obligationibus*, 1179-1180.

sottolinea inspiegabilmente poi il ruolo di *vestmentum*, alla stessa stregua della *datio vel factum* (98).

Per quanto concerne la seconda problematica – ovvero «quando stipulatio intelligatur secundum naturam actus super quo interponitur» – chiave di volta è ancora la l. *transactum*.

Testimone ne è Jean de Coras, che non esita, invece, ad affrontare le elaborazioni più recenti (99), alla ricerca dei momenti originari della degradazione a veste dell'antica struttura fomulare romana – «constat stipulationem certam non habere naturam, aut fines, ut dicunt determinatos» (100) – dando piena voce all'impossibilità per la *stipulatio* di alterare *naturam actionis principalis*.

Una conseguenza, la sua, per il vero solo accennata, forse a motivo di un'incompiuta teorica, ma di pregnante significato, poiché lo conduce inevitabilmente ad affermare che «in stipulationibus versari ius, id est actionem: in pactis, factum, id est exceptionem» (101).

Volendo trarre qualche considerazione, appare dunque evidente che, se *pactum* e *stipulatio*, rispetto alla transazione, potevano dirsi equivalenti – idonei allo stesso modo, secondo il *Corpus Iuris*, alla sua creazione – in ottica moderna, essi non giocano un ruolo particolarmente rilevante.

Costituiti e retti sulla base dello stesso meccanismo misto, originato dall'espressione di un consapevole consenso – la cui necessità è di continuo ribadita – i negozi composti tanto per mezzo di patto, che di *stipulatio*, infatti, vedono la loro sinallagmaticità concentrata intorno al nucleo centrale dell'adempimento delle prestazioni ivi dedotte e, non, invece, legata all'architettura formale che ne ha consentita la formazione.

(98) *Ibidem*, *Ad titulum De pactis* col. 941.

(99) «in stipulationibus dicat Iurisconsultus – Accursius – ius contineri propter maximam illam quae adhibenda est in contrahendo solemnitatem [...] contracta deinde stipulatio, verborum obligatio dicitur [...] et ita iuris vinculum [...] roboris plurimum habens» (CORAS, *Miscellaneorum iuris civilis*, Lib. II, Cap. XVI, n. 6, 155).

(100) *Ibidem*, Lib. I, Cap. XXV, n. 9, 72-73.

(101) *Ibidem*, Lib. II, Cap. XVI, n. 7, 156.

La *stipulatio*, rispetto al patto, si presenta, quindi, solo come veste di una volontà “qualificata”.

Ed il fatto che l'accordo transattivo venga concluso mediante l'una, o l'altro, non modifica la natura del contratto. Più semplicemente, l'esercizio di questa opzione formale garantisce ai transigenti l'ausilio di un'azione diversa, che estrinseca i suoi effetti esclusivamente sul piano processuale.

In tale quadro il *pactum* si segnala solo, perciò, come mezzo alternativo alla *stipulatio*, per dare vita alla composizione negoziale della lite (102).

Di realmente nuovo, dunque, nel sistema, c'era la sua “sistemazione”.

I dati, d'ora in poi, sono oggetto di sistematizzazione con il fine di rispondere alle esigenze di una società mercantile, dove ogni regola, sfrondata da solennità ormai eccessive ed inutili, «è apprestata per l'utilità dell'uomo, considerato giuridicamente nel suo *proprium* da tutelare» (103).

Ma *in nuce* da oltre un secolo la dottrina si era rivelata sensibile a queste esigenze come è dimostrato da Cumano, Giasone (104) e Decio,

---

(102) Quest'ultima, del resto, non solo denotava una maggiore complessità – frenando una più celere definizione del rapporto in contestazione – spesso essa, infatti, interveniva in un secondo momento, per inserire clausole contrattuali atte a rafforzare le obbligazioni dedotte, ampliando la portata della convenzione la quale, però era già stata validamente conclusa, ma, essendo un contratto formale, determinava altresì la nascita di obbligazioni astratte, che mal si conciliavano con la finalità transattiva.

(103) BIROCCHI, *Autonomia privata, ordini e mercato*, p. 114.

(104) Come rettamente aveva già spiegato Giasone, criticando Bartolo: «*stipulatio interposita super aliquo actu regulatur secundum naturam illius actus, super quo interponitur. Istud procedit quantum ad hoc, ut non debet vel plus vel minus, quam competeat actio ex illo contractu, sed bene efficacius. Per ista fundamenta potest attemptari contra doctrinam Bartoli et omnium [...] quia stipulatio apposita iuxta aliquem contractum non novat, nec mutat naturam illius contractus super quo interponitur; immo stipulatio assumit naturam illius contractus*». Si trattava, in realtà, di una lettura fortemente innovativa e foriera di conseguenze, perché la l. *cum mota*, insieme al frammento C. 2.4.28, costituiva il baluardo della teoria dell'improduttività di effetti processuali della transazione, nel caso in cui non fosse stata posta in essere attraverso la stipulazione. Cfr. GIASONE DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.6 *de transactionibus*, l. *cum mota*, nn. 10-12, 67v.

che già da tempo avevano dichiarato come, a prescindere dalla forma utilizzata per il contratto, quello che serviva per la sua validità (105) era una causa: «quia in pacto causa requiritur, sicut in stipulatione» (106).

Si trattava solo di dare organicità al discorso, e di creare una struttura coerente.

E tale nuovo ordine si fonda sulla riconsiderazione della causa obbligante nelle fattispecie negoziali atipiche.

### 3. Transactionis causa.

Per quanto, da tempo, i giuristi sul punto continuassero «se torquere pugnantes inter se» (107), quando la transazione era stata qualificata come contratto, la sua sussunzione era, infatti, generalmente avvenuta nella categoria dei contratti innominati (*Doctores voluerunt illam contractum innominatum esse [...]*) (108).

---

(105) Cosicché l'ordinamento, riconoscendone la meritevolezza, potesse ratificarne il contenuto.

(106) FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.3.10 *de pactis*, l. *legem*, n. 17, 156v.

(107) Solo a titolo di anticipazione: una valutazione riassuntiva di un atteggiamento dottrinale di lungo corso si leggerà nel trattato di Giuseppe Orceoli: «[...] an transactio sit nominatus, vel innominatus contractus. Qui enim tenent, eam esse contractum innominatum, praesupponunt pro certo transactionem esse contractum [...] cum contractus sit ultro citroque obligatorius [...] Contrariam opinionem immo nominatum contractum esse defendunt Coras [...] Decius [...] fundamentum vero huius sententiae est, nam transactio habet nomen elegans, et speciale, per quod discernitur ab alijs contractibus: suum titulum habet distinctum a caeteris et consequenter nominatus contractus censi debet» (ORCEOLI, *Tractatus de Transactionibus*, Geneva 1585, *Quaestio VI*, 29, nn. 1-2). Per notizie sull'Orceoli, «patritius foroliensis, Rotae Senensis auditor», si vedano: A. FONTANA, *Amphitheatrum legale*, Pars secunda, col. 427 e, per l'aspetto biografico: G.V. MARCHESI, *Vitae virorum illustrium Foroliensium*, Forolivi 1726, p. 186 e G. ROSETTI, *Vita degli uomini illustri forlivesi*, Forlì 1858, p. 363; mentre per le opere: M. ASCHERI, *Tribunale, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989, p. 251.

(108) Il concetto era già chiaro nel Quattrocento. Per Fulgosio e Maino, non vi era dubbio che si trattasse di fattispecie innominata, sia perché non aveva un proprio nome distintivo («quare non assumit sibi proprium nomen speciale, sed

La distinzione tra nominati ed innominati, mutuata dal diritto romano (109), veniva perciò a riacquistare una particolare centralità

remanet in nomine sui generis»), sia perché non era in grado di fornire un'azione specifica («quia tunc exceptionem tamen parit, nisi vestiatur implemento iustae cause»). Cfr. RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 12. 2. 1 *de iureiurando*, l. *Maximum*, n. 4, 21v e GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *iurisgentium*, n. 1, 146v. Decio, e poi Alciato, invece, pur non arrivando ancora alla formulazione di una soluzione radicalmente innovativa, avevano sollevato con insistenza dubbi circa il fatto che la nostra convenzione potesse annoverarsi fra le fattispecie tipiche, elaborando, però, principi tassonomici diversi fra loro. Il primo, infatti, ripetendo l'antica lezione di Bartolo, aveva ammesso: «quod transactio non est contractus nominatus quare actionem non producit iuxta l. iuris gentium [...]», senza però esimersi dal notare che, parimenti: «Moderni – fra i quali evidentemente, egli, si annoverava – hic respovent quod ista inductio non est bona» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.3.2 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 1, 165). Alciato, dal canto suo, aveva invece sollevato un problema nuovo: «Sed cur ex se potius contractus nominatus non est, cum elegans nomen habeat?» (ALCIATO, *Codicis Iustinianei titulos*, Comm. ad C. 2.4. *De transactionibus, pactum*, n. 6, 68v). Insomma, nel complesso, si trattava di una *vexata quaestio* le cui ombre lunghe si risentivano in tutta Europa. Solo per qualche esempio, si veda ZOES, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum juris civilis, Titulus XV. C. 2.4., De transactionibus*, n. 1, 119; A. LEON DE CORONEL, *Commentaria in titulos de servitutibus ... et in titulos de pactis et in leges difficiles C. de transactionibus*, Salamanticae, 1581, 348-352 e LORJOT, *De iuris apicibus*, ax. LXXVII, col. 459, cui si riferisce il passo nel testo. Per riferimenti biografici circa Antonio Leon Coronel (1525-1591) originario di Segovia, giurista, canonista (*utriusque juris ac philosophiae scientiam adeptus*), matematico e musicista, autore di *Commentaria in Titulos de servitutibus et si certum petatur* e di un commentario *De ultimis voluntatibus*, oltre che dell'opera dedicata ai patti e transazioni, qui citata nella sua prima edizione (Salamanca 1581), cfr. N. ANTONIO, *Bibliotheca hispana nova*, Vol. 1, p. 139; T. BAEZA Y GONZÁLEZ, *Apuntes biográficos de escritores segovianos*, Segovia 1877; G.M. VERGARA Y MARTÍN, *Ensayo de una colección bibliográfico-biográfica de noticias referentes a la provincia de Segovia*, Guadalajara 1903. In particolare, per l'influenza esercitata sull'opera di F. De Vitoria e gli altri teologi salmantini, si rinvia a PLANS, *La Escuela de Salamanca*, pp. 26 e 347.

(109) «La distinzione fra contratti nominati ed innominati appare legata a due diverse questioni: la tipicità del sistema romano dei contratti e lo scollamento fra diritto e realtà». Secondo la tradizionale dottrina romanistica, infatti, i contratti innominati sarebbero stati creati per colmare le lacune del sistema civilistico più antico. Tra i primi a contribuire alla precisazione dei diversi aspetti della riconoscibilità dei contratti innominati, A. Burdese, con una nutrita serie di contributi destinati ad individuare la causa di Aristone (citata in D. 39.5.18) nella funzione meritevole di tutela. Si leggano, in proposito fra i tanti, *Ancora sul contratto nel pensiero nel pensiero di Labeone*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 458 ss.; ID., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, 36 (1985), pp. 14 ss.; ID.,

nella dottrina del secolo XVI (110), in cui l'impegno professionale di docenti e pratici attorno alle fonti giustiniane, per cogente necessità e più matura competenza, si stava esaltando nella costruzione di una disciplina generale del *contractus* (111), al punto che, in relazione al te-

---

*Ancora in tema di contratti innominati*, in *SDHI*, 52 (1986), pp. 442 ss.; ID., *Osservazioni in tema di contratti innominati*, pp. 127 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, pp. 15 ss.; ID., *Recenti prospettive in tema contratti*, in *Labeo*, 38 (1992), pp. 200 ss.; ID., *I contratti innominati in Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 63 ss.; ID., *Tra causa e tipo negoziale dal diritto classico al postclassico in tema di transazione*, in *SCDR*, 9-10 (1997-1998), pp. 45 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano in onore di A. Dell'Oro*: Milano 11-12 maggio 1995, Milano 1998, pp. 17 ss.; e, da ultimo, ID., *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli 2001, pp. 317 ss.

(110) Che il Cinquecento sia stato testimone di tentativi più o meno riusciti di costruzione dogmatica di problemi sino ad allora tradizionalmente affidati all'analisi casistica, come quello della creazione di una categoria generale di contratto, e di una radicale rivisitazione della categoria degli innominati, lo si coglie pienamente dalle acute riflessioni di Duaren: «nunc videndum est de contractu, quomodo hic accipiamus contractum. Hoc verbum latam significationem habet hoc loco, ut dicitur in *l. Omnem* [...] Contractus aliquando dicitur ultrocitroque obligatio [...] latius accipitur pro quocumque contractu quoties quis alicui aliqua causa obligatur. Preterea contractum intelligimus quasi contractum» (DUAREN, *Opera Omnia*, Vol. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Caput VIII, *De foro competenti, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 305). Una disamina approfondita della questione è offerta nel saggio di BIROCCHI, più volte citato, *Causa e categoria generale del contratto, passim* e, più di recente, in ID., *Autonomia privata tra ordini e mercato*, p. 102.

(111) In merito all'idea di una categoria generale di contratto in diritto romano cfr. *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. In particolare, si rinvia alla sezione romanistica (II), con specifico riferimento ai saggi di CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, pp. 35-61 ed all'ampia bibliografia ivi citata, spec. nt. 34 e pp. 9-61; di F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, pp. 63-83 e di SANTORO, *La causa nelle convenzioni atipiche*, pp. 85-130. Infine per una sintesi dei risultati raggiunti, si vedano le osservazioni conclusive di A. GAMBARO, *Sintesi inconclusiva in tema di causa e contratto*, pp. 551-575, sempre nello stesso volume. Più datati, ma sempre validi: RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi Bonfante*, I, Milano 1930, pp. 113 ss.; ALBANESE, *Agere, gerere, contrahere in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, pp. 1113-1170; *Le droit romain*, per i saggi, già richiamati di Grosso (*La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droits modernes*), Talamanca («Conventio» e «Stipulatio» nel sistema dei contratti romani) e GORDLEY, (*The philosophical origins of modern contract doctrine*,



ma *de quo*, pare conveniente riprendere il discorso, per puntualizzare alcuni elementi rimasti in ombra.

Innanzitutto, occorre precisare come il contratto nel diritto intermedio, come per quello romano, fosse principalmente fonte di obbligazioni (112), mentre gli accordi, da cui queste ultime non scaturivano, integravano solo ipotesi di semplici *pacta*, privi di rilievo processuale.

Preme inoltre ribadire come il concetto di *contractus*, in tali sistemi, non fosse affatto univoco.

Al contrario, mancando un paradigma astratto, si operava sui “tipi” e, quindi, ai contratti che sorgevano per accordo delle parti, normalmente “tipizzati”, si affiancavano, quelli solenni e quelli reali (113), in cui si inseriva anche la sottospecie degli innominati, ripartiti nelle quattro usuali categorie del *dare* e *facere*, rispettivamente combinati (114).

---

pp. 30-68).

(112) In epoca classica, a prescindere dai contrasti fra le note scuole dei proculiani, che da Labeone prende origine, e dei sabiniani al contratto era riconosciuta solo efficacia obbligatoria. In entrambe le ricostruzioni, tuttavia, questo ingenerava ed avrebbe ingerato nei secoli successivi, notevoli inconvenienti. Secondo l'impostazione di Labeone, infatti, sarebbero stati privi di tutela i contratti atipici, riconoscendosi meritevoli agli occhi dell'ordinamento solo quelli sinallagmatici (caratterizzati, cioè dall'*ultrocitroque obligatio*). I sabiniani, invece, oscillavano fra la riconduzione dei negozi atipici in quelli tipici e lo “snaturamento” dei negozi già riconosciuti. Insomma, qualunque fosse la tesi di partenza, si era aperto un conflitto fra il rispetto della tipicità e la protezione dei nuovi negozi. Per tutto, cfr. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto, ricerca degli archetipi della categoria contrattuale*, pp. 151 ss. e ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni*, pp. 64-65. Per la diretta influenza sulla dottrina intermedia, BIROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, p. 192 e KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, pp. 142-144. Per le fonti, un riferimento utile si coglie negli *Apotelesma* di Joachim Mynsinger von Fründeck (*Apotelesma, id est, corpus perfectum scholiorum*, Tit. XIV, *De obligationibus*, §1, *Divisio priori et posterior*, 463-464, spec. n. 7, 464).

(113) Indubbiamente il momento consensuale era “depresso” nell'età intermedia da una prassi ossequiosa alla necessità che esso si esprimesse in comportamenti esteriori traducibili in contratti verbali o reali (ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, pp. 345 ss. e *passim*). La dottrina medievale, dal Milleduecento in poi, tendeva a identificare tutti i contratti come patti vestiti, da qui l'attenzione al *vestmentum*.

(114) I capisaldi della classificazione della transazione nelle quattro categorie del *facere* combinato col *dare* sono riassunti da Lorient, unitamente anche ad una



In termini generali, dunque, il problema dei negozi bilaterali (giuridicamente) atipici riguardava due differenti profili, che si ponevano su piani diversi.

Da un lato quello dell'ammissibilità e tutelabilità dell'operazione economico-giuridica nel suo insieme: cioè del suo riconoscimento da parte dell'ordinamento.

Dall'altro, quello degli effetti che, da tale riconoscimento, conseguivano: cioè la disciplina applicabile al rapporto, o ai rapporti posti in essere dalle parti.

Mentre però questo secondo aspetto si incentrava sul problema della qualificazione – riferibilità dei dati della fattispecie concreta ai dati delle fattispecie legali – non altrettanto poteva dirsi per il primo, che, in qualità di accertamento preliminare della giustificazione del vincolo obbligatorio (causa), puntava a valutare se la fattispecie potesse essere, o no, diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Il sistema della causa, di per sé considerata, riguardava, infatti, un elemento che, esterno rispetto alla determinazione dei contraenti, era stato stabilito dal diritto per l'efficacia nel negozio (115).

---

succinta raccolta di *opiniones*, a partire da Azzone, per giungere sino ad Alciato. Cfr. LORiot, *De iuris apicibus*, axx. CXXXVII-CXL, coll. 485-486.

(115) E' tesi ormai consolidata che quello della causa sia un concetto dal contenuto incerto («one the vaguest terms of the Roman juristic language», GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, spec. pp. 30-40). Nonostante ciò, esso è giunto fino a noi lungo un tortuoso e complesso processo evolutivo che nasce proprio dalla giurisprudenza romana. Prendendo, dunque, le mosse dal quadro generale romano – ove, è bene ribadirlo, non fu mai elaborata una teoria generale della causa, ma si studiarono solo singole *causae* negoziali – la dottrina ha sempre cercato l'emersione di specifiche oscillazioni semantiche, collocandole tutte all'interno del perimetro contrattuale, ed attribuendovi significati che si pongono su piani differenti (dogmatico esegetico e linguistico). Mentre, però, una simile polisemia ha finito per far perdere in diritto romano la specificità al lemma, tale quadripartizione, in seguito alla riscoperta medievale, si è arricchita ed ordinata, andando a definire, rispettivamente, la *causa efficiens*, *materialis*, *formalis* e *finalis*. Cfr. Per tutti: E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1942, p. 100 e ss.; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953 (estratto da *Transaction of the American Philosophical Society*), Vol. 43, (1953); A. SÖLLNER, *Die causa im Konditionen – und Vetragsrecht des Mittelalters, bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, ZSS, RA, 77 (1960), pp. 182- 250, e, specificatamente, per la dottrina del Cinquecento, BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 18-19; 27 e ss. Infine, per un riferimento ad

Si mostrava, in altre parole, come il fondamento giuridico dell'obbligazione, la sede privilegiata della sua effettività e la ragione obbiettiva della conseguente protezione legale (116).

Volendo, quindi, procedere con un certo ordine, non si può che concordare che un nucleo forte del ragionamento provenisse, in questi anni, dalla contrapposizione del tipo al concetto.

Nel Cinquecento, momento di letture delle fonti antiche dai colori e, soprattutto, dai toni più vivaci, quello che in realtà era cambiato non era il termine di confronto, ma solo il modo di intenderlo (117).

---

Aristotele (ARISTOTELE, *Opere*, III, trad. ital. A. RUSSO (a cura di), Roma 1973, I, (A), 9380), si veda A. MAFFI, *Synallagma e obbligazioni in Aristotele: spunti critici*, in *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, promosso dall'Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi: Milano, 12-14 giugno 1978, Milano 1980, pp. 11 ss., mentre in merito alle difficoltà incontrate nella traduzione dei *Digesta*, cfr. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, p. 128 nt. 191.

(116) In effetti, i principali problemi sollevati in tema di causa sembrano legarsi all'idea di paradigma generale del contratto, un'opinione che può farsi risalire agli autori dell'età intermedia (una rassegna è leggibile in GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmatica de los juristas medievales y modernos*, pp. 226 ss.) e che ha trovato in ricerche, pur concentrate su segmenti cronologici differenti, una propria e recente conferma. Cfr. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto, passim*; VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 294 ss.; SANTARELLI, *Qualche riflessione su 'causa' e 'irregularitas'*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, pp. 163-173 e, sempre nello stesso volume, M.J. GARCÍA GARRIDO, *Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de Glosadores y Canonistas en las Partidas y el Ordinamineto de Alcalá*, pp. 175-188. Più risalenti nel tempo si vedano inoltre i saggi di D. J. Ibbetson, J. Barton, I. Birocchi, U. Petronio e J. Gordley, in parte già anche citati e contenuti in *Towards a general law of contract*. Una menzione particolare va proprio al saggio di Barton in cui si rileva come «until the last years of the fifteenth century it is very much easier to say what a contract is not than to say what it is» (*The medieval contract*, p. 16).

(117) L'intimo collegamento, che si può e deve ravvedere nell'esperienza giuridica medievale tra le questioni formali e le fonti delle obbligazioni, che spesso arrivarono anche a sovrapporsi fra loro, discende dall'atteggiamento mentale con il quale i *doctores* si accostarono, per secoli, ai contratti. Ad essi, infatti, rimase a lungo estranea la nozione generale e – ove possibile – continuarono a ragionare in termini di singole fattispecie negoziali, raggruppate nelle quattro categorie nelle quali i giuristi romani avevano distinto le fonti delle obbligazioni, ovvero *obligationes quae contrauntur, verbis, litteris, consensu e re* (PETRONIO, *Stipulazione e documentazione dei contratti in età comunale*, in *Civiltà Comunale: Libro, Scrittura, Documento*, I, Genova 1989, pp. 53-78, spec. pp. 55-56). Una maggiore ponderazione si ha con la Scuola di Salamanca, come dimostrano le riflessioni di Louis de Molina (*De Iustitia et*

Comprensione della realtà, attenzione per la prassi e rivendicazione di un proprio autonomo ruolo distoglievano l'attenzione del giurista moderno dai vertici teorici della *scientia iuris* verso i suoi aspetti più operativi, costringendolo a porre al centro del dibattito non più la definizione del contratto nominato, ma il "tipo legale", che si esprimeva in qualità di *verbum generale* «suo ambitu complectens commercium omne ac negotium, quodcumque inter homines contrahitur» (118).

---

*iure, De contractibus*, Tract. II, disp. 257, nn.1-4), di Antonio Gomez (per il cui ruolo BARTON, *Causa promissionis again*, pp. 72-73, e BIROCCHI, *Saggi sulla formazione*, pp. 39-40) e Leon Coronel (*Commentaria in leges difficiles*, n. 3, 348-349). In particolare, è proprio Gómez (*Variae Resolutiones*, To. II, *De contractibus*, Venetiis 1747, *De contractu verborum*, n. 2, 89) a riassumere con una notevole lucidità i termini della questione causale. L'ampia polisemia della parola, esaminata alla luce di centinaia di passi romanistici, ed agli influssi derivanti dalla filosofia e dalla retorica, risolve per il nostro teologo la questione del *nudum pactum* («postea vero supervenit Jus civile, et approbavit, et confirmavit illud pactum, quod habet in se sufficientem et praesistentem causam»), sulla base della presenza, o meno, di una causa meritevole di tutela («ratione cuius datur ei elegans nomen et proprium nomen [...] mediante qua adprobatione oritur obligatio civilis, et [...] actio»). Sulle disposizioni del diritto regio in base alle quali «oriri actionem et obligationem ex nudo pacto, vel qualibet promissione», cfr. anche AYLON LAYNEZ, *Additiones ad Caput IX, De contractu verborum*, in calce alle *Variae Resolutiones*, To. II, n. 4, 93 e autonomamente, *De contractu verborum*, Cap. IX, n. 4, 223. Sulla necessità di un supporto causale nella dottrina italiana («docent et explicant de iure communi») si vedano, invece, le lezioni di Mantica (*De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, Lib. XIV, Tit. XII, *Stipulatio sine causa an valeat*, nn. 1-2, 138) e di Menochio (*De praesumptionibus, coniecturis, signis, & indicijs. Commentaria in sex distincta libros*, Augustae Taurinorum 1594, Lib. III, praesumpt 132, 509-517). Su Giacomo Menochio (1532-1607), alto magistrato del Senato milanese, professore principalmente a Pavia, ma anche a Padova e a Mondovì, autore di numerosissimi *Consilia*, stampati in 13 volumi, cfr. C. VALSECCHI, *Jacopo Menochio e il giurisdizionalismo tra Cinque e Seicento*, in *Studia Borromaeica*, 14, (2000), pp. 93 ss., ed EAD., la voce omonima redatta per *DBI*, 73, Roma 2009, pp. 521-524 oltre che quella di M. SERRANO – VICENTE, per *JU*, II, pp. 248-250. Mentre su aspetti più specifici, già in precedenza EAD., *L'istituto della dote nella vita del diritto del tardo Cinquecento: i "consilia" di Jacopo Menochio*, in *RSDI*, LXVIII (1994), pp. 205-282 e G. DI RENZO VILLATA, *Tra leggi e scienza giuridica nella Milano di Ancien régime*, in *Bibliotheca Senatus Mediolanensis. I libri giuridici di un Grande Tribunale d'ancien régime*, G. BUCCELLATI – A. MARCHI (a cura di), Milano 2002, pp. 88-89) e, per le edizioni, MATTONE, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, pp. 114-115.

(118) Cfr. DUAREN, *Opera Omnia*, vol. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Caput

L'analisi del *contractus*, così come l'identificazione degli elementi per la sua definizione, segnalavano ormai chiaramente le coordinate necessarie per riscrivere l'intera cartografia della negozialità bilaterale (119), costringendo i nuovi "cursori" del diritto comune (120) a ricondurre ciascun caso di specie all'*archetipo*, e a scongiurare il pericolo di arbitrii, connessi a una valutazione di sintesi, fondata su criteri esclusivamente quantitativi.

Insomma, non si trattava più di risolvere un problema lessicale, ma storico, rifuggendo da appiattimenti su soluzioni interpretative da-

---

VIII, *De foro competentis, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 306 e *De pactis*, Caput I, *Quid sit Pactum*, 68 e ancora per un'esegesi testuale più profonda Caput I, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 82-83 e 85. Il vero momento innovativo risiede nell'attribuzione al concetto di *contractus* del ruolo di *archetipo*: una nozione, cioè, in grado di fissare una struttura comune che possa essere il presupposto della qualificazione, come contratti, di strutture negoziali diverse. Come è stato infatti rilevato da D'Amelio (*Indagini sulla transazione*, p. 145) – seppure limitatamente alla dottrina del pieno Cinquecento – «non bisognerebbe affidare solo al giusnaturalistico trionfo del principio consensuale il rinnovamento teorico del sistema contrattuale. Diverse vie erano possibili e furono tentate e, fra di esse, quella di estrarre uno schema generale del contratto facendo leva su elementi strutturali». Questa lettura è stata ripresa in tempi più recenti da Birocchi (*Notazioni sul contratto*, p. 646), ma si veda anche PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 215 nt. 4. Sulla metodologia utilizzata dagli umanisti al fine di pervenire ad una visione d'insieme, che consentisse di comprendere le varie parti del diritto, per un loro più concreto utilizzo pratico, ancora BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 107-109 e, da ultimo, ID., *Autonomia privata tra ordini e mercato*, spec. pp. 115-116, ove riprendendo proprio Donello, l'autore sottolinea il ruolo della logica ramista "impiegata con attitudine sintetica" per andare dal generale al particolare. Utile, infine, anche G. ROSSI, *Dai contratti al contratto: giuristi al lavoro alle soglie dell'età moderna*, in *QF*, XXVII (1998), pp. 517-535.

(119) L'analisi di "tipi" contrattuali con particolare riferimento agli *essentialia, naturalia* ed *accidentalibus contractus*, si legge in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, spec. pp. 54-63. Addirittura Birocchi ritiene l'impiego delle categorie come *substantia* e *natura contractus* sia stata la «vera chiave di volta» per l'adesione della teoria alla realtà economico sociale, segnalando un vero e proprio «atto di responsabilità» da parte dei giuristi che nel contratto innominato avevano fatto rientrare il rapporto obbligatorio. Per tutto, cfr. ID., *Autonomia privata tra ordini e mercato*, spec. pp. 105-109.

(120) La metafora è di Cassi, che riferendosi a Bartolo e Baldo, li definisce "cursori" del *mare magnum* dello *ius commune* cfr. A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e Nuovo Mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano 2004, p. 86.

tate e, nel complesso, mal rispondenti alle condizioni culturali del mondo “riformato”.

### 3.1. *L'articolazione della transazione fra pactum e contractus innominatus.*

Sulla base del lavoro svolto dai compilatori era stata creata la terminologia “contratti innominati” (121), volta a definire atti ad effetti obbligatori (*esse obligationem*), purchè retti da causa idonea (*subsist tamen causa*) (122).

L'interpretazione del responso D. 2.14.7.2 (1. *Sed et si*) (123), re-

---

(121) Si allude, in particolare, alla successione/combinazione dei frammenti D. 2.14.5. – esplicativo delle caratteristiche delle convenzioni pubbliche – e D.2.14.6. – utilizzato, invece, per definire le *conventiones legitimae* – con il successivo D. 2.14.7.

(122) Le “operazioni negoziali” richiamate da D. 2.14.7.2 sarebbero state tutte del tipo *do ut des* o *do ut facias*, ovvero, figure di contratti bilaterali. In questo contesto, il termine *res* sostitutivo di *conventio*, avrebbe, dunque, fatto riferimento a quelle *conventiones* che generano *mutuae actiones*. Sul punto, cfr. FALCONE, *L'origine della definizione di sunallagma nella Parafrasi di Teofilo*, spec. p. 37. Per maggiori puntualizzazioni si veda invece, BURDESE, *Sulla definizione teofilina di συνάλλαγμα (a proposito di un recente studio)*, in *RDR*, 1 (2001), pp. 269-271.

(123) Ecco 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 instituire 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» (ID., *Opera Omnia*, Vol. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Caput VIII, *De foro competentis, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 306 e, per un'esegesi testuale più profonda: *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 95 e 97). L'andamento

so per dare tutela alle *dationes ob rem*, non solo con l'utilizzo della *condictio (causa non secuta)*, ma anche con il ricorso all'azione contrattuale generale, aveva poi sollecitato la sovrapposizione di tali figure – e di tutti gli accordi che si accompagnavano ad una qualsiasi prestazione eseguita in vista della sua controprestazione (D. 19.5.5, l. *naturalis*) (124) – ai contratti innominati, dando l'impressione che lo schema *dofacio ut des* e *dofacio ut facias* fosse quello che ne potesse “sintetizzare” esaurientemente la casistica.

La conseguenza immediata era stata che glossa e commento avevano costruito “il contratto innominato” come *contractus realis*, dall'*incerta verborum vis* (125).

Il risultato finale non era stato di per sè errato, perché corrispondeva al fatto che la convenzione atipica fosse accompagnata dalla sua attuazione da parte di uno dei contraenti.

Quel che, invece, appare – e nel Cinquecento appariva ancor di più – limitante in questa costruzione era l'identificazione della *causa*

---

dell'esposizione ulpiana è stato variamente ripreso di recente dai romanisti, e nonostante i numerosi attacchi, ritenuto genuino, fra gli altri: KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, pp. 133-138 e DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, pp. 70-77. Infine per le traduzioni esistenti, una rassegna si legge in ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, spec. pp. 104-111.

(124) Per D. 19.5.5 cfr. SANTORO, *La causa nelle convenzioni atipiche*, p. 89 nt. 21 e ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, pp. 208-209. Per quanto concerne le fonti, invece, si veda la trattazione specifica di Doneau, in particolare, i capitoli: *Argumenta quibus evincitur actionem praescriptis verbis non minus competere, cum facio, ut des, quam in aliis tribus generibus* e *Ad § Sed si dedi. l. naturalis, et ad l. iurisgentium, § 1*, in DONEAU, *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus*, Heidelbergae 1674, 43-49 e 64-72.

(125) Per la Glossa, si rinvia alle gl. *iuris gentium*, gl. *sed cum* e gl. *causa* ove espressamente si parla di *datio vel factum quod vestiatur pactionem* (cfr. ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, 37v), mentre per il Commento si vedano BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Digesti Veteris*, Comm. ad D. 2.14.7, *de pactis, l. iurisgentium*, nn. 1-2, 86 e BALDO DEGLI UBALDI, *In primam [-secundam] Digesti Veteris partem, in primam et secundam Infortiati partem, in primum Codicis libros*, Comm. ad D. 2.14.7. *de pactis, l. iurisgentium*, ove leggiamo al n. 2: «innominati actionem pariunt ab implemento [...] in texto ibi causa, causam vocat hic impletionem». Un approfondimento della disciplina testuale romana si legge in CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, pp. 36-38.



esclusivamente con tale comportamento (126), con la conseguente atrofizzazione dell'elemento convenzionale (*in angustiis compressum et quasi conclusus*) e, per converso, l'enfatizzazione di quello reale, da cui la qualificazione dei negozi atipici, appunto, come tali (127).

In questo impreciso contesto, già a partire dal Quattrocento – come detto – si era inserita anche la transazione che, fuoriuscita dal regime pattizio, si era mostrata sempre particolarmente sfuggente alla tipicità edittale, a causa della fertile commistione di accezioni diverse che la caratterizzavano e, che, generalmente, tendevano anche a rimanere intrecciate, senza possibilità di riconduzione ad un sistema unitario (128).

Se, in apparenza, può dunque sembrare contraddittorio trattare del problema della “causa” della *transactio*, dal momento che, per un periodo di tempo indefinito, essa stessa era stata *causa* di tipologie negoziali diverse, rispetto alle quali si ergeva come negozio di secondo grado (129), la negazione della sua contrattualità aveva, in epoca moderna, riaperto il dibattito (130).

---

(126) Particolarmente penalizzante per il nostro negozio, dal momento che «indeque transactionem litis finiendae exceptionem vocant, inquietes actionem non parere, nisi postquam res est sequuta» (LORiot, *De iuris apicibus*, axx. LXXIX, coll. 460).

(127) Una ricostruzione della complessa struttura delle fattispecie innominate è svolta da Antonio Gomez, che, dopo aver elencato le quattro categorie di riferimento, nell'usuale ripartizione del *facere* combinato con il *dare*, definisce *contractus innominatus*, quello «super hoc partes adinvicem conveniunt per pactum nudum», spingendosi assai in profondità nell'esame dell'*interventus rei*, ai fini dell'azionabilità dell'accordo. La sanzione processuale, infatti, nei contratti innominati, discenderebbe direttamente *ex ispo pacto et conventione partium*, e non, invece, dalla sola *traditione postea secuta*. Per tutto cfr. GOMEZ, *Variae Resolutiones*, To. II, Caput VIII, *De contractibus innominatis*, nn. 1-2, 86-87, oltre che le *Additiones* in calce, nn. 1-2, 88-89. Sul punto anche, AYLLON LAYNEZ, *Illustrationes sive additiones eruditissimae*, Caput VIII, *De contractibus innominatis*, 220-221.

(128) L'analisi dello sviluppo diacronico del *transigere* che sottolinea lo scambio delle prestazioni per superare un conflitto di interessi qualificato, quale è la lite, è già stata svolta nel Capitolo I. Il riflesso che la sua ancipite valutazione ha sulla ricostruzione del profilo sostanziale della fattispecie si può cogliere, comunque, in LORiot, *De iuris apicibus*, axx. LXXVII-LXXVIII, coll. 459-460.

(129) Testimonianza chiara ed indiscussa di questo atteggiamento mentale è fornita non solo dall'identificazione della transazione come patto estintivo, ma, soprat-



Nel volgere di meno di un secolo, anche a costo di sacrificare taluni aspetti della questione, la nuova sistematica negoziale respingeva, o almeno, ridimensionava pesantemente, l'edificio *gotico ed informe* dei *vestimenta*, per disegnare una cornice che legasse, tenesse insieme e giustificasse, dando loro un senso più generale, i diversi elementi del quadro sostanziale dell'*amicabilis compositio*, il tutto grazie alla riconduzione all'unità dei "tipi".

Si era insomma compreso come fosse ormai indispensabile, per non giustiziare questo istituto condannato, altrimenti, a morte certa, mutare i termini della questione, passando dal problema dell'azionabilità a quello dell'obbligatorietà.

---

tutto, dalla sua dichiarata inettitudine a costringere la parte remittente l'azione alla prestazione cui si era obbligata stringendo la transazione. In altre parole, il fatto che l'attore – per utilizzare una terminologia cara alle fonti – non si ritenesse, né fosse, in alcun modo vincolato all'osservanza della convenzione, potendo rinnovare, in qualsiasi momento, le sue originarie istanze, nascenti proprio da quel rapporto, che, invece, doveva essere stato transatto, sottolineava la denunciata incapacità a considerare la transazione come causa idonea di obbligazione. Per una menzione delle fonti, si vedano, in particolare: Piacentino e la glossa. Il primo scriveva: «nec enim proprie contractus est ... transactio inquam (ut dictum est) cum sit nudum pactum neque contractus est, neque quasi contractus: immo certiore rationem sequamur, magis proprie distractus est, nec enim qui transigit dissimilis est ei qui solvit» (*Summa Codicis, De transactionibus*, Tit. III, p. 50); nella seconda, invece, troviamo: «negotii contrahendi, obligationis constituendae [...] vel transigendae obligationis tollendae» (*Glossa in Digestum Vetus*, gl. *contrahendi transigendique*, D. 2.14.1.3, *de transactionibus*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, 37a). La funzione "causale" della transazione è altresì ribadita da Bartolo, più o meno nella stessa prospettiva, secondo quanto riferisce Giasone: «Secundum Bartolum transactio est contractus innominatus, cum habeat nomen generis [...] Et adverte, quod dum textus his dicit contrahendi, transigendique causa, vult dicere, quod conventio specie est: sive fiat animo contrahendi, sive animo transigendi et sic distractendi. Nam transactio dicitur quasdam transitus ab actione [...] Terminus ergo transigendi non ponitur in hoc texto in specie pro transactionem [...] sed capitur generaliter pro distractu seu recessu» (GIASONE DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1. *de pactis*, l. *huius edicti*, n. 7, 142v). Per la contrapposizione tra l'archetipo transattivo tendente a privilegiare il profilo convenzionale del negozio, si veda anche A. Ruiz (*Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1927<sup>2</sup>), mentre per una visione contrattaule si vedano Melillo (voce *Transazione*, pp. 771 e ss.) e Talamanca (*Istituzioni*, p. 643) che sottolinea il ruolo causale dell'istituto, a prescindere dalla concessione di una tutela attiva della fattispecie, pure testimoniata da C. 2.4.6.

(130) Ancora, LORIOT, *De iuris apicibus*, ax. LXXXVI, col. 463; DUAREN, *Opera Omnia, De pactis*, Caput I, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 77.

Poche decise battute erano state sufficienti per disegnare un nuovo e più scarno schema della contrattualità, che anche lo studio della transazione – ora *conventio*, ora *pactum*, talvolta *contractus*, persino *distractus* – aveva contribuito, evidentemente, ad arricchire.

Per compiere questa operazione sistematica, infatti, proprio i contratti atipici, riletti alla luce del significato patrimoniale delle prestazioni dedotte, in stretta correlazione col ruolo attribuito all'elemento funzionale del sinallagma (131) acquistavano grande rilievo.

Discutere del contratto di transazione agli occhi di un grecista del calibro di Guglielmo Budè (132), come nella pagina del milanese Andrea Alciato (133), significava rintracciarne l'origine, entro l'ordine istituito dalla compilazione giustiniana, senza mediazioni legittimanti.

Allo stesso tempo, però, significava anche individuare – come fu già lucidamente segnalato da Giuliana D'Amelio – un «canone di interpretazione e di identificazione» del contratto, in base al quale procedere ad un eventuale inserimento della composizione amichevole della lite al suo interno (134).

La giustizia, quale principale parametro *ad servandam aequalitatem rerum inter homines* (135), era quella commutativa ovvero, la tipi-

---

(131) In queste ipotesi, infatti, la causa non è più garanzia della materiale esecuzione della prestazione, ma il *συνάλλαγμα* che tutela le parti attraverso la razionalità insita nell'accordo stretto fra di esse, ritenuto "giusto" dalla dottrina umanista in base ai principi correttivi della filosofia tomistica e aristotelica.

(132) BUDÈ, *Annotationes Gulielmi Budaei Parisiensis*, 250: «contractum autem ultro citroque obligationem esse. Quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant, quod verbum apud Aristo. Identidem legitur». Sul fatto che Budè anticipi gli studi di Alciato sul sinallagma (D'AMELIO, *sulla transazione*, p. 128 nt. 19) vi sono forti dubbi (VIARD, *Andrè Alciat*, pp. 224 e 260). I testi greci studiati con precedenza rispetto al giurista milanese sarebbero, infatti, quelli delle *Annotationes* del 1508. Per tutto, cfr. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 219 nt. 21.

(133) Si tratta evidentemente di quel *mutuum factum obligatorium* individuato da Alciato (*Digestorum titulos. Commentaria*, Comm. ad D. 50.16.19, *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *contractum*, nn. 6 ss., 215) come momento fondante della necessaria reciprocità dei comportamenti delle parti cui segue la corrispettività delle obbligazioni dedotte. Sulla lettura diretta dei passi greci da parte di Alciato, cfr. TROJE, *Graeca leguntur*, p. 23 ss.

(134) D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 120.

(135) Il riferimento a questo principio è fatto oggetto di ampio richiamo nel-

ca giustizia dell'individuale (136).

Solo grazie a questo correttivo pratico-morale, infatti, si poteva assicurare la tutela di valori che andassero oltre la piattaforma negozia-

---

le trattazioni dei teologici iberici, con particolare riferimento alle attività commerciali transoceaniche. Solo dopo aver compreso ed assimilato la lingua, i *barbari* avrebbero infatti potuto partecipare dei valori culturali di cui il diritto era espressione. *Medio tempore* spettava ai giuristi-teologi riequilibrare i rapporti. Per un valido esempio si veda il lavoro di Fr. Francisco Garzia che, ispirandosi alla filosofia tomistica cercava, senza mezzi termini, un bilanciamento fra le pulsioni individuali – mosse dalla volontà e dall'egoismo del singolo – ed i parametri di una superiore giustizia naturale, che non sarebbe stata rispettata laddove: «quello che è stato introdotto per l'utilità dell'uno e dell'altro ugualmente fosse di più pregiudicio per una parte, che per l'altra». E' «per fuggir dunque questo inconveniente che è necessario si servi l'equalità tra il prezzo ed il valore della cosa venduta, come richiede la giustizia commutativa» (*Tratado de todos los contractos* (1583), trad. it. *Trattato di tutti i contratti che nei negotii, et commertii humani sogliono occorrere*, Brescia 1579, P.M. MARCHETTI (a cura di), Cap. VIII, n. 29, 120). Una puntuale disamina dell'opera di Francesco Garzia, si legge in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 205-206 e spec. 234-238. Per un accenno al ruolo della *res* si vedano inoltre: SANTARELLI, *Mercanti e Società tra mercanti*, Torino 1992 e A. LANDI, *De evitanda usuras. Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Roma 2004 e, da ultimo, PH. I. ANDRÈ-VINCENT, *Le concept juridique de chose dans le pensée de Las Casas*, in *Jalons pour une théologie du droit*, J.B. DONNIER (textes rassemblés et présentés par), Paris 2007. Infine, sul contributo che la *Conquista* esercitò sugli aspetti gius-privatistici dei rapporti commerciali, per la cui “giustificazione” o per la cui “condanna” si scomoda un intero battaglione dottrinale, si vedano i saggi di J. MARTÍNEZ GIJON, *Historia de Derecho Mercantil. Estudios*, C. PETIT (a cura di), Sevilla 1999 e M. BELLOMO, *I fondamenti ideali del diritto privato indiano nell'opera dei giuristi di antico regime* e ID., *Al di là dell'obbligazione contrattuale in Juan Solórzano y Pereira*, entrambe in *RDC*, 11 (2001), pp. 397-304 e 14 (2003), pp. 205-214. Da ultimo, una storia giuridica della *Conquista*, “vero Giano bifronte” della politica di colonizzazione/cristianizzazione castigliana e lusitana, attraverso lo studio delle fonti archivistiche d'Oltreoceano, è stata ricostruita da CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo, passim*, mentre a F. Mazarella (*Europa e America: storie di colonizzazione giuridica. A proposito di integrazione fra ordinamenti e di globalizzazione*, in *AUPA*, 47 (2002), pp. 233-272, spec. pp. 235-244) si deve un efficace affresco del “ponte giuridico” tra Europa e le terre ibero-americane.

(136) La giustizia è il perno della sistematica contrattuale elaborata, tanto da Alciato che, soprattutto dal suo allievo, François Connan, entrambi ispirati dall'etica aristotelica. Di tutt'altro avviso sarà, invece, Hugues Doneau che, imbevuto di logica ramista, darà vita ad una sistematica contrattuale basata su di un assetto individualistico (radice e premessa, forse, delle stesse soluzioni contemporanee) e che vedrà nel *proprium* del soggetto il cardine del paradigma obbligatorio. Per tutto, cfr. BIROCCHI, *La distinzione fra ius publicum/ius privatum*, pp. 153 ss. e ID., *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 178 ss. e ID., *Alla ricerca dell'ordine*, p. 32.

le tenuta in considerazione al momento della formazione del contratto, diventando il criterio normativante delle relazioni intersoggettive, tanto nella fase di preparazione, quanto in quella di esecuzione.

Solo il costante rispetto di questa proporzione aritmetica avrebbe consentito di mantenere la proporzionalità e la congruità delle reciproche prestazioni, giustificando la pretesa all'adempimento della controprestazione, *ad quod transactionis causa agimus* (137).

Il riferimento legislativo – come già si è accennato – correva, infine, al passo di Aristone contenuto in D. 2.14.7.2 (138), da sempre «magnarum inter Jurisprudentes altercationes causa», come spiegava Duaren (139).

E' in esso che, per la prima volta, veniva dato rilievo al tema della causa nel contratto; ed è sempre in quel contesto, ovvero fra le enunciazioni che precedono (D. 2.14.1, l. *huius edicti*) (140) e seguono (D.

---

(137) LORIOT, *De iuris apicibus*, ax. LXXIX, col. 460.

(138) Si trattava di un *responsum* del giurista traiano in tema di tutelabilità di convenzioni obbligatorie, non rientranti nei *nomina*, ma ugualmente tutelate sulla base della giustificazione dello scambio reciproco, e della presenza del *συνάλλαγμα*. Spiegava, infatti, Duaren: «Ex omni conventione, cuius appellatio nulla jure civili prodita est, datur civili actio: modo nuda non sit, meraque conventio: sed aliquod praeterea negotium habeat, id est, praeter verba et consensum, aliquid ab uno datum, vel factum sit, ea lege, ut ab altero quicquam aliud detur, aut fiat» (DUAREN, *Opera Omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 96). Per maggiori e più specifici richiami al passo romano, cfr. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni*, p. 65 nt. 2; mentre sul problema della mancata concessione di un'actio civilis, a causa della infruttuosità della dazione, cfr. ancora KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, p. 138.

(139) In questo brano Ulpiano riferisce (richiamandosi ad Aristone) che in presenza di un contratto tipico, l'identificazione della presenza di una causa, giustifica l'insorgenza di effetti obbligatori civili: è quindi incontestabile che l'analisi del pensiero di Aristone rappresenti il punto di partenza sulla nascita di una dottrina della causa ulpiana. Cfr. sull'importanza del passo GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmatica de los juristas medievales y modernos*, pp. 167 ss.; GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni*, pp. 63 ss.; SANTORO *La causa nelle convenzioni atipiche*, pp. 131 ss.; PALMA, *Note critiche sul concetto di "causa"*, pp. 321 ss.

(140) Il contenuto prevede che alcune convenzioni del *ius gentium* generino azioni, altre eccezioni. Quelle che generano azioni non restano ferme nella loro designazione, ma trapassano ad uno specifico nome di contratto. Cfr. DUAREN, *Opera Omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 97.

2.14.5, l. *conventionum*) (141), che se ne offriva una vera e propria concettualizzazione (142). Da qui, dunque, prendeva le mosse anche l'argomentare di buona parte della dottrina culta.

L'elenco contenuto in D. 2.14.7.2 accomunava, infatti, contratti certamente rientranti nella tipicità, ma che presentavano del pari la caratteristica della causalità: contratti, cioè, per cui sussisteva una causa determinata, o, combinando le caratteristiche, una "tipicità causale", apprezzata dall'ordinamento (143).

Se, perciò, in questo ragionamento *causa* e *datio* sembravano in alcuni autori sovrapporsi (144) – leggendosi nella causa solo l'avvenuta esecuzione della *datio* (145) – ad uno sguardo più attento, quella stessa

---

(141) In D. 2.14.5 Ulpiano si muove su differenti livelli di approfondimento, tracciando un distinguo in base al *genus*: fra le *conventiones*, *privata* ed *ex publica causa*; ed in base alle *species*: fra quelle *legitimae* e *iuris gentium*. Per tutto cfr. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, pp. 70-77.

(142) Una breve rassegna delle letture romanistiche della causa aristoniana come "scopo negoziale" (Santoro), ragione d'essere del negozio (Albanese), sinallagma (Burdese) o, ancora, *datio* (Sargenti), si legge, riassuntivamente, in DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, pp. 28-34.

(143) E' evidente l'esigenza di un ordine giuridico nuovo in cui la *causa*, che ovvii – non con la forma, come prima accadeva con la *stipulatio* – alla nudità della pattuizione o della *conventio*, si presenta come fonte legittimante dell'esecuzione della prestazione da parte di uno dei contraenti, orientata, nell'intento dei medesimi, alla controprestazione. Palese è anche l'impianto aristotelico della dialettica – ora esplicita, ora implicita – tra principi di giustizia contenuti nella norma, e la situazione di fatto dell'attualità. Cfr. FALCONE, *L'origine della definizione di sinallagma nella Parafrasi di Teofilo*, pp. 33-36. Sull'influenza della traduzione dell'Etica nicomachea, cfr., invece, E. GARIN, *Le traduzioni umanistiche di Aristotele nel secolo XV*, in *Atti e memorie dell'Accademia fiorentina di scienze morali La Colombaria*, XVI, n.s., II, (1947-1950), pp. 55 ss.; ID., *La fortuna dell'etica di Aristotele nel Quattrocento*, in *La cultura filosofica del Rinascimento italiano*, Firenze 1961, pp. 60 ss.

(144) La causa esprime per un verso il fatto che una parte abbia eseguito la propria prestazione (*dare/facere*) e per un altro il presupposto della tutelabilità dell'operazione economica nel suo complesso (*enforciability*) (G.R. MAK KORMAK, *Contractual theory and the innominate contracts*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 131-152). Di segno totalmente contrario Santoro (*La causa nelle convenzioni atipiche*, spec. pp. 94-95) che nega che la *datio* o il *factum* abbiano potuto rappresentare, almeno nel diritto classico, la causa per un contratto atipico.

(145) L'opinione è pienamente accolta da Guzmán Brito (*Causa*, pp. 200 ss.) per l'età intermedia, e da Gallo per quella romana. Quest'ultimo ritiene, infatti, che ci si trovi di fronte ad una riconoscibilissima metonimia e, "spiegando" il termine *causa* identifica, negli esempi portati nel *responsum*, la *datio* quale ragione giustificatrice

*datio ob rem* (ovvero *do ut des, do ut facias*), in cui si era arenata la riflessione del diritto comune classico (146), veniva ora riproposta, ma in chiave del tutto differente (147).

Ed anche se la riformulazione di tesi già abbozzate in precedenza non ci appare certo priva di lati oscuri, lo sforzo è comunque pregevole (148).

L'idea di fondo che sorreggeva tutta l'impalcatura dogmatica era, infatti, diretta, da un lato, a stabilizzare e tutelare fattispecie innominate – come la transazione – al di fuori del raffronto con i “tipi”, e, dall'altro, a leggere nella causa, quale funzione negoziale, lo strumento per fare tutto ciò.

Volendo quindi schematizzare il pensiero di Alciato, vero corifeo di questo nuovo intendimento, e capostipite della catena delle citazioni, non si può che rilevare un andamento geometrico.

Di fronte ad un contratto atipico, egli dapprima ricercava la causa, poi verificava la presenza del sinallagma, e ne ritraeva, per conseguenza, la produzione di effetti obbligatori sul piano civilistico: «cum transactio semper contractus innominatus species sit, cumque ulro citroque obligationem inuehat [...] ideo proprie contractus est, improprie vero ratione solius iudicii distractus est» (149).

---

dell'azionabilità delle sottostanti convenzioni, cui, senza di essa, sarebbe stato inibito generare azione. L'una pertanto si dissolverebbe nell'altra (GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni*, p. 75). Sul punto, con specifico riguardo agli aspetti procedurali cfr. anche L. PELLECCHI, *L'azione di ripetizione e le qualificazioni del dare* in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. *Contributo alla storia della condictio*, in *SDHI*, 64 (1998), pp. 69-160, spec. pp. 75, 91 e 121 ss.

(146) Sulla “realità” della costruzione dei *contractus sine nomine* fino al Commento, *supra* nt. 127.

(147) La prima definizione del *συνάλλαγμα* si legge in Alciato, nei *Praetorissorum libri Duo* (in *Commentaria et Tractatus*, Tomi VI, 83 ss.) risalenti al 1518 (VIARD, *André Alciat*, pp. 47 e 276). Su tutto, cfr. anche D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 124 e per un commento circa l'interpretazione offerta da quest'ultima, PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 220-221.

(148) Sul rapporto di filiazione intellettuale fra Alciato e Decio insiste anche Lorient che, pur non sposando la tesi del giurista milanese, ne riconosce l'originalità, oltre al merito di aver riproposto in una nuova veste gli addendi della questione. Cfr. LORIENT, *De iuris apicibus*, ax. LXXXVIII, col. 464.

(149) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.38 *de transactio-*



L'opinione e la dottrina del giurista milanese evidentemente originavano da un problema, che era ricorrente nella prassi, e che era stato intuito e sviluppato già nel passato in diversi "luoghi" del *Corpus Iuris* e da diversi maestri.

La sua soluzione "moderna", però, derivava da un ragionamento che oltrepassava i confini originari della tutelabilità delle convenzioni atipiche, sviluppando l'idea di una categoria generale del contratto, in cui i concetti di *causa* e sinallagma erano gli estremi per delinearla.

In questo contesto, che per alcuni lascia poco spazio all'intenzionalità (150), questi elementi non coincidevano, infatti, né con il *contractus*, né fra loro. Al contrario, erano operativi su piani diversi, integrabili gli uni con gli altri («cum ultra verba contractus, aliquid utrinque agitur [...] esse enim contractum Aristo adiicit sinallagma, unde haec nascitur actio [...]») (151).

Il primo, la *causa*, rispondeva, come già si è visto, all'esigenza che il contratto fosse sostenuto da una funzione peculiare e riconoscibile – nella nostra ipotesi, la *causa concordiae* –; il secondo, invece, richiedeva la sussistenza di un vincolo di scambio fra le prestazioni (*aliquid datum vel retentum*), qualificato dall'avvenuta esecuzione della prima, perché potesse essere poi fondata anche la pretesa di ottenere la seconda.

Il notevole sforzo di astrazione passava, innanzitutto, attraverso il ridimensionamento della portata del pensiero di Labeone – propenso a riconoscere tutela alle convenzioni atipiche, quasi esclusivamente sulla base dell'*ultra citroque obligatio* (152) – mentre l'urgenza di spiegare il

---

*nibus*, l. *quamvis eum*, n. 4, 93.

(150) L'idea di un supporto che trasformi un semplice *factum* in un *actum* avente rilevanza giuridica è stata suggerita da D'Amelio (*Indagini sulla transazione*, pp. 125 nt.14 e 128 ss.). Una rivisitazione del pensiero di Alciato è svolta, più di recente, da Petronio, laddove sottolinea tutta «la materialità del *dare* e dell'*accipere*» espressa nell'*utriusque factum* (*Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, spec. pp. 222-223). In tema già P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia 1916, p. 338.

(151) ALCIATO, *Digestorum titulos. Commentaria*, Comm ad D. 50.16.19, *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *contractum*, nn. 5-7, 215.

(152) Di segno opposto la lettura di BURDESE, *Sulla definizione teofilina*



fondamento dell'obbligatorietà, *dell'ultra citroque* (153), induceva il giurista milanese a costruire un modello di contratto atipico, fondato sulla *causa* dell'attribuzione patrimoniale, che appunto si sostanziava nel *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias* (154).

---

*di συνάλλαγμα*, p. 269.

(153) ALCIATO, *Digestorum titulos. Commentaria*, Comm ad D. 50.16.19, *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *contractum*, nn. 6 ss., 215. Il pensiero di Labeone ci è riferito da Ulpiano, in un brano che può essere annoverato tra i più commentati e, anche, più controversi frammenti della letteratura giuridica romana: D. 50.16.19 (*Ulp. l. 11 ad ed.*): «Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur” quaedam “gerantur”: quaedam “contrahantur”. et actum guidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam» (tr. come è fornita da F. Gallo (*Synallagma e conventio nel contratto*, 83): «Labeone, nel libro primo sul pretore urbano, definisce il fatto che in alcuni casi “si agisce” (si compiono atti), in altri “si fa” (si pongono in essere “azioni materiali”), in altri ancora “si contrae” (si stringono contratti): e “atto” è un segno di portata generale, alludente a ciò che si fa, sia mediante le parole sia con il comportamento, come avviene rispettivamente nella stipulatio e nella consegna di denaro [a scopo, ad esempio, di pagamento]; “contratto” invece è l'atto produttivo di obbligazioni reciproche, quello che i Greci chiamano synallagma, come la compravendita, la locazione-conduzione, la società; “azione materiale” significa una cosa fatta senza l'uso di parole»). La complessa lettura del passo ha sollecitato molti interventi, tesi tutti ad approfondire, da un lato, la nozione di *causa* e, dall'altro, a sviscerare il significato di συνάλλαγμα presente tanto in D. 2.14.7.2, che in D. 50.16.19 (cfr. in tema ancora GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazionii*, pp. 66-75 e, da ultimo, GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano. Sintesis historica del derecho romano*, Tomo I, Santiago 2010, pp. 708 ss.). Anche fra gli storici del diritto si è variamente sottolineato il diverso apporto che le fonti hanno offerto alla lettura del concetto di sinallagma, in particolare, per il ruolo di Budè, Alciato e Connan, Le Caron e Grozio si rinvia ancora a PETRONIO, *Synallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 224 e ss.; per Doneau, Vultejus e Pace, a BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, spec. pp. 169-201.

(154) Il sinallagma indicava il vincolo di scambio fra le prestazioni fossero esse di dare o di fare, mentre la *datio* segnava l'iniziale attuazione del contratto, l'avviarsi del meccanismo di scambio in base al quale era poi riconosciuta la pretesa dell'adempimento della controprestazione. E', infatti, proprio l'idea di scambio (*ultra citroque*) il punto di contatto fra l'una e l'altro, parimenti, in questo senso, l'una nell'altro si trasfonde, cioè, la funzione si realizza attraverso una certa struttura e quest'ultima determina la funzione. I maggiori chiarimenti vengono dallo studio dell'efficacia sotto il profilo specifico dell'azionabilità, cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizonato*, Padova 1996, pp. 10 e pp.138-194, ma anche il datato E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, Torino 1943, pp. 126 e 170.

Il primo passaggio era perciò volto a sanare la frattura esistente fra *contractus nominati* e *sine nomine* (155), senza tuttavia ancora abbandonare questa *summa divisio*.

Il secondo si concentrava, invece, sul ruolo del sinallagma, identificandolo nello spostamento patrimoniale, altrimenti ingiustificato, ed ingiustificabile (156).

### 3.2. (Segue) qualche eccezione.

Due ulteriori questioni alimentavano questo travaglio dottrinale: la prima concerneva l'individuazione del significato del sinallagma, in grado di accomunare tutti i contratti di cui al responso D. 2.14.7.2; la seconda, la tipologia contrattuale di riferimento per la transazione (157),

---

(155) Attribuendo alla remissione dell'azione giudiziale e all'abbandono della lite tipico del *transigere* – già a suo tempo inquadrata alternativamente come *datio vel factum* – un'azione per l'esecuzione dell'accordo transattivo, che non fosse esclusivamente giustificata dalla necessità di rimettere in equilibrio le posizioni patrimoniali fra le parti in causa, cadeva, per sempre, l'annoso problema di vestire *rei interventu* il negozio (D'AMELIO *Indagini sulla transazione*, p. 120).

(156) La prestazione sarebbe stata l'elemento da cui far scaturire l'obbligazione: «esse enim contractum, unde haec nascitur actio [...] quoties ex utriusque parte aliquid factum est, quo uterque sit obligatus [...] id est, mutuum factum obligatorium». Alciato manteneva, infatti, in auge la suddivisione delle azioni concesse in ragione delle diverse categorie del *facere* e del *dare* ma, allo stesso tempo, lasciava che affiorasse nei *verba nisi consentientem* un "qualche ruolo" della volontà delle parti contraenti: «sic dicitur [...] hoc sensu, cum praescriptis verbis detur quoties ex utriusque parte aliquid factum est, quo uterque sit obligatus [...] et haec ratio est cur in contractu innominato si faciam, ut des, et postea quam feci, cessas dare, praescriptis verbis non agatur, sed de dolo: nam hic non est *συνάλλαγμα*, id est mutuum factum obligatorium: potuit enim factum tuum esplicare absque meo et ideo praescriptis verbis non agitur quod non contractu, do ut facias vel do ut des, cum dare sit dominium transferre, quod non nisi consentientem transferri potest [...] Cui ego responderim: cum traditionem acceptans nullum ius acquirat, merum id factum lex tradenti potius imputat, in cuius facti executionem venit: in contractu vero, cum facio ut facies, ideo semper praescriptis verbis agitur, quia ultra promissionem videtur utrinque interpositum mandatum» (ALCIATO, *Digestorum titulos. Commentaria*, Comm. ad D. 50.16.19, *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *contractum*, nn. 5-7, 215).

(157) L'identificazione della transazione come contratto *facio ut des*, piuttosto che *do ut des*, aveva da sempre impegnato la dottrina, come aveva spiegato chiara-

dal momento che un antico adagio recitava: «ex contractu innominato facio ut des, oritur actio de dolo, quamvis ex aliis contractibus innominatis semper oriatur actio praescriptis verbis» (158).

Pienamente consapevole delle difficoltà, la maggior parte dei *doctores* si era nel tempo appellata a soluzioni “spurie”, rispetto alle ipotesi contrapposte avanzate dai sostenitori dell’effetto puramente dichiarativo della transazione – un nonsenso per il maestro milanese – e dai paladini dell’effetto dispositivo, chiamando in soccorso di una non sempre compiuta teorica la particolare complessità di questa disciplina, refrattaria ad essere spiegata con un’unica chiave interpretativa (159).

Già in passato Filippo Decio, cui Alciato aveva attinto a piene mani, aveva esposto con chiarezza i termini della questione, arrivando

---

mente Giasone (*Super Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 19.5.5 *de praescriptis verbis*, l. *naturalis*, n. 3; conforme anche ID., *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.6. *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 24, 68v).

(158) Maino aveva sollevato anche perplessità di ordine tecnico: «quaero ergo de ratione specialitatis quare in aliis tribus contractibus innominatis oritur actio praescriptis verbis in isto, facio ut des, non oritur actio praescriptis verbis, sed actio de dolo. Respondet Azonis quod immo in contractu innominato facio ut des si sit factum tale, ex cuius implemento aliquid adsit illi, cui impletur et aliquid absit ab eo per quem impletur, tunc competit actio praescriptis verbis, sicut ex aliis contractibus innominatis; quare secundum eum non posse reddi ratio diversitatis inter istud et alios contractos innominatos. Sed quando factum est tale ex cuius implemento nihil acquiritur rei, cui implemunt non potest competere tunc, actio praescriptis verbis tunc ergo competit actio de dolo et ista opinio Azonis tenet omnes scribentes indifferenter [...] tamen videtur mihi differentiatur» (*Super Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 19.5.5 *de praescriptis verbis*, l. *naturalis*, n. 4, 178v-179).

(159) Nell’opera di Duaren pare sia possibile cogliere uno spostamento dell’attenzione più marcato verso l’elemento consensuale (*ex mente convenientium*), sebbene manchi ancora un’identificazione tra contratto e accordo. Scriveva, infatti il maestro francese: «mens et voluntas contrahentium magis, quam verba, spectanda est. Itaque videndum est, qua mente, quoque consilio adjecta sit pacto persona, ut personale id sit, an reale, intelligatur. Id autem ex variis argumentis, an conjecturis colligi potest. Quibus cessantibus, a verbis minime recedendum esse videtur» (*Opera Omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Lib. IV, Ad Edictum, Pactorum quaedam* 108-109, spec. 109). Ma se questa lettura può essere fatta solo per via congetturale, e corrisponde a verità il fatto che nè Alciato, nè i suoi discepoli siano arrivati ancora a concepire una nozione generale di contratto svincolata dalla corrispettività delle prestazioni, è del pari evidente l’importanza di aver unificato le figure negoziali legate all’utilizzo dell’*actio praescriptis* fatta da Alciato.

a concludere per una generale assimilazione delle fattispecie *facio ut des* e *do ut facias* (160).

Il momento determinante, a giudizio del professore lombardo, era infatti l'adempimento, in forza del quale, se del caso, sorgeva anche il diritto alla tutela e quindi all'esperibilità dell'azione, il tutto a prescindere dalla denominazione attribuita alla fattispecie (161).

Tornando, dunque, al tema che ci occupa, il vero problema per la *transactio* era sempre stato determinato dal fatto che fosse la legge ad indicarla quale genere, nel cui ambito confluivano specie diverse, ragione per cui per molti, e per molto tempo, altrettanto generica ne era stata la qualificazione.

A giudizio di Alciato, invece, sarebbe stato possibile restituire in maniera compiuta il senso profondo della storia della transazione che, per sua natura, era sempre stata una vicenda a più dimensioni, solo se si fosse riusciti a dar conto delle connessioni fra i diversi piani di azione che si estrinsecavano nella complessità della sua *causa, propter varietatem prestationis* (162).

Le prestazioni reciproche nella composizione amichevole della lite stavano proprio lì ad esprimere quella polarità concettuale attraverso cui studiare il regime operativo della causa contrattuale.

Ne rappresentavano, insomma, e per generale ammissione, la funzione – del resto, in assenza di sacrifici corrispettivi il contratto

---

(160) «sed concludendo breviter, videtur [...] quod ex implemento, contractus innominati debeant iudicari» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.6. *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 8, 180).

(161) «Solo l'*implementum causae* realizza il συνάλλαγμα e fa sorgere il vincolo» fra i contraenti (scriveva con notevole acribia ricostruttiva già Decio); viceversa, *re integra*, sarebbe sempre stato possibile recedere dalla convenzione «quia implementum facit quod actio nascatur et ante implementum non potest dici do ut des, nec facio ut facias quia ista verba respiciunt implementum» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.6. *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 7, 179v).

(162) «respondent plerique nomen id generale esse, et ideo non sufficere, ut contractum nominatum faciat. Unde lex ait Ius iurandum speciem transactionis continere, ergo transactio genus est [...] quia generale est nomen, ad innominatos contractus pertinet» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4. *De transactionibus, pactum*, n. 7, 68v).

transattivo è nullo (163) –; mentre nel contenuto, plasmando il rapporto sostanziale controverso, denotavano l’oggetto del contratto, tipizzandolo, anche se non in maniera così specifica da arrivare a “nominarlo” (164).

In questa rappresentazione, priva di uno specifico richiamo all’aspetto consensuale (165), era, dunque, indifferente la tipologia di riferimento per l’accordo transattivo, potendosi talvolta qualificare come *facio ut facias* (166), altrove come *facio ut des* o, *non raro*, come *do ut facias* (167).

Ciò che, invece, aveva un’effettiva importanza era la concretezza materiale del *mutuum factum*, cui l’ordinamento riconnetteva l’efficacia vincolante (168).

(163) Per alcuni esempi si vedano: CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 10, 352b; LORiot, *De iuris apicibus*, axx. LXXVIII, LXXIX, LXXX, coll. 460-461; DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, Caput I, *De transactionibus*, 112; DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 285. Una riflessione generale sul punto è ancora offerta da D’AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 139, ntt. 44 e 45.

(164) Solo Jean de Coras ed Etienne Forcadel (*supra*, nt. 1) sulla base della specificità del requisito in esame, fondavano la nominatività della fattispecie.

(165) Dato non del tutto preciso se consideriamo che, almeno in termini di mero richiamo, scriveva: «transactio consensu partium constat [...] valet enim mero iure transactio propter consensum» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.19 *de transactionibus*, l. *sub praetextu*, n. 5, 83v e C. 2.4.42 *de transactionibus*, l. *si ex falsis*, § *retractari*, n. 7, 98).

(166) «verior ergo est nostra sententia, ut hic contractus sit, cum facio ut facias [...] Hinc igitur constat Accursio sententiam veram non esse» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.6 *De transactionibus*, l. *cum mota* § *id quod interest*, n. 13, 74 e § *praescriptis verbis*, n. 20, 74v).

(167) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus, pactum*, n. 6, 68v. I rapporti tra consenso e contratto nella dottrina di Alciato – e dei Culti in generale – sono stati fatti oggetto di grande attenzione da parte di Petronio, il quale a tale proposito ha ritenuto che nel loro lavoro «troppo frettolosamente tacciato di eruditismo e, come tale, liquidato», fosse possibile trovare spunti in grado di rinsaldare un procedimento formativo diverso, ed il concetto di contratto espresso nei Codici moderni. Cfr. *Spunti sul consenso*, p. 209 e ID., *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 215-219.

(168) L’attenzione di Alciato si appuntava sullo “scambio” (*commercial συνάλλαγμα* secondo la testificazione del Budè) inteso, quest’ultimo, in senso lato: ovvero realizzabile tanto sul piano delle obbligazioni, quanto su quello delle prestazioni (ancora BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 125 nt. 81). Il richia-

«Nos a verbis legis temere recedendum non arbitramur, cuius rationem hanc existimamus, quod contractuum innominatorum (unde civilis actio oritur) causa est res ipsa quae data sit [...] Intervenit autem in hac datione factum utriusque, quod lex *συνάλλαγμα* vocat: [...] ex facto igitur utriusque incalescit hic contractus, civilique actioni sufficit», spiegava per l'appunto Alciato (169).

Accettando di ragionare in termini di “bilanciamento” fra gli obblighi (170) o – per usare l'espressione di un'autorevole civilistica contemporanea – (171) ragionando in termini di “sacrifici giuridici” sopportati dalle parti, egli, infatti, non attribuiva ancora al *συνάλλαγμα* il significato di atto obbligatorio convenzionale.

E' vero che nei negozi del tipo *dedi tibi rem ut mihi aliam dares* o *dedi tibi aliquid ut aliquid facias* – fra i quali, come detto, indifferentemente egli inseriva la transazione – si dava per presupposto che le parti “concordassero” sulla necessità di transigere ma, nella prospettiva d'inizio Cinquecento, non si può ancora parlare di contratti consensuali (172).

Nelle fattispecie ora descritte la corrispettività, che indubbiamente esisteva, si poneva, quindi, tanto sul piano economico che su quello degli effetti giuridici.

In punto di diritto, dunque, le reciproche concessioni non rappresentavano altro che il *mutuum factum obligatorium* (173), affrontato dalle parti per superare il loro dissidio (174).

---

mo alla “negozialità” come vedremo è comunque una costante, cfr. fra i molti, ancora, LORRIOT, *De iuris apicibus*, ax. LXXX, col. 460.

(169) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C.C. 2.4.6 *de transactionibus*, l. *cum mota § praescriptis verbis*, nn. 19-20, 74v.

(170) GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, pp. 64 ss.

(171) R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino 2004, pp. 5 ss.

(172) Sulla visione di Alciato, ancora D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 125-126, spec. ntt. 13-14 e PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 222.

(173) «esse enim contractum, unde haec nascitur actio [...] quoties ex utriusque parte aliquid factum est, quo uterque sit obligatus [...] nam hic non est *sunallagma*, id est, *mutuum factum obligatorium*». Il riferimento immediato è dato dalla *diffinitio* labeoniana contenuta in D. 50.19.16 (*Ulp. 11 ad Ed.*).

(174) «lex nullo dato acceptoque, transactionem infirmari velit [...] eo



Non si richiedeva, invece, che la *transactio* rispondesse ad una particolare struttura, né che rispettasse uno schema causale sempre ricorrente.

Le parti, con questo contratto, normalmente desiderano sempre dare una nuova regolamentazione al rapporto che le vede contrapposte, eliminando, per il suo tramite, qualunque interesse giuridicamente rilevante, a proporre diverse e contraddittorie configurazioni.

Ciò che premeva all'Alciato era, dunque, che con la transazione un nuovo accordo obbligatorio venisse a sostituirsi alla precedente *res litigiosa*, superandola.

Pertanto, se “fatta la pace”, la fonte dell’obbligo diventava veramente il “regolato”, si apriva anche la strada per catalogare la transazione fra i contratti commutativi: contratti sì con funzione di scambio, ma che non si esauriscono nel *do ut des* tipico della compravendita, cui, alla dazione dell’uno, corrisponde, necessariamente, una *traslatio dominii* realizzata dall’altro (175).

La sua causa, infatti, non era più né quella del negozio bilaterale che originariamente legava le parti, né quella del negozio da comporre, ma si atteggiava piuttosto come remissione onerosa, *ratione concordiae*, dell’azione competente ai litiganti (176): ovvero, far cessare, con un accordo basato sulla *bona fides* (177), una situazione di incertezza qualificata, ove *dubium erat eventus litis*.

---

igitur respectu generis nomen esse transactionem cum caeteris censeo, quod tam eum qui gratuito a lite recedit significare vi verbi potest, quam qui accepta pecunia» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C.C. 2. 4. 2 *de transactionibus*, Rubrica, *pactum*, 68v).

(175) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, cap. VI, n. 10, 352.

(176) «L'accostamento alla figura della *ratio* [...] veniva facilitato nell'età intermedia dalle note teorie della Scolastica; la causa veniva così a rappresentare la condizione della *rationabilitas* di ogni atto umano, e tale qualità non si esauriva in dati di ordine logico, ma assumeva implicazioni morali» (CORTESE, voce *Causa* (diritto intermedio), in *ED*, p. 537). Per la convergenza della causa con la *ratio legis*, si vedano: F. CALASSO, *Causa Legis, motivi logici e storici del diritto comune*, in *RSDI*, XXIX (1956), pp. 25-37, poi anche in *ASD*, 9 (1965), pp. 155-168; e N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *QF*, 7 (1978), pp. 395-420. Sul ruolo della *causa concordiae*, già TREGGIARI, voce *Transazione*, p. 810.

(177) Sulla necessità della buona fede tornano sovente le fonti: D. 2. 15.5, 9



Di più, la particolare importanza del negozio si esaltava proprio nell'attitudine all'incompiutezza del contenuto, corrispondente, di volta in volta, ai singoli e specifici interessi messi in campo dalle parti, a fronte di una funzione compositiva costante.

Diversamente dalle ipotesi previste per il *ius civile*, l'azione per la *transactio* – e si trattava evidentemente di *actio praescriptis verbis* – a parere di Alciato, pur non essendo nominata, nasceva quindi, solo, e nella misura in cui, una delle prestazioni convenute fosse stata eseguita (178).

Allo stesso tempo, però, affiorava con estrema lucidità l'idea che le prestazioni fossero anche fra loro legate da un vincolo di condizionamento reciproco (*mutuum*) che era, evidentemente, qualcosa di più della semplice bilateralità – comune anche all'ipotesi di bilateralità imperfetta – quanto piuttosto una vera e propria corrispettività.

Quella proposta era, quindi, una sinallagmaticità “affievolita” o, se si preferisce, “condizionata”, ove il nesso tra le prestazioni si collocava nel momento genetico: se non c'era *datio*, o altro effetto traslativo che ad essa conseguisse, la riparazione era soddisfatta con la più semplice *actio doli*. Alciato appare, infatti, ancora legato in più punti al sistema contrattuale ispirato alla tipicità ed alla classica suddivisione fra contratti *nominati* e *sine nomine*, che lascia in buona sostanza inalterato, aggiungendovi però un aspetto essenziale, ovvero il discorso sul *συνάλλαγμα* (179).

---

e 16, nonché C. 2.4.6 e 13, riferentesi ai vizi della volontà posti in essere per costringere *metu* o *dolo* uno dei contraenti ad addivenire alla transazione. Mentre per l'incidenza del dolo, rispettivamente, sui contratti di buona fede, e *stricti iuris*, cfr. MASSETTO, *Buona fede come attitudine attiva*, in voce *Buona fede*, pp. 32-37, oltre che, più di recente, ID., *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, pp. 339 ss.

(178) Dello stesso avviso sarà anche Wesembeck, laddove parlando della *transactio*, o di *aliud negotium civile*, scriverà che solo in ragione del *implementum causae* si realizza il sinallagma e sorge il vincolo; viceversa, *re integra* è sempre possibile il recesso (WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De pactis*, Tit. XIII, n. 8c, 174).

(179) Il merito dell'introduzione e della divulgazione del discorso sul sinallagma nell'ambiente universitario di Bourges va tutto al maestro italiano che, a parere

Il superamento dell'elementare partizione fra le fattispecie negoziali tipiche e atipiche, nominate ed innominate, con tutte le conseguenze del caso costituisce dunque un passaggio successivo, ma aver aperto un varco non è comunque merito di poco conto.

L'argomentare si fa, infatti, e se possibile, ancora più denso con Connan (180).

Il disegno istituzionale del *Maître de requêtes* di Francesco I, perseguito con ostinazione (181) e con un impegno interrotto solo dalla

---

della D'Amelio, in questo specifico campo, sopravanza di gran lunga il Budè (D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 129).

(180) Il tentativo di costruire un'opera "panoramica", indipendente dai tradizionali schematismi giustiniani, porta Connan a riconsiderare l'intera negoziabilità bilaterale romana, nello sforzo «di un ripensamento critico dell'antico ordine giano [...] per riedificare secondo i suoi criteri il campo del diritto». Leggiamo, infatti, a tale proposito: «quod ut demonstrem clarius, percurram breviter omnia contractum genera, et in unoquoque eorum ostendam eam quae in ipsis est obligationem non aliunde nasci, quam ex eo quod sunallagma diximus» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 3, 327). Sul piano sistematico dei *Commentarii*, cfr. PIANO MORTARI, *La sistematica come ideale umanistico dell'opera di Francisco Connano*, p. 311 nt. 13, cui si deve anche la citazione; BERGFELD, *Franciscus Connanus (1508-1551)*, pp. 147 ss. ed, infine, ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, pp. 168-169.

(181) *Maître de requêtes* dal 1544, grazie alla nomina di Francesco I (A. PETRACCHI, *I Maîtres de requêtes. Genesi dell'amministrazione periferica di tipo moderno nella monarchia francese tardo-medievale e rinascimentale*, in *Annali della Fondazione Italiana per la storia amministrativa*, I (1964), pp. 190-241, spec. pp. 214 ss. e P. SUEUR, *Histoire du droit public français, XV-XVIII siècle. La genèse de l'Etat contemporain*. 1. *La constitution monarchique*, Paris 1993, pp. 216 ss.) – come del resto lo stesso G. Budè – Connan vede la propria opera caratterizzata dal sano pragmatismo dell'alto funzionario governativo e del magistrato, più che il frutto delle contese accademiche. Nel complesso, i *Commentarii*, oggetto di pareri difformi nel tempo, riescono a suscitare caute lodi (sono soprattutto i contemporanei come M. WESENBECK, nei *Prolegomena de studio juris recte instituendo*, o J. BODIN, nell'*Oratio de instituenda in republicae iuventute ad senatum populumque Tolosatam*, Tolosae 1559, ad apprezzare il rigore "geometrico" della costruzione scientifica) e più generose critiche, soprattutto da parte del mondo giusnaturalistico – in particolare da Grozio – a motivo dello scarso spazio riservato all'aspetto consensualistico nella sistematica contrattuale (D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 135 nt. 36 e 37). Tale opera, in realtà, si presenta – come ha scritto Birocchi – quale testo *sui generis*, animato da scopi molteplici, volti sia ad una ricostruzione del diritto giustiniano, che ad un'affermazione di un programma giuridico "nazionale" (*Causa e categoria generale del contratto*, pp. 111-114, mentre per un giudizio complessivo sull'uomo pp. 131-136). Sul particolare clima storico e politico

morte, sottolinea, infatti, la *nulla diversitas* «inter contractus qui nomen habent, et eos qui non habent» (182).

Ma l'impianto terminologico ed il meccanismo dogmatico sono ancora quelli che conosciamo.

Vi è, forse, solo una maggiore rigidità nell'allievo rispetto al maestro (183) nel sostenere che un accordo produce obbligazioni ed è sanzionato con un'azione civile, purchè non nudo (184).

Quello che, invece, cambia sono le circostanze per cui si fa di tale accordo un contratto: ovvero, nuovamente, la presenza del *συνάλλαγμα* (185).

Il funzionario regio poneva, infatti, l'accento sulla commutatività e, solo implicitamente sul momento consensuale (186); il *sinallagma* si esaltava, ed esauriva, nel vincolo di scambio che correva tra le presta-

---

che si respirava in quegli anni che immediatamente precedono le guerre di religione, cfr. PIANO MORTARI, *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, in *QF*, I (1972), pp. 131-175; ID., *La formazione storica del diritto moderno francese. Dottrina e giurisprudenza del secolo XVI* in "Itinera iuris". *Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli 1991, pp. 113-144 e, da ultimo, J. M. CARBASSE – G. LEYTE – S. SOLEIL, *La monarchie française du milieu du XVIe siècle à 1715. L'esprit des institutions*, Bruxelles 2000.

(182) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 2, 327.

(183) Sulla sostanziale convergenza delle trattazioni, ma sul più rigido schematismo di Connan rispetto all'Alciato, cfr. ancora PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 236.

(184) «ex ante dictis [...] concludit Ulp. nudam pactionem non parere obligationem. Nuda autem est quae praeter verborum promissionem nihil habet: puta si nulla causa adiecta est, aut adiecta, sed non impleta» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 5, 328). La negazione dell'azionabilità del patto è decisa, cfr. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 234-235.

(185) I due termini non sono equivalenti: perché l'espressione greca si riferisce a tutte quelle obbligazioni cui l'ordinamento riconnette il diritto alla soddisfazione (*Ibidem*, Lib. V, *de pactis*, Cap. I, n. 4, 321). Sull'impianto aristotelico del *sinallagma* nel magistrato francese, invece, ancora BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 122-130.

(186) Che è poi la medesima differenza che intercorre fra i passi di Aristone e Labeone, cfr. L. LANTELLA, "Ultero citroque": *appunti teorici e storici sulla 'lateralità' degli atti*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*: 4-5 dicembre 1991, Napoli 1994, pp. 87-132, pp. 98 ss.

zioni (corrispettività), e non nella semplice reciprocità fra gli obblighi.

Il circolo così si chiudeva (187), mentre una visione sostanzialmente patrimonialistica dominava e configurava ancora un sistema (188), che si adattava perfettamente anche alla transazione.

Nell'ipotesi della nostra *ambigua vocis significatio*, infatti, esisteva una causa (*subsit tamen causa*) come funzione giuridica meritevole agli occhi dell'ordinamento (*causa concordiae*); in tale funzione si scorgeva l'obiettivo per il quale le parti si erano impegnate in un'impresa di carattere economico; la tutela giudiziale era assicurata solo a chi avesse effettuato la *datio*.

L'accento, in altre parole, andava posto sulla convenzione contrattuale sottesa ai comportamenti esecutivi delle parti (*communicatio*), che diveniva vincolante tramite la prestazione efficacemente effettuata da una delle due (189).

A Connan appariva evidentemente ben chiaro come il *negotium* transattivo non potesse essere gratuito, poichè tutti i contratti si esaltavano nell'espressione utilitaristica (190) e in quel *implementum causae*

(187) In questa ricostruzione il discrimine esistente fra le tipologie negoziali si appunta sulle azioni previste a loro tutela: «Aut ea si qua est, in eo tantum esse cernitur, quod illi actionem certam ex suo nomine producant [...] ex his autem incerta nascitur et sine nomine actio, quae appellatur in factum et praescriptis verbis, quia non ex bono et aequo, ut caeterae quae certam vim et naturam habent, sed ex eo quod factum est, et praescriptum, intenditur» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 2, 327). Sulla distinzione fra *contractus nominati e sine nomine* in Connan si vedano: PIANO MORTARI, *La sistemica come ideale umanistico dell'opera di Francisco Connano*, pp. 309-317; PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 232-233; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 95-136 e da ultimo a M.J.R. PUERTO, *La modernidad discutida. Jurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Cadiz 1998, spec. pp. 87 ss.

(188) Cfr. SUPLOT, *The dogmatic foundation of the Market*, spec. pp. 326-300. Da qui anche l'accusa di materialismo rivolta al giurista.

(189) «itaque cum facio ut des non minus dici contrahi συνάλλαγμα quam do ut des vel do ut facias vel facio ut facias. Hinc generaliter colligo, ex omni conventionem, cuius propria appellatio iure civili prodita non est, si causa subsit, id est datio vel a factum, quod alibi negotium ab Ulpiano appellari crediderim, actionem praescriptis verbis competere» (DUAREN, *Opera Omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 98).

(190) L'identificazione di una categoria generale del contratto trascendeva i

che, fondamentalmente, anima tutte le relazioni fra gli uomini (191).

Una ragionevole convenienza economica era quella che muoveva gli scambi (192) e, quindi, i contratti, al contrario delle promesse, che non fuoriuscivano dalla semplice sfera morale e degradavano nell'irrelevanza giuridica (193), dovevano per forza rispettare la proporzione fra *lucrum et damnum* (194), oltre che avere la forza (*satis haberent vi-*

---

due tradizionali ambiti della tipicità e atipicità, incentrandosi sulla disamina del parametro economico (*ad commerciorum usum*): «nonnulli sunt contractus qui quod opportuni essent ad commerciorum usum, et pene necessarii, ab omnibus sunt nationibus comprobati.» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. I, Cap. VI, n. 12, 21-22a).

(191) Anche se sottaciuta, l'influenza delle teoriche di Alciato e Budè è ben presente a Connan. Sul punto D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 122 e PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 221.

(192) La divisione fondamentale fra contratti gratuiti (prima fra tutti la donazione) e *interessali* (prima la compravendita), in cui si annoverano gli innominati, diviene lentamente, un *topos* anche per la Scuola di Salamanca, particolarmente impegnata sul versante dell'*utilitas* nelle relazioni fra privati. Cfr. per tutti F. GARZIA, *Trattato di tutti i contratti*, Cap. VII, 107 che, nel panorama della lettura iberica della seconda metà del Cinquecento, si segnala per il particolare accento posto sull'elemento volitivo nella dinamica contrattuale. Anch'egli dottore in teologia e, come tale impegnato, al pari di molti altri colleghi, nella risoluzione delle intricate questioni di coscienza sollevate dalla pratica dei commerci, si segnala, infatti, per la lucidità della definizione contrattuale retta dall'operatività congiunta di tre elementi concorrenti: il consenso, la legittimità di quest'ultimo e la capacità obbligante dell'accordo fra le parti, tutti elementi fra loro legati da «un profondo equilibrio fra profili individuali, insisti nella volontarietà dell'azione, e oggettivi, derivanti dai parametri di giustizia naturale». Per i rispettivi prestiti/debiti di riconoscenza fra le teoriche di Garzia e Connan, si veda BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 238, mentre la citazione p. 237.

(193) Emblematico il caso della somma promessa nel caso in cui il promittente fosse diventato console che se poi fosse stata rifiutata al promissario non avrebbe dato diritto all'azione per l'adempimento. Il passo, citato da D'Amelio (*Indagini sulla transazione*, p. 125, spec. nt. 12) e ripreso da Petronio (*Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 223, nt. 80) è, infine, richiamato da Birocchi per illustrare la differenza fra le *obligationes ob rem* ed *ob causam* (*Causa e categoria generale del contratto*, p. 120). Per la fonte, cfr. CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. I, Cap. VI, n. 12, 22a).

(194) «alterum justitiae genus [...] quod in pactis et contractibus emendandi causa adhibetur, quod ipsum in proportione arithmetica ditigitur [...] nam jus istud quod in emendando valet, nihil aliud est quam medium quoddam lucri et damni, quod proportione arithmetica aequabile est et suum cuique restituit.» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. I, n. 3,

rium) per imporsi alla parte renitente (*ad cogendum eos qui nollent parere*) (195).

Nella sistematica contrattuale entravano pertanto in gioco – talora anche in termini confliggenti – sia il profilo della costruzione giuridica, che quello economico, strettamente uniti nella *vicissitudo obligationis* (196).

Si doveva quindi evitare di sacrificare il primo al secondo, ma anche il secondo al primo.

I contratti producevano azione – e di conseguenza obbligavano – non in virtù di un *nomen* loro assegnato, ma grazie alla *causa* che ad essi era sottesa e che, in questo giurista ha ancora un sapore prettamente funzionale, più che consensuale.

«Causa itaque obligationis non esse in nomine sed, in eo quod sinallagma vocamus [...] haec eadem est omnium, qui hominum sunt inter se contractuum ratio, ut nisi sinallagma istud interveniat, non nascatur ex eis obligatio: tantum abest, ut detur actio» (197), scriveva Connan.

L'*implementum* costituiva così il fulcro della ricerca, senza però esaurire gli orizzonti del *συνάλλαγμα* che, piuttosto, veniva ad incidere con il *commodum* ritraibile dall'operazione negoziale (198).

In questo schema causale paradigmatico era, dunque, il ruolo della transazione.

---

320-321). Per il rapporto con l'equazione matematica e l'utilizzo dei numeri nei ragionamenti giuridici cinquecenteschi, cfr. CORTESE, *Tra glossa, commento e umanesimo* in *Miscellanea Domenico Maffei dicata*, III, pp. 29-74, spec. pp. 68 ss., già in *SS*, 104 (1992), 458-503, spec. pp. 495 ss.

(195) «cum ergo eos qui opus essent ad eum usum contractus [...] dederunt ipsis obligationis robur, ut se satis haberent virium ad cogendum eos qui nollent parere» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. I, Cap. VI, n. 12, 22a).

(196) *Ibidem*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. I, n. 4, 321a.

(197) *Ibidem*, Cap. II, n. 1, 326a.

(198) «nam si convenimus ut res nostras commutarem, nondum est commutatio, nisi alter alteri suam tradiderit [...] contractus enim nomen a contractatione est, quum ad se quisque rem alterius attrahit» (*Ibidem*, Cap. II, n. 1, 482).

In filigrana, la mutevole configurazione di rapporti e di diversi contenuti che sottolineavano la natura della composizione amichevole della lite – *similis iis quos innominatos appellamus* (199) – rivelava una chiara sintonia con il sotterraneo pulsare del mondo economico al centro della riflessione giuridica ed al centro della costruzione del nuovo sistema di scambi e contratti.

Se, infatti, il *jus* «*nihil aliud est quam medium quoddam lucri et damni*» (200), la funzione di “riequilibrio” degli interessi in gioco trovava nella *transactio* una delle sue massime espressioni.

L'avvenuta esecuzione di una delle prestazioni, aggiunta al *favor dirimendarum litium* (201) soddisfaceva *media* – ovvero *mediante ea* – (202) l'esigenza di bilanciamento vantata dal sistema (203) e garantiva il riconoscimento dell'azione per l'adempimento, sino ad allora recisamente negata dal diritto comune classico, disponibile, per parte sua, a riesumere solo la *pristina actio* (204).

---

(199) *Ibidem*, Cap. VI, n. 9, 351d.

(200) *Ibidem*.

(201) Nel Quattrocento Giasone aveva già tracciato i confini della questione: «*facta transactionem inter partes lis dicitur finita, adeo quod non posset actor de novo agere adeo quod quod si actor feceri transactionem, eo quam videbat quod non poterat probare, si postea superveniant sibi liquidae probationes de iure suo, postquam tamen semel transegit non potest amplius litem finitam instaurare [...] Item adde quod adeo transactio imponit finem liti, quod omnia instrumenta, iura, probationes, vel testes, facta transactioe, omnia annullantur, et cassantur ipso iure, quamvis nihil dictum sit inter partes*» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *fratris tui*, n. 1-2, 81).

(202) CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4, 348c.

(203) «*satis est causae, quod a lite discessimus, propter quam damno expensarum poteram affici: nec refert etiam si jus meum fuit valentius, ut debuerim vincere*» (*Ibidem*).

(204) «*non ergo restituitur pristina litis intentio, quae per transactionem extincta est [...] quia satis est causae quod a lite discessimus, propter damno expensarum [...] nec refert etiam si jus meum fuit tuo valentius, ut debuerim vincere*» (*Ibidem*, nn. 2-3, 348c). Non solo i glossatori stentavano a *reperire obligationem ultrocitraque intervenientem* nell'atto tipico del *transigere*, ovvero nella rinuncia all'azione processuale, ma avevano anche misconosciuto la stessa capacità obbligatoria dell'accordo compositivo che, infatti, avrebbe lasciato libero l'attore di rimettere oggi un'azione che avrebbe poi potuto liberamente ripredere domani. Un ragionato com-



«Inde transigendi animo professus esset se non petiturum, eique promississem litem omittere, omitta lite perfectam existimarem esse transactionem, quod omittenda lite satisfecissem promisso meo, et item illo suo [...] quae patientia sua et retentio mea traditionis esse instar etiam acceptionis, quibus modis nudae conventiones roborantur et actionem pariunt» (205).

Il fatto che uno spostamento eventuale di ricchezze, o la *traslatio dominii*, apparisse a solo vantaggio di uno dei soggetti, piuttosto che dell'altro, non rilevava: il contrattare era l'abbandono dell'azione giudiziale, con la contestuale risoluzione del conflitto («nam evenit aliquando ut in bona causa litem perdamus»), cui si sostituiva quanto fosse stato "regolato" dalla transazione (206).

Il ruolo dell'elemento sinallagmatico andava quindi ricondotto all'esame della pretesa e della contestazione, in quanto termini della controversia, poiché «non aliunde nasci obligationem, quam ex eo quod συνάλλαγμα diximus» (207).

L'apparente unilateralità della prestazione, avulsa da questo schema causale (208), escludeva, invece, tanto la transazione in specie che il contratto in genere: «quum autem aliquid iam dedi, aut feci tua causa, ut aliquid similiter mihi dares aut faceres» (209).

In altre parole, mentre il συνάλλαγμα di Labeone era direttamente insito nella definizione di contratto; quello usato da Aristone – secondo la lettura di Connan – si esprimeva in un contesto dedicato alle

---

pendio delle *opinionines* si legge in CINO DA PISTOIA, *In Codicem ... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.29 *de transactionibus*, l. *sub preatextu*, n. 5, 65.

(205) CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 10, 352d.

(206) *Ibidem*, n. 3, 348c. Anche Bartolo non era stato in grado di sciogliersi dai vincoli, nei quali era rimasta imbrigliata la giurisprudenza che lo aveva preceduto: «actor qui promisit non petere vel non agere numquam potest contractum implere ex parte sua» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, 65).

(207) CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 3, 327.

(208) «repugnat natura, quae vetat ex alienis incommodis nostrum augere commodum [...]» (*Ibidem*, n. 1, 482).

(209) *Ibidem*.

convenzioni atipiche, di per sé sole non produttive di obbligazione, ma che lo sarebbero divenute (210), purchè rette da *causa iusta* (211).

In questi termini si spiegava e giustificava anche la nuova *summa divisio* dei contratti onerosi e gratuiti proposta dal giurista francese (212).

Allo stesso modo, questo atteggiarsi della corresponsività consentiva di chiarire le apparenti limitazioni che l'ordinamento poneva alla rescissione e risoluzione della nostra convenzione, la cui peculiarità, evidentemente, risiedeva, una volta di più, nella disciplina della sua *causa*.

Per quale ragione?

Nell'ottica economica descritta da Alciato e dai suoi epigoni, che, come si è visto, trovava nella giustizia commutativa di derivazione tomistica il suo fondamento, il parziale riconoscimento che una parte faceva della pretesa altrui costituiva causa e fondamento di egual ricognizione del diritto dell'altra (213).

Caduta la causa, veniva meno, per l'ordinamento, la giustificazione di ogni sacrificio, ed, in definitiva, di ogni prestazione: «haec eadem est omnium, qui hominum sunt inter se contractuum ratio, ut nisi

---

(210) Nei Digesta, non ve ne sono comunque altri, cfr. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, p. 111.

(211) BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, pp. 116-130.

(212) Secondo Connan questa era la principale partizione fra i contratti, nonchè la *ratio* sottesa all'elemento causale. Perché sussista il sunallagma, infatti, ogni spostamento di natura patrimoniale deve essere giustificato e controbilanciato da uno di segno contrario, solo così si evita il pericolo di un ingiustificato arricchimento di una parte a scapito dell'altra: «ita aliis tribuere necesse est, ut ab iis etiam multa spectemus: et sic communes utilitates in medium afferre, ut officiorum commutatione dandorum et accipiendorum, retineri possit haec hominum inter se societas [...] conventiones quae sunt de istis [...] tum vere contractus nominantur [...] Sic pactum et conventio perficiuntur quidem consensu, contractus autem rei traditione aut vera, aut quae iuris autoritate pro vera habetur» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 1, 326b) e sul punto già H. DE CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris 1927<sup>3</sup>, p. 149.

(213) Infatti «non de verbis iam quaestio est, sed de aequitate, quae non permittit, ut ex rebus meis me invito lucrum facias» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 1, 326).

συνάλλαγμα istud interveniat, non nascatur ex eis obligatio: tantum abest ut detur actio» (214).

La transazione, quindi, una volta conclusa, era vanificata se risultava deficitaria dell'elemento causale *ab origine* – difetto genetico del sinallagma – oppure se la causa veniva comunque a mancare in un momento successivo alla stipulazione del contratto – difetto funzionale, diremmo noi oggi.

La *causa transactionis* restava, invece, autonoma rispetto alle problematiche inerenti il rapporto sottostante, ed in contestazione, ancorchè vi fosse sempre collegamento fra la *res litigiosa* e la *res transacta*, che nasceva proprio dalla pacificazione della prima, per mezzo dei sacrifici assunti con la seconda.

Non si applicava così la disciplina dell'errore, ma vi era anche la preclusione di ogni accertamento giudiziale in futuro sulla situazione “composta” in forza di un'*exceptio litis finitae*.

La suggestione di Connan, definita da alcuni spregiativamente anche *connanite*, veniva amplificata anche nelle pagine dei *Paratitla* di Wesembeck, la cui *causa efficiens* «propinqua pactorum, est consensus contrahentium: [...] remota, lex aut gentium, aut civilis, aut praetoria, quae eiusmodi consensum approbat, et ad obligandum vult esse efficacem [...]» (215).

Doveva, infatti, essere familiare al maestro fiammingo l'idea che fosse la stessa nozione di contratto ad implicare il riferimento all'*implementum* da parte di uno dei contraenti (216), mentre il consenso restava ancora una volta sullo sfondo: c'era già, ma non era il solo elemento.

Ed era proprio in questo argomentare di Wesembeck, precocemente apertosi per cause religiose alla lezione tedesca, che si contestualizza anche il richiamo al *negotium civile*.

(214) *Ibidem*.

(215) WESEMBECK, *In Pandectas Iuris Civilis, De transactionibus*, Tit. XIV, n. 5d-f, 166.

(216) *Ibidem, De pactis*, Tit. XIII, n. 3c, 163.

Il *negotium*, infatti, avrebbe ricompreso tutti gli atti compiuti *ob causam (re tradita)* (217), in opposizione alla *donatio* (218), nella cui ampia e generale categoria sarebbero, invece, rientrati tutti i contratti gratuiti: «quare hoc casu plerunque transit res in alium innominatum contractum, puta in transactionem, aut aliud negocium civile: *l. 7 de hoc tit.* Unde propter sinallagma. Re ob causam tradita, oritur actio praescriptis verbis, quae ex pacto non datur» (219).

Al *negotium*, più che al sinallagma, si richiamava anche Lorient (220), spiegando che: «pactum sine causa factum actionem non producere (D. 2.14.7.4). Causa autem non dicitur ex geminatione actus, sed quando pactum in se aliquod negotium habet (D. 19.5.5)» (221).

Vi era nelle sue tesi, frutto di una buona conoscenza tanto della dottrina che delle fonti, però, tutta la percezione di una crisi del dato normativo e della sua validità, cui egli reagiva con la ricerca di un *quid novi*, per riconnettervi il fondamento del diritto e la sua operatività pratica.

Prendendo le distanze da ogni restauro di un classicismo anacronistico ed in contrasto con le esigenze dei tempi, egli, infatti, sosteneva: «si in pacto causa subsit ex eo agi solet. Causa autem dicitur, illud propter quod aliquid sit vel datur».

Gli appariva quindi inspiegabile che alla transazione, solitamente inserita fra i contratti innominati (*semper in uno ex his contractibus versatur*), e che prevedeva fra i propri requisiti essenziali «cum non fiat nisi aliquo dato vel retento seu promisso», venisse negata azione (222).

A giudizio di Lorient, la spiegazione doveva per forza essere un'altra, ovvero che: «transactionem neque nominatum neque innomi-

---

(217) *Ibidem*, n. 8c, 174.

(218) «itaque semper in donatione ob causam semper praecipua [...] manet liberalitas et munificentia» (*Ibidem*, n. 8, 172-173).

(219) *Ibidem*, n. 8c, 174.

(220) LORIENT, *De iuris apicibus*, ax. LVII, col. 444.

(221) BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 118.

(222) LORIENT, *De iuris apicibus*, axx. LXVII-LXVIII, coll. 455-456.

natm contractum esse, sed potius, quoniam negotium diffinit (223) [...] et causa accipitur, si domini traslationem contineat» (224).

Non meno esplicito appare il processo di riordinamento dei mezzi negoziali a fine secolo, nelle trattazioni di Boccer (225) e di Giulio Pace (226), che si spingeva a leggere nella *conventio* (*quae causam habet*) un'unica macro-categoria giuridica, cui le specifiche previste per ciascuna fattispecie negoziale potevano essere ugualmente ricondotte (227).

Qualunque definizione, infatti, a giudizio del giurista vicentino, poteva trovare fondamento in questo nucleo, fedele testimone della tensione intellettuale cui era sottoposta ogni apertura alla *mens contrahentium*, ma occorreva anche un'*adprobatio* da parte dell'ordinamento,

---

(223) *Ibidem*, ax. LXXX, col. 460.

(224) *Ibidem*, ax. CXXXIX, col. 485.

(225) Un esempio cinquecentesco di questa impostazione è per tutti offerto da Heinrich Boccer, che nel ricostruire un proprio schema contrattuale (*conventio quae ex mente contrahentium per se obligationem civilem parit*), spiega come il lessema *conventio* sia il *genus* rispetto alle varie *species* negoziali del contratto, del patto e del *distractus* (per tutto, H. BOCER, *Commentarius in l. Contractus, 23 ff. de regulis iuris*, Turingae 1614).

(226) L'attenzione di Pace alle problematiche contrattuali non può dirsi episodica. Risultano infatti a lui attribuite un significativo *Tractatus de contractibus et rebus creditis, seu de obligationibus quae re contrahuntur et earum accessionibus* (Parisiis, 1598), dedicato, come si è visto, alla natura convenzionale del contratto (*conventio cum causa*), una *Dissertatio De transactionibus* (Heidelbergae, 1589) e un più specifico commento alla *l. Transigere* (Lugduni, 1604), oltre che alcune *Centuriae* (*Enanthiophanon, seu Legum conciliatarum centuriae X*, gradualmente pubblicate, Spira 1586-1596; Lugduni 1631-1643).

(227) Il segno *conventio* ha portata generale e concerne tutti gli atti nei quali le parti si accordano tra loro al fine di contrarre un negozio o di transigere su di esso. Nuovi dibattiti si sono riaccessi fra i romanisti, anche in tempi assai recenti. Si ricordano fra i contributi più significativi: SANTORO, *Il contratto nel pensiero giuridico di Labeone*, pp. 5 ss.; ID., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, pp. 83-124; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli 1989, pp. 29-32; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*; BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale*, pp. 57 ss. ed, infine, quale momento riassuntivo A. IZZO, "Instaurari decisam litem prohibent iura", in *tema di inadempimento della transactio dai Severi a Diocleziano*, in *Labeo*, 46 (2000), pp. 461-477. Per una più specifica indicazione del lemma e del suo sviluppo presso i glossatori, con una sintesi sull'inutilità sistematica di tale categoria, cfr. VOLANTE, *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 47-50.

una *vis a iure actui tribuita* per mezzo della quale «ille producit civilem obligationem et actionem» (228).

Ancora una volta, dunque, si ridiscuteva la *summa divisio* fra contratti innominati e non, ed ancora una volta la differenza fra le fattispecie edittali ed atipiche riconduceva alla causa.

Nell'una ipotesi era prevista a priori; nell'altra, al contrario, da ricercarsi nei contenuti voluti ed immessi dalle parti, ma comunque legata ad una ormai imprescindibile dimensione "relazionale" del *ius* (229).

Insomma, in un contesto dottrinale in cui, col tempo si è voluto ridimensionare il ruolo innovativo di Alciato o, addirittura contestare l'influenza di Connan – il più grande dei suoi allievi –, pare innegabile la continuità e la forza innovatrice del loro ragionamento.

A prescindere dai toni delle trattazioni, talvolta dogmatici ed irrefutabili, in altri casi più discutibili, elemento essenziale di ogni contrattazione sembra essere, infatti, l'attribuzione patrimoniale: le differenze, si appuntavano, semmai, sul diverso rapporto tra l'accordo e la prestazione.

In una parola, queste moderne dottrine riproducevano nella sistemica negoziale quello stesso spostamento del centro di interesse dalla *res* all'*homo*, che aveva segnato il passaggio dal medioevo all'età moderna, ancorchè non potessero dirsi «affatto uniformi gli impianti entro cui la strumentazione tecnica della categoria generale del contratto veniva di volta in volta inserita» (230).

---

(228) Si registra, insomma un nuovo modo di concepire il contratto, un modo sensibile alla congruità dello scambio, ove i singoli *vestimenta* vengono in qualche modo surclassati dall'attenzione per causa e consenso. Sul punto, cfr. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 171; G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli 1995, pp. 277 ss.; DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto, passim*; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, pp. 18-20. Per la citazione, si veda, invece, G. PACE, in *Opera theorica iuris utriusque ad praxim et usum utriusque fori secularis et ecclesiastici accomodata, et in sex tomus distributa*, Lugduni, 1627, Comm. ad D. 2.14.1.1, *de pactis*, l. *huius edicti*, § *pactum autem*, n. 6.

(229) R. ORESTANO, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo congresso della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1966, p. 409.

(230) Per tutto il Cinquecento sono molti gli studi che tentano di conciliare

L'idea di una giustizia commutativa consentiva di individuare la misura del 'giusto' dal punto di vista privatistico del libero scambio, senza una specifica mediazione legittimante dall'alto.

In risposta alla sensibilità tutta umanistica di valorizzazione di un individuo, ormai sottrattosi alla totalizzante dimensione collettiva dell'epoca medievale sia alle ragioni dei commerci, quella che si andava tracciando era una "cornice flessibile" in cui si era – sì – lasciati liberi di operare, ma pur sempre nella contemperazione dell'equilibrio fra *utile* (esaltato dai culti), *dominium* (approfondito dai teologi spagnoli) e nuove esigenze sociali.

E se non tutti arrivavano ad abbandonare le antiche distinzioni, era innegabile l'individuazione di un archetipo, legato alla ricerca degli elementi di omogeneità che potessero accomunare tutte le figure tutelate con l'*actio praescriptis verbis* (231).

Ciò che, invece, merita di essere sottolineato è che non si trattava di un moto ascensionale della *scientia iuris* verso una sempre maggiore rilevanza dell'intenzione.

Anche il diritto naturale, che pure è richiamato con frequenza, rimaneva, in quel momento, un punto di riferimento metastorico per orientare i giuristi nella ricerca di un parametro ideale di giustizia (232).

Il superamento della tipicità, non alla ricerca di nuovi e diversi tipi, ma al di sopra di essi, perseguito con impegno, trascendeva le schematizzazioni – fossero esse "oggettivistiche" o "consensualistiche"

---

tra loro le sempre più pressanti esigenze dell'autonomia privata con quelle dell'ordinamento, cfr. STINTZING, *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, I, pp. 457-458. Per un riferimento più recente ed esteso, si veda BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato*, spec. pp. 114-115 ed i saggi specificamente dedicati al tema di Navaretta, Scognamiglio, Gitti, sempre contenuti in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*.

(231) Ne sia di esempio la definizione di contratto del Doneau: «contractus est duorum pluriumve consensus in hoc, ut unus alteri quid det faciat, jure ad eam rem et praestationem comprobatus [...] Est enim omni contractus conventio [...] conventio autem et pactio idem valent [...] sed non omnis consensus in idem, id est etiam in hoc ut quid fiat, contractus est» (DONEAU, *Commentarii de jure civili*, lib. XII, in *Opera omnia*, III, Maceratae 1829, Cap. VI, nn. III-IV, 472).

(232) MAES, *Resum de la historia del derecho en los antiguos Países Bajos españoles*, pp. 25 ss.



– ma senza ancora una precisa omogeneità nei singoli autori, incapaci di disegnare una categoria sostitutiva universalmente condivisa (233).

---

(233) «Saldamente ancorato alle strutture del passato ancorchè di solito inserito fra i più eversivi esponenti del cultismo è Hotman che, volendo riaffermare la natura reale del contratto innominato quale «*mutua et reciproca ex re contracta obligatio*» (HOTMAN *Commentarius verborum iuris*, in *Operum*, II, voce *συνάλλαγμα*, ma anche in *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis*, l. VII, *de pactis*, col. 15) ripercorre l'antico distinguo fra i *contractus sine nomine e nominati*, senza però dimostrare una ponderata esegesi delle fonti (D'AMELIO *Indagini sulla transazione*, cit., p. 129).

Giuffrè Editore

### CAPITOLO III

## EFFICACIA, INEFFICACIA ED INVALIDITÀ

SOMMARIO: 1. *De vi effectu et potestate transactionis* – 2. *Litem per transactionem finitam prohibent iura: l'exceptio rei iudicatae et per transactionem finitae* – 2.1. Qualche accenno all'oggetto del contratto – 3. L'efficacia convenzionale: clausola penale e *rato manente pacto* – 4. Efficacia e validità: *l'agere praescriptis verbis* – 4.1. (Segue) *l. sive apud acta* – 5. *Miscellanea circa nullitatem, aut rescissionem transactionis propter varias causas*

#### 1. De Vi, effectu et potestate transactionis

Al contrario di quanto avveniva in passato, in età moderna sono i paragrafi conclusivi delle trattazioni dedicate alla materia transattiva, siano esse monografie o più generici commentari ai passi del *Corpus*, a concentrarsi sulla *virtus* della fattispecie.

E', in questa sede che viene evidenziato il ruolo "portante" della "questione processuale" sull'effettività dell'istituto, ed è sempre qui che è possibile vedere anteposta all'ossequio rigoroso e formale dello *ius strictum* (1) l'esigenza di salvaguardare la comune concordia (2).

---

(1) Lo *ius strictum* o *rigor iuris* mette in risalto l'intangibile valore cogente delle norme che ad esso si uniforma, in contrapposizione, invece, ai criteri di minore severità ermeneutica dettati dall'*aequitas*. Questa contrapposizione presente sin dalla Glossa (cfr. CALVINUS, *Magnum Lexicon juridicum*, 195-196, pagina erroneamente indicata come 295) ha, come è noto, una particolare incidenza sul regime delle *actiones* e sulla rilevanza del dolo. Cfr. sul punto le riflessioni del Tiraqueau, da cui la citazione (A. TIRAQUEAU, *De vtroque retractu municipali, et conuentionali, commentarii duo*, Lugduni 1574, 497-504, e spec. n. 4, 498) e del Budé (*Annotationes, ex lege I, De iustitia et iure*, 9-10). Per l'equiparazione *rigor-subtilitas*, si veda, invece, CORTESE (*La norma giuridica*, cit., II, p. 349 nt. 102) che utilizza la contrapposizione di tali concetti per

Mentre, infatti, le dottrine espresse da glossatori e commentatori si erano quasi esclusivamente orientate alla definizione dell'accordo compositivo, e limitate a considerazioni puramente negative in merito alla sua efficacia (3), la costruzione cinquecentesca mirava a comporre un quadro dinamico dei meccanismi negoziali utilizzati per concludere la *transactio*.

L'idea era quella di regolamentare il concorso di una tutela in via d'azione con quella che, per lungo tempo, era rimasta solo una difesa imperniata su di una mera eccezione.

In altre parole, se i primi legisti bolognesi avevano guardato al momento genetico del vincolo obbligatorio, senza riuscire a sdoganarlo dalle pesanti "imposte" d'origine pattizia (4) – che «in omni artificiosa disputatione princeps quaestio est» (5) – gli umanisti non si erano più limitati "a praticare sul campo" un esercizio di pura erudizione.

Al contrario, si erano esercitati con impegno ed energia a rifissa-

---

spiegare il passaggio dall'*equitas* al *rigor*, laddove il principio equitativo non sia stato fatto oggetto di una *benigna interpretatio*.

(2) Garantita dall'ausilio di «selectae certae conventiones, quasi ad vitam caeteris necessariae», fra le quali la transazione assume un ruolo di primissimo piano. Per tutto cfr. DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput I, *Ulpianus Liv. IV ad Edictum*, 77.

(3) Tutti effetti riconducibili ad una lettura miope di D. 2.15.2 – per cui si rinvia al precedente capitolo – e volti a cogliere nella transazione solo una causa di estinzione delle obbligazioni, piuttosto che una loro fonte, come ci dimostrano tanto le *Questiones de iuris subtilitatibus* (n. 3, 35) quanto la Magna Glossa (ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *consensum*, D. 2.14.1.3 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, 37).

(4) Non solo i glossatori stentavano a reperire l'*obligationem ultrocitroque intervenientem* nell'atto tipico del *transigere*, ovvero nella rinuncia all'azione processuale – convinti com'erano che le prestazioni potessero realizzarsi solo con una reale o *ficta traslatio dominii* – ma avevano anche totalmente misconosciuto la stessa capacità obbligatoria dell'accordo compositivo che, in assenza di un vero e proprio adempimento, avrebbe dato luogo a sole eccezioni e non vere e proprie azioni di tutela, lasciando peraltro libero l'attore di rimettere oggi un'azione che avrebbe poi potuto liberamente riprendere domani. Chiarissimo, in proposito, è Cino (*In Codicem... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.29 *De transactionibus*, l. *sub preatextu*, n. 5, 65). Per un quadro riassuntivo delle tesi più risalenti cfr. anche LORIOT, *De iuris apicibus*, axx. LXXXIX- LXXX, coll. 460-461.

(5) DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput I, *Quid sit pactum*, 68.

re i criteri per l'esecuzione del *contractus*, e per la sua risoluzione in caso di inadempimento (6).

E' con questo spirito che Johan Borcholten – in anticipo sulle usuali modalità esplicative delle dottrine secentesime (7) – illustrava che *cardo totius quaestionis vertitur* «de vi, effectum et potestate transactionis» (8).

Sempre grazie al sincretismo letterario derivatogli dai suoi insigni maestri (9), abbozzava per questa via un quadro delle condizioni di azionabilità *in foro pragmatici* della transazione, non solo abbastanza preciso, ma anche dotato di un'intima coerenza sistematica con le norme ed i principi della Compilazione che, proprio nel reciproco atteggiarsi dei rimedi processuali e nella descrizione dell'attitudine marcatamente preclusiva della *transactio* (10), si erano spesso rivelati complessi, poco chiari e non del tutto coerenti (11).

---

(6) In altre parole, l'apprezzamento dell'utilità dell'*amicabilis compositio* consigliava ai *doctores iuris* del XVI secolo una sintesi non polemica, ma nemmeno trattatizia, del regime di operatività, ripartendo dai risultati delle scuole precedenti, di cui avrebbero dovuto, però, tenere in considerazione i limiti operativi. Cfr., sul punto, DONEAU, *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus, Tituli Digestorum, de prescr. vb. et in factum actionibus*, 4.

(7) Per segnare il momento di passaggio nelle modalità espositive fra Cinque e Seicento, utile è uno sguardo al giurista olandese Hendrik Zoes, che scrive proprio agli inizi del XVII secolo, cfr. ZOES, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum juris civilis, Titulus XV. C. 2.4., De transactionibus*, nn. 46-50, 126-127.

(8) BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *De vi effectu et potestate transactionis*, Cap. *Postremum*, n. 1, 185.

(9) Borcholten fu allievo sia di Cujas che di Wesembeck.

(10) Solo in via di accenno, dal momento che in seguito il discorso verrà ripreso, preme sottolineare come il migliore tentativo di attribuire una certa autonomia concettuale all'effetto di composizione della lite passi proprio per la ricostruzione della sua "efficacia preclusiva" in ordine alla trasformazione della situazione giuridica contestata. Tale teoria si incentra intorno ad una relazione temporale. A suo fondamento si pone il confronto tra la realtà precedente alla realizzazione dell'effetto giuridico, e quella ad essa successiva. La trasformazione è il risultato dell'effetto. In relazione all'entità della modifica che si attua con la trasformazione tre sono infatti i tipi di efficacia giuridica normalmente riconosciuti: ovvero quella costitutiva (in cui il nuovo "regolato" diverge dalla precedente situazione), quella dichiarativa (in cui il "regolato" converge con la precedente situazione), ed, infine, quella preclusiva (in cui il "regolato" è ambivalente rispetto alla situazione originaria). Per spunti nella dottrina civilistica, cfr. A. FALZEA, voce *Accertamento*, in *ED*, I, Milano 1958, pp. 205-219, spec. pp.

In base all'*effectus*, infatti, il giurista sassone affermava che: «potestas transactionis haec, quod transactio rebus dubijs et litibus incertis finem imponit, et non minorem habet auctoritatem, quam res iudicata» (12), mentre, in forza della *vis*, che: «qui fidem promissam transactionis causa non impleverit» potesse essere giudizialmente costretto al suo adempimento, con una nutrita serie di azioni digradanti, per forza e tipicità (13).

In questo contesto interpretativo, decisamente rinnovato, e

---

209 ss., ma anche ID., voce *Efficacia giuridica*, in ED, XIV, Milano 1965, pp. 432-509, spec. pp. 490 ss.

(11) Sui problemi di tecnica processuale legati alla tutela delle convenzioni atipiche in genere, e della transazione in specie, la letteratura romanistica, chiamata con una certa frequenza a compulsare le fonti, non ha ancora trovato un punto fermo. Di fronte ad espressioni spesso ridondanti e ripetitive è, infatti, risultato arduo avventurarsi alla ricerca di caratterizzazioni e classificazioni precise: così, da una parte, la dottrina più risalente ha sottolineato il carattere insiticio del riferimento all'azione in adempimento (DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα: storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, pp. 189 ss. e PETERLONGO, *La transazione*, pp. 316 ss.); dall'altra, quella più moderna, è sembrata invece propensa a salvaguardare l'autenticità dei passi problematici.

(12) «res iudicata pro veritate habetur [...] sic transactio pro veritate habetur [...] quia non minorem esse auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum» (BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *De vi effectum et potestate transactionis*, Cap. *Postremum*, n. 1, 185).

(13) Da quella *nominata ex stipulatu*, a quella *in factum* o *utilis*: «Hic ad verterem actionem redire non possunt. Illa [...] sublata fuit et actio semel sublata, postea non restituitur [...] Si transactioni non fuerit subiecta stipulatio datur actori adversus reum, qui transactionem servare non vult, actio praescriptis verbis [...] quia actor transigendo contraxit cum reo» (BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *De vi effectum et potestate transactionis*, Cap. *Postremum*, n. 8, 192; *idem* n. 10, 193, n. 16, 200; n. 17, 201), per arrivare, infine, alla *condictio ob causam datorum* (*Ibidem*, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *De vi effectum et potestate transactionis*, Cap. *Postremum*, n. 6, 190; n. 7, 191; n. 8, 192). In realtà, questa lapidaria esposizione si accompagna anche ad una serie di perplessità (*Ad hanc obiectionem satis difficilem, ita breviter respondendum est*) circa l'azionabilità della nostra convenzione, che creano nel giurista sassone ancora qualche problema sistematico (*Ibidem*, n. 12, 194-195), sovente risolto con un rassicurante richiamo extratestuale all'autorità di Cujas: «Et hoc est, [...] conventiones aestimari [...] ex implemento, quo ut Iacobus Cuiacius loquitur» (*Ibidem*, n. 14, 196-197). Sul punto, si vedano, comunque, anche Duaren («actione ex stipulatu si interposita fuerit stipulatio, vel praescriptis verbis», DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput V, *De remediis actori competentibus*, 120) e un Hotman, meno incisivo e lucido del solito (*Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, 110-113).

non più da intendersi quale rituale ed innocuo omaggio al diritto romano, la *conventio* per definire la tensione dialettica fra le parti, in nome di un interesse superiore, scaturito da una diversa valutazione del conflitto in corso, incarnava dunque l'obbiettivo del contratto di transazione (14).

Il modo di atteggiarsi dei suoi effetti segnalava – quale *naturale negotii* – la consunzione di ogni futura e possibile azione «quia impedit litis ipsius ingressum, id est, repellitur actor agere volens post transactionem factam» (15).

Il riferimento alla conservazione, unitamente alla possibilità di concludere transazioni con antiche e privilegiate caratteristiche civili, conduceva, infine, i giuristi moderni a non mettere più in discussione l'accordo validamente concluso, quanto piuttosto a vagliarne l'efficacia preclusiva (16).

---

(14) «transactio est conventio de re ambigua, per quam vel vitandae vel finiendae litis causa, eius rei pars aufertur, pars remittitur, l. 38 C. h.t. nam quasi quaedam compositio est inter adversarios, ut e re controversa neque totum neque nihil actor auferat». (Per tutto HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas, De transactionibus*, n. 1, 82).

(15) A parere del Duaren sono solo tre le tipologie di eccezioni che impediscono la ripresa della lite finita, ovvero *transactionis, iusiurandi, et rei iudicatae* [...] «aliae exceptiones, quamvis peremptoriae sint, veluti pacti conventi exceptio, litis tamen ingressum non impediunt» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 118).

(16) Si riporta, fra tutte, la lezione di Doneau, che non solo ritiene la forza della transazione del tutto simile a quella di altri contratti, ma sottolinea, in pari tempo, anche la necessità di salvaguardarne il dettato (*servari eam generaliter*) cosicché *transactiones bona fide interpositas rescindi non posse*. Per i riferimenti ai passi citati, cfr. DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 180; mentre per le due forme costitutive dell'accordo, cfr. 182-183. Sul concetto di buona fede, nelle fonti cinquecentesche, utile, pare invece il confronto con Brisson: «bona fides legem contractus servari exposcit [...] Bona fides exigit, ut quod convenit [...] nec quicquam magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est» (BRISSEAU, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*, Lib. III, 77-80, spec. rigo 35, 80). Per riferimenti bibliografici, oltre al saggio di MASSETTO, *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, spec. pp. 338-343, ultime significative riflessioni si trovano ne' *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea – Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001, Voll. I-IV, Padova 2003 e S. TAFARO, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti, Relazione presentata nel II Semina-*



L'analisi delle motivazioni contro l'utilizzo di rimedi volti a ridiscutere il "transatto" non si appuntava, pertanto, su ragioni di incompatibilità logica al loro utilizzo, quanto su una scelta di carattere politico, intesa ad escludere ogni discussione circa la congruità del sinallagma una volta composta la lite (17).

Contemporaneamente, la nuova impalcatura sistematica, che annoverava ormai la *transactio* fra le *conventiones* non storicamente consolidate, ma pienamente tutelabili (*valde favorabiles*), rendeva improrogabile la costruzione di una trama processuale nitida, in grado di superare l'approccio tradizionale, in favore di uno più moderno ed innovativo.

Da un lato, la nuova carica propulsiva imponeva ai giuristi del XVI secolo di verificare la concorrenza o l'alternanza fra le *actiones* – piuttosto che la rispondenza a presupposti teorici –; dall'altro, essi ritenevano ormai opportuno allargare l'orizzonte problematico anche all'esame di una serie di azioni, specificatamente concesse per i *contractus sine nomine* (18), e dirette a costringere all'adempimento della prestazione concordata la parte renitente (19).

---

*rio en el Caribe* «Derecho romano y latinidad: identidad e integración latinoamericana y caribeña», La Habana-Cuba, 12-14 febbraio 2004, ora in D@S, 3 (2004), *Tradizione Romana*.

(17) «quia per transactionem lis decisa esse dicitur. Quam ob rem si transigens illa actione rursus agat, vel doli exceptione, vel transactionis exceptione repelli potest: etiam si statim post transactionem transigens poeniteret» sulla base del fatto che i facili pentimenti, normalmente ammessi per i contratti innominati, non sono riconosciuti in sede transattiva, vuoi *favore litium dirimendarum* («ut arbitrati sunt Doctores») vuoi perché *per transactionem lis semel decisa instaurari non potest* (LORNIOT, *De iuris apicibus*, ax. LXXXVI, col. 463).

(18) Si tratta della *denegatio actionis*, decretata per impedire la risoluzione del negozio; della *restitutio in integrum*, richiamata, nel caso di specie, dal *recedere* o dalla *prohibitio* di *instaurare decisam litem* da C. 2.4.6 e C. 2.4.33, oltre che dell'*actio doli* o *quod metus causa*, volte a reprimere comportamenti maliziosi che, solo eccezionalmente, incidono sulla transazione.

(19) Ferma comunque la possibilità di ricorrere alla *condictio*, di più complessa valutazione, però, sia a motivo della sua attitudine al ripristino della *status quo ante*, quanto per l'evidente contrasto con l'irretrattabilità generalmente riconosciuta all'accordo transattivo da C. 2.4.20. «In primis reus adversus creditorem agere volentem post transactionem factam ex veteri obligatione excipere potest, quod de ea transactum sit, quae exceptio si statim probetur, impedit litis contestationem [...]

In altre parole, se l'atto transattivo era per un Alciato, o un Donello, indubbiamente idoneo a determinare effetti di tipo preclusivo – soprattutto a motivo dell'irrelevanza in cui veniva posta ogni eventuale indagine circa la conformità alla realtà delle posizioni fatte valere dalle parti con la pretesa e la contestazione – tuttavia, vi era anche la piena consapevolezza che esso non si esaurisse in questo.

Il fatto che la composizione della controversia non potesse essere svincolata da situazioni di dovere/potere, del resto induceva già di per sé una riconsiderazione più ampia della sua efficacia, al di là della tacitazione della lite, circostanza del resto confermata anche dal confronto con atti diversi, aventi, in apparenza, lo stesso tipo di effettività (20).

Da qui, dunque, pare opportuno prendere le mosse.

---

Deinde quod ab eo transactionis nomine datum fuerit, illud repetere potest, si velit, conditione causa dati. [...] Tertio poenam petere possit, si poena promissa sit» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput VI, *De remediis reus adversus actorem competentibus*, 120). Le medesime riflessioni, comunque, anche in Hotman (*Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, 113): «an praetextu instrumenti post reperti transactio rescindatur? D. C. est, quia transactio de his tantum rebus, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur. Nam ignorantis in eo quod ignorat consensus nullus est»; mentre per il dolo, (*Ibidem*, 117-118): «ex quo intelligitur transactionem dolo non vitiari», (*Ibidem*, 114); ed, infine «vis transactionis extra eas res, de quibus actum est, non pertinet», (*Ibidem*, 125).

(20) Un problema di notevole spessore era determinato dal valore di giudicato attribuito al *transatto*. Da sempre la dottrina è stata infatti unita e conforme nel ritenere che l'irretrattabilità di cui godeva la transazione la facesse assimilare – almeno in relazione agli effetti – all'inderogabilità e cogenza peculiare della decisione raggiunta per mezzo dell'intervento giudiziale: «nam cur super una re non possint ferri plures sententiae? [...] Item cum semel est decusum per sententiam arbitri vel transactionem res desiit esse dubia, non potest iterum iudicari, nec iterum transigi» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Digesti Veteris*, Comm. ad D. 4.8.25 *De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*, l. *quid tamen*, n. 1, 155v). Ma si vedano anche Baldo (*In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *fratris tui*, nn. 1, 4-5, 119) e, per il XV secolo, i *Consilia* (Lugduni 1549, cons. XVII, n. 1, 48rv) del “consultatore pregiatissimo” Lorenzo Calcagno (1410/20-1478), rettore dell'Ateneo Padovano nel 1438, ma, soprattutto, membro del Collegio dei Giudici a Brescia, attività cui è per l'appunto legata la fortunata raccolta di pareri, edita nel 1504, poi ristampata più volte, e considerata lo specchio teorico rigoroso dell'intera dottrina del Commento. Per maggiori riferimenti sul Calcagno, cfr. P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano 1960, pp. 113, 161, 224, 426, 473; l'omonima voce di A. DILLON BUSSI, per il *DBI*, 16, Roma 1973, pp. 507-508.

2. Litem per transactionem finitam prohibent iura. L'exceptio rei iudicatae et per transactionem finitae

Molte delle difficoltà che si profilavano all'interprete nell'analisi della fenomenologia transattiva, una volta definitone il perimetro operativo, scaturivano, infatti, dall'eterogeneità di effetti che concorrevano alla determinazione del risultato voluto con questo atto di autonomia privata (21).

L'individuazione della natura della transazione, nei secoli, non si era, del resto, mai rivelata agevole, trattandosi di un negozio al quale, in teoria, apparivano riconducibili effetti dichiarativi, costitutivi, estintivi, o preclusivi.

Un percorso per mettere chiarezza – almeno, dal Quattrocento in avanti – aveva battuto la via della qualificazione sostanziale, ma anche la ricostruzione del regime processuale era indubbiamente un passaggio cui la dottrina non poteva sottrarsi. E non solo per individuare le caratteristiche di un'eventuale azione in adempimento (22), ma anche per le ricadute che le diverse opzioni ermeneutiche in sede processuale potevano produrre sugli aspetti sostanziali del negozio compositivo (23).

Una delle questioni più controverse concerneva, infatti, l'applicazione della l. *non minorem auctoritatem* (24) che, gratificando

---

(21) L'importanza della «posizione del soggetto nel costituire la regolamentazione contrattuale» e la forte connotazione ideologica di cui essa risulta caricata nel corso del tempo sono state felicemente rese da Birocchi (*Autonomia privata, ordini e mercato*, pp.101 ss.).

(22) Al fine di verificarne la congruità rispetto a quelle previste per altre convenzioni atipiche o, al contrario, per coglierne le peculiarità: «Et quod de vi transactionis, semel et in universum dicendum sit, similia fere hic omnia, vel potius eadem, quae caeteris conventionibus. Etenim si hoc quaeritur, an valeat transactio, servari eam generaliter [...] sic enim traditur, transactiones rescindi non posse [...] quam ob causam necesse fuerit de ea separatim ab alijs conventionibus ius constitui» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 179-180).

(23) Aspetti specifici di queste problematiche sono stati già trattati nel mio *La res dubia nella transazione*, pp. 1759; 1761-1767, cui sia consentito il rinvio.

(24) Questo il passo problematico: C. 2.4.20 *de transactionibus*. *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, si*

la *res* – una volta *transacta* – con il grado di intangibilità caratteristico di quella *iam iudicata* (25), pareva non solo sancire l'irretrattabilità del "regolato" dalla composizione amichevole – attraverso una formale assimilazione dei suoi effetti a quelli prodotti dalla definizione in sede giurisdizionale (*iudicatum*) –, ma sembrava sovrapporre anche la transazione alla *sententia iudicis* (26).

---

*quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerant custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis maioris quinque et viginti annis consensum repudiet.* Per alcuni spunti interpretativi si rimanda ad IZZO, *Instaurari decisam litem*, pp. 461-477.

(25) Circa il valore di giudicato dell'intervenuto accordo transattivo nella dottrina più risalente, si vedano: BALDO DEGLI UBALDI, *In primam et secundam Digesti Veteris Partem* cit, Comm. ad. D. 2.15.1 *de transactionibus*, l. *qui transigit*, n. 4, 153v; successivamente Fulgoso, che, in proposito, scrive: «*transactio parem obtinet auctoritatem cum sententia [...] nota transactionem aequiparari rei iudicatae*» (*Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 2.4.20 *De transactionibus*, l. *non minorem*, n.1, 73v). Per una conferma, invece, da parte di quella moderna, il rinvio va ad Alciato: «*qua propter vulgo dicimus, litis finitae exceptionem si, ne ulterius procedatur, opposita fuerit contestationem impedire. Sunt autem huiusmodi exceptiones non hae tantum, quae hic enumeratae sunt, rei videlicet iudicatae, vel transactae, sed etiam multae aliae, unde generaliter proditum est quandocumque exceptionem peremptoriam, qua evidenter et incontinenti constare possit, non potuisse reum in ius vocari, litis contestatione impediri*» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *fratris tui*, n. 1, 76v) e a Lorient, che al giurista milanese si richiama espressamente: «*non minoris auctoritatis esse dicitur quam res iudicata, aut iuramentum, ex quibus certum est actione in factum agi posse [...] quia per transactionem lis decisa esse dicitur [...] et ex ea agi potest, quemadmodum ex re iudicata [...] antiqua vero actio per officium iudicis non restituitur, sed tantum per conditionem*» (LORIENT, *De iuris apicibus*, ax. LXXIX, col. 460 e nn. LXXXVI e LXXXVII, col. 463). Per l'aspetto più marcatamente accertativo, si veda, invece, Hotman (*Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, 109).

(26) Un'interessante e durevole esposizione del tema del giudicato presso i glossatori si coglie nelle *Questiones de iuris subtilitatibus* («*res apud iudicem queri potest, cum non est quod tollat questionem, ut auctoritas rei iudicatae*», *Ibidem*, XLII *De probationibus*, n. 5, 114-115) che legano la forza del giudicato alla consunzione della *quaestio* portata avanti al giudice in sede di discussione. Ma sicuramente più profonda è l'analisi della materia da parte di Azzone (*Summa super Codicem*, C. 7.52, *De re iudicata*, 285), prima e di Accursio poi, che, proprio per il tema che qui più interessa, sostennero la totale equiparazione fra *sententia* e *res iudicata*. Solo con il Durante (*Speculum iuris ... cui praeter solitas Io. Andreae, Baldi, et aliorum additiones*, Augusta Taurinorum 1578, Lib. II, 177, n. 11, su cui cfr. M. ROSBOCH, *L'invalidità delle sentenze nello "Speculum" di Guglielmo Durante*, in *RSDI*, 72 (1999), pp. 177-278) si avverte una maggiore consapevolezza del problema, mentre è a Bartolo e, soprattutto, a Baldo

Si enfatizzava, insomma, la capacità conoscitiva dell'oggetto controverso (27), con conseguenze non certo di scarso rilievo in ordine alla pregiudizialità del "transatto" (28).

---

(*In primam [-secundam] Digesti Veteris partem, in primam et secundam Infortiati partem, in primum Codicis libros*, Comm. ad D. 2.15.11, nn. 1-8) che si deve guardare per una posizione definitiva. Nel corso del Quattrocento, si aprono spiragli per una diversa lettura che portano a differenziare la sentenza come *res iudicans*, dal giudicato quale *causa decisa*. Un quadro piuttosto preciso della questione è offerto da Sebastiano Vanzi (1509-1571), vescovo di Orvieto, giurista famoso, che diede prove brillanti della sua dottrina e del suo ingegno durante il concilio di Trento (S. VANZI, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, Venetiis 1557, spec. n. 89, 420, mentre per il trattato cfr. anche in TUI, IV, 371-427). Suggestivo anche il resoconto successivo dell'Aldimari (*Tractatus de nullitatibus contractuum*, Voll. VIII, Venetiis, 1701-1710). Sull'ampiezza della nozione *Sentenza* trattata tanto da teorici, che da pratici, da dotti o da più modesti *decisionantes*, si veda, infine, l'omonima voce di MASSETTO, (diritto intermedio), in ED, LXI, Milano 1989, pp. 1200-1245, in cui l'Autore dà ampio resoconto dell'impegnativo dibattito sviluppatosi nell'età di mezzo relativamente all'autorità ed alla motivazione di detta pronuncia giudiziale.

(27) Propendendo per la seconda, infatti, non solo il contratto fuoriesce dalla classificazione tra negozi gratuiti ed onerosi, ma nemmeno può essere più considerato come sinallagmatico, il che gli preclude, ad un tempo, la via della rescissione per lesione (punto su cui torneremo più avanti), quanto quella della risoluzione per inadempimento, ritenendosi da impugnare, non tanto la composizione, rimasta priva così di tutela, quanto piuttosto il rapporto giuridico transatto.

(28) La problematica inerente l'esistenza di una facoltà di accertamento in capo ai privati investe da vicino lo studio della transazione, poiché il territorio in cui opera tale fenomeno è, per alcuni, lo stesso. L'ammissibilità di un potere di accertamento convenzionale è stata così sostenuta da una parte della dottrina giuridica, e confutata da un'altra. A sostegno della prima tesi si è ritenuto che la capacità di accertare fosse ricompresa in quella, innegabilmente più ampia, di disporre; a sua confutazione vi è sempre stata, invece, l'idea che il carattere dispositivo dell'attività negoziale fosse incompatibile con l'attività dichiarativa, passibile di esplicazione solo da parte dell'autorità giudiziaria. In realtà, come ha sottolineato L. Garlati, «vero e certo sono concetti da tenere distinti: l'uno attiene alla sfera del giudizio interno, l'altro si forma sui fatti, l'accertamento dei quali passa attraverso l'analisi delle prove e [...] l'attendibilità degli strumenti che consentono di giungere alla sentenza» (*Il diabolico intreccio. Reo convinto e indizi indubitati nel commento di Bartolomeo da Saliceto* (C. 4.19.25): *alle radici di un problema*, in *Panta rei*, II, Roma 2004, pp. 387-419, spec. p. 388, da cui la citazione). Il "fatto" di accertamento, dunque, è la risultante di un processo che, muovendo da un'iniziale situazione di obbiettiva incertezza, porta ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva. Ma una dichiarazione di accertamento che segua un presupposto certo non sarà mai una vera dichiarazione di accertamento, bensì un atto dichiarativo. Allo stesso modo, se nella fattispecie dovesse mancare il momento intermedio di chiarificazione della realtà, non si avrebbe lo stesso

Tralasciando, per ora, la questione dell'idoneità consuntiva tanto dell'azione, quanto dell'obbligazione – su cui torneremo in seguito – è proprio in un'ottica comparativa che si può meglio apprezzare l'assimilazione, o, al contrario le peculiarità della transazione rispetto ad altre “categorie” di strumenti giuridici che, adottando il medesimo coefficiente causale, consentivano alle parti di concludere un accordo “tombale”, risolvendo il contrasto fra loro insorto: primo fra tutti, la sentenza.

Pur essendo, infatti, catalogabile come “tipico”, l'*effetto transattivo* poteva anche essere riscontrabile in una pluralità di fattispecie, che esulavano dallo schema negoziale delle reciproche concessioni, e fuoriuscivano dall'ambito dei rapporti patrimoniali.

Questa considerazione, unitamente a difficoltà di qualificazione, in tempi risalenti aveva determinato inopportune sovrapposizioni ed accostamenti di disciplina (29), causando pericolose ricadute, tanto

---

un fatto di accertamento, ancorchè sussista l'iniziale situazione di incertezza, e quella finale con efficacia preclusiva. Questa è, dunque, la ragione fondamentale che vieta di considerare come accertamento la transazione, benchè sia innegabile che pure il processo si ponga come mezzo di risoluzione dei conflitti (Ancora GARLATI, *Il diabolico intreccio*, p. 387, n. 1). Per un quadro riassuntivo degli orientamenti assunti fra paladini dell'incertezza e propugnatori della sua eliminazione, si ritiene opportuno rinviare al mio *La res dubia nella transazione, passim*. Per una disamina dell'intera problematica, tanto sotto il profilo sostanziale che processuale, cfr. FALZEA, voce *Accertamento*, pp. 216-217; F. CARRESI, *Accertamento e interpretazione del contratto*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Vol. II, Milano 1991, pp. 143-170, mentre per un più specifico riferimento alla storia del diritto, CALASSO, *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto Medio Evo*, in *ASD*, 9 (1965), pp. 169-203, in particolare 175-181, già in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano 1962, pp. 737-771; CAMPITELLI, voce *Processo civile* (diritto intermedio), in *ED*, XXXVI, Milano 1987, pp. 79-101 e EAD., *Accertamento e tutela dei diritti*.

(29) L'equiparazione fra *res transacta* e *res iudicata* che, per la dottrina più risalente si distaccava con estrema difficoltà dal concetto stesso di *sententia iudicis*, era stata compiuta dalla Glossa sfruttando l'*argumentum a simili*: «glossa utitur argumentum a simili: quia similes sunt res iudicatae et transactio [...] Ideo quod dicitur in re iudicata, potest dici in transactione» (RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 2.4.19, *de transactionibus*, l. *sub praetextu*, n. 4, 73). Sulla stessa linea si era collocata anche la Scuola del commento (*Ibidem*, Comm. ad C. 2.4.20, *de transactionibus*, l. *non minorem*, n. 2, 74). Solo Azzone, fra i primi legisti, si era distinto segnalandosi per l'originalità del proprio pensiero: «novissime sciendum est transactionem paris auctoritas esse cum sententia in excipiendo maiores est quam non retractatur



sulla natura dell'istituto (30) quanto sulla sua reale efficacia, limitata, in questo modo, alla sola capacità dichiarativa dell'incertezza da comporre.

Di tutte queste complesse problematiche, l'impostazione "contrattuale" sposata dalla dottrina maggioritaria del Cinquecento (31) rappresenta una sintesi precisa, e al tempo stesso, lacunosa.

Precisa, perché delineava senza particolari ambiguità la *quidditas contractus*; lacunosa, perché nell'elencazione degli *essentialia* continuava a riproporre l'incertezza della *res*, senza avere il coraggio di scaltarla.

E', infatti, proprio l'atteggiamento restrittivo dei caratteri essenziali della fattispecie, a consentire di isolare la *transactio* da strumenti analoghi come l'arbitrato (32) e, nello stesso tempo, a sottolineare

---

*transactio per appellationem. Item transactio ipso iure tollit naturalem obligationem non sententia [...] Item sententia lata contra sententiam qua non est appellatum non tenet. Secus in transactione qua retractatur per sententiam postea latam [...] Item sententia faciat ingenuus non pactio» (AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, 28, ma anche ID., *Ad singulas leges XII librorum Codicis Iustiniani commentarius et magnus apparatus*, Parisiis 1577, nn. 3-5, 83-84).*

(30) Per alcuni ritenuto sorretto dalla medesima causa di accertamento che presiedeva all'attività giurisdizionale, dal momento che *par igitur est sententiae, transactionisque auctoritas* (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2. 4.20 *de transactionibus*, l. *non minorem*, n. 1, 84v, ma già prima, si può leggere GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.20 *de transactionibus*, l. *non minorem*, n. 1, 86v).

(31) E' la necessità di garantire l'azionabilità in sede processuale della *transactio*, anche laddove conclusa senza il ricorso a strutture formali specifiche, a sollecitare gli sforzi dei giuristi nel corso dei secoli per cercare di rompere quel muro interpretativo, che aveva da sempre costituito un limite concettuale invalicabile «quia transactio requirit consensum, alias est nulla» (TOSCHI, *Practicarum conclusionum*, T. VIII, concl. 346, 196). Nei fatti, però, non si trattava della scoperta di territori dottrinali inesplorati, ma il tentativo, ben riuscito – potremmo aggiungere – di sistemare una realtà ermeneutica già appalesatasi come ingestibile all'epoca di Baldo: «non per omnia sunt similia transactio, et sententia absolutoria: quia sententia absolutoria sumit robur per media causae, sed in transactionibus non attenditur nisi consensus: et id quod narratur, non id quod probatur: et ideo transactio dupliciter ipso iure restringitur. Primo ratione specialis formae, ut hic. Secundo ratione litis specialiter motae» (BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.14 *de transactionibus*, l. *si diversa pars*, n. 2, 120v) e ancora (*Ibidem*, l. *age cum Gemiliano*, n. 5, 117v).

(32) Il parallelismo fra arbitrato e transazione, configurati, entrambi, come



forme di esplicazione di giustizia privata, è sempre stato presente nella riflessione giuridica di diritto comune, ancorchè con alterna frequenza. Lo stesso Baldo, rilevando che *arbitramentum est quaedam transactio*, aveva fornito alla dottrina successiva una valida e solida piattaforma argomentativa a sostegno di un eventuale rapporto di continenza fra i due istituti, quasi inevitabile, stante la possibilità per le parti, pur in grado di comporre autonomamente il conflitto fra loro insorto, di accordarsi per deferire ad un terzo questa soluzione, oppure di lasciare ad esso la determinazione di un elemento negoziale della fattispecie: dando vita, nel primo caso ad arbitrato, nel secondo, di arbitramento. Ed è proprio in quest'ultima figura che si colgono le assonanze maggiori con la transazione. Se in origine, però, l'*arbiter* pone termine alla controversia, operando *super re litigiosa et incerta*, mentre l'arbitratore, presupponendo un rapporto giuridico imperfetto, completa il regolamento di interessi delineato dalle parti, dotandolo di quegli elementi dalle stesse pretermessi, con il tempo, il compito dell'*arbitrator* arriva a prescindere dal perfezionamento del regime contrattuale lasciato incompiuto, per distinguersi dall'arbitrato vero e proprio solo in virtù di un minor rigore e di un diverso rito, che permette di arrivare alla definizione della lite *bono motu et nulla iuris sollemnitate servata* (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus de arbitris*, § *arbiter dicitur*, in *TUI*, X, n. 2, 146). In entrambi i casi, dunque, anche se con modalità procedurali differenti, le parti si conciliano per mezzo dell'interposto ufficio arbitrale. L'*arbiter*, però, "giudica" in virtù di quelle medesime norme di cui si avvale il giudice pubblico; al contrario, il carattere equitativo, che la giurisprudenza vede nell'arbitramento, determina una singolare rispondenza di quest'ultimo con la struttura transattiva. L'*arbiter*, infatti, pur non dotato di *iurisdictio*, ma solo di *notio*, pronuncia un lodo, accertando la fattispecie, al pari della normale sentenza, di cui assume la finalità ricognitiva: egli, dunque, dichiara il diritto, anche se in origine, non è in grado di fondarne la coattiva realizzazione. L'arbitro compromissario, invece, "pone in essere una transazione", interponendo i propri uffici, affinché le parti addivengano ad una composizione delle pretese antagoniste vantate, e così decide la *lis*. L'obbligatorietà della nuova regolamentazione promana dalla medesima fonte negoziale da cui trae origine il contratto controverso; il lodo, pertanto, ha valore vincolante, sia rispetto alle parti, sia nei confronti del giudicante, proprio in virtù di quel compromesso per mezzo del quale esse gli hanno conferito il potere di decidere: «nam ipsum arbitramentum vim habet solummodo ex compromisso [...] et sic ex ipso contractu sive conventionem partium tamquam implementum [...] Sed dicitur quaedam transactio partium et actus extraiudicialis [...] ergo possent partes easdem conventiones de novo facere» (RAFFAELE RAIMONDI CUMANO e RAFFAELE FULGOSIO, *Consilia sive reponsa acutissimorum iuris interpretum*, cons. XXIII, Venetiis 1575, n.2, 15, *incipit* Primo sciendum est). In questa prospettiva, e con le citate cautele, si può e deve leggere l'interpretazione di Baldo, per la quale l'arbitrato sarebbe una sorta di transazione. L'assimilazione fra gli istituti si fonderebbe, infatti, sull'idea che, esistendo una lite, sia possibile risolvere il conflitto senza rivolgersi all'attività del giudice – senza cioè deferirla al controllo dell'autorità pubblica – ma rimanendo nell'alveo della privata composizione, in cui i limiti di disposizione dei diritti in contestazione siano stati preventivamente stabiliti e conferiti dagli stessi litiganti, nel rispetto dell'autonomia negoziale di cui essi stessi godono. Per ulteriori riferimenti bibliografici, senza pretesa di completezza, si vedano, da ultimo M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuri-*

l'importanza di considerarla una figura giuridica unitaria, a dispetto delle suggestioni che la polivalenza del termine pareva, invece, suggerire; mentre è la considerazione per cui le forme autocompositive di carattere privato non potessero in alcun modo essere equiparate ad un giudizio (33), a guidare giuristi e “pratici” nello scongiurare il pericolo di un nuovo processo di cognizione sul rapporto causale ormai transatto (34).

Garantire la stabilità dell'ordine sociale, impedendo di riconsiderare la situazione attuata con il nuovo regolamento contrattuale, sul presupposto della diversità o, reciprocamente, della congruità rispetto alla situazione anteriore, costituiva la *ratio* del provvedimento che dichiarava l'irretrattabilità della *transactio* «haec igitur vis et natura transactionis est, hic scopus ad quem dirigitur ultimus, ut rebus nostris

---

*dica romana*, Relazione svolta nel settembre 1996 nel congresso romano di Studi latino-americani, pubblicata in *Rivista dell'arbitrato* VI.1, 1996 (tradotta in lingua spagnola e pubblicata in *RIUEAL*, 5 (1998)), ora in *Scritti giuridici*, FALCONE (a cura di) 2 Vol., Palermo 2003; J. URBANIK, *Compromesso o processo? Alternativa risoluzione dei conflitti e tutela dei diritti nella prassi della tarda antichità*, in *Symposion 2005. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*: Salerno, 14-18, E. CANTARELLA (a cura di), Wien 2007, pp. 377-400; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Arbiter, arbitrator, seu amicus compositor*, in *Études d'Histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Paris 2008, pp. 551-565, oltre che i contributi dal medesimo titolo (*Arbiter, arbitrator, seu amicus compositor*), di K. Bader e K.H. Ziegler, apparsi entrambi in *ZSS*: il primo, *KA*, XLVI (1960), pp. 239-276 ed il secondo, *RA*, 84 (1967), pp. 376-381 Per una prospettiva “contrattuale” il richiamo corre, invece, al lavoro di STORTI, *Compromesso ed arbitrato nella Summa Totius Artis Notariae di Rolandino*, in *Rolandino e l'ars*, pp. 329-376.

(33) L'idea, caposaldo della dottrina moderna, è limpidamente spiegata da Alciato di cui ricordiamo un passo rubricato *transactionis sententiaque discrimen multiplex*: «propter iuris publici observantiam iure civili firmior est: transactio propter verum partium consensum iure naturali magis subnitur» (Cfr. ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.20 *de transactionibus*, l. *non minorem*, n. 2, 84v).

(34) «unde annotant Doctores litis finitae exceptionem esse, quae ex transactione oritur. Quod intelligendum, quoties ad impediendum litis ingressus obiicitur [...] aequiparatur enim sententiae [...] Transactio autem non adiuvat, sed extinguit iudicium, unde litis finitae exceptio ex ea oritur» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *fratris tui*, n. 1, 76v e l. *sive apud acta*, n. 4, 87). Mentre per i cosiddetti “pratici”, si veda ancora il Toschi che, dopo aver annoverato gli effetti discendenti dalla *transactio* fra le *exceptiones impediennes litis contestatio*, (concl. 352 e 394) spiega, concretamente, il regime di operatività dell'istituto (TOSCHI, *Practicarum conclusionum*, T. VIII, 198-201).

dubiis certitudinem, litibus finem afferat: quod ut fieret, multas ei adhibebant cautiones, ne facile aut frangi, aut violari posset» (35).

Allo stesso modo, l'intento deflattivo dei procedimenti (36) veniva soddisfatto grazie all'operatività congiunta di due eccezioni: «una contra processum, alia contra actorem» (37).

Come spiegava dunque Mantica che, più diffusamente di altri si era dedicato all'argomento, in virtù della prima – *exceptio litis finitae* – la transazione «impedit litis contestationem et ingressum»; grazie alla seconda – *exceptio rei iudicate* – invece, «aequiparatur enim sententiae, quae transivit in rem iudicatam [...]» (38).

---

(35) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, de *pactis*, *Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 8, C, 351, ma anche «cum de te aliqua, et lite transactum erit, in quibus quidem rebus transactum esse constabit, ratam esse transactionem et quo modo diximus, nullo praetextu rescindi posse non magis, quam potest res iudicata» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 190).

(36) «sic si transegi [...] lis transactione decisa non instauratur, sed actione nova agam» (LORIOT, *De iuris apicibus*, ax. n. LXXXVII, col. 463-464).

(37) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, *De virtute transactionis*, Tit. VII, n. 17, 708.

(38) La casistica esaminata dal Cardinale Mantica è piuttosto ampia e ripercorre tutta la normativa del *Codex* in materia. Cfr. per tutto MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, *De virtute transactionis*, Tit. VII, nn. 4-14, 706-707, da cui i passi riportati. Per un riferimento diretto alle fonti, cfr. C. 2.4.16, l. *causas vel lites* e C. 2.4.31, l. *si de certa re*. 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 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: 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., voce *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 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: Co-*

L'idea era, infatti, che, siccome *l'exceptio, quae oritur ex transactione impedit litis ingressum*, anche la composizione fosse «ultimus terminus probationum».

La sua attitudine al giudicato, quale strumento principe per la chiusura della lite giudiziaria, ancorchè di origine pattizia, aveva del resto già orientato la Cancelleria imperiale, disponibile a ricondurvi effetti preclusivi di ordine normativo, sulla scorta del principio *instaurari decisam litem prohibent iura*.

Se, però, transazione e sentenza passata in giudicato indubbiamente convergevano nel porre termine alla contestazione, esse differivano poi, in modo sostanziale, per indole, struttura e contenuto (39).

Nell'una la composizione del conflitto era imposta alle parti dall'intervento autoritativo del magistrato convintosi, nel corso del giudizio, della fondatezza del diritto di un litigante rispetto all'altro.

In altre parole, il giudice con la sentenza, da un lato dichiarava la realtà dei fatti – in relazione, ovviamente, al supporto probatorio offerto (40) – e, dall'altro, la norma da applicarvi.

Legittimato nella sua funzione dall'autorità che gli derivava dalla propria investitura, svolgeva, cioè, attività di accertamento (*vox iudicis faciens ad causam*) (41) ed esauriva il riferimento alla preclusione, «sovrapponendo un proprio comando alla situazione preesistente» (42).

---

panello 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 riferimento alla transazione con il già segnalato contributo di IZZO, *Instaurari decisam litem, passim*.

(39) 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». La somiglianza non deve, però, per forza comportare identità. «Auctoritas rerum iudicatarum haec est, ut sententiae, a qua appellatum non est, stari oporteat, sive condemnatus sit, qui non debuit, sive absolutus, qui debuit» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 251); conforme anche CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 2, 348B.

(40) «sententia secundum acta interpretationem recipit, transactio latius ex mente partium accipitur» (ALCIATO, *Codices Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.20 *de transactionibus*, l. non minorem, n. 2, 84v).

(41) TOSCHI, *Practicarum conclusionum*, T. VII, concl. 106, n. 3, 55.

(42) GIORGIANNI, voce *Accertamento*, pp. 227-242, spec. p. 230.

All'opposto, nella transazione, l'effetto solutorio della lite era sempre sollecitato nelle parti dal dubbio circa l'esito di un eventuale giudizio.

La concessione era in qualche modo "strappata" dalla diffidenza nutrita sulla fondatezza e la possibilità di dimostrare le opinioni rispettivamente professate (43).

Le parti, lungi dal volere l'accertamento, cercavano di evitarlo attraverso una soluzione pratica che, operando unicamente sul piano delle pretese, prescindesse dall'effettiva portata tanto della realtà giuridica su cui muoveva la contestazione, quanto della verità ontologica ad essa sottesa.

Come già si è avuto modo di sottolineare nel precedente capitolo, il "regolato" – *voluto* con la transazione – vincolava le parti alla sua osservanza, nella misura in cui proprio queste ultime si erano impegnate a dare ad esso vita.

«Id consensus in transactione facit, ut hic scriptum est» (44).

Generalizzando, quindi, i transigenti indubbiamente consideravano la situazione preesistente – il cosiddetto *caput controversum* – ma questa valutazione aveva qualcosa di diverso rispetto all'apprezzamento delle circostanze che si fa prima di concludere qualsiasi negozio, poichè mirava a confrontare pretesa e contestazione con la norma, a valutarne la congruenza e, sulla base di questo, a decidere l'utilità o meno di andare in giudizio (45).

---

(43) E questo è peraltro di per sé sufficiente per la sussistenza della causa contrattuale «hoc ipsum, ut dixi, satis est causae, quod sollicitudini et litis periculo finem attulisti [...] sin nulla lis erat [...] ista via fraus facta legi videatur» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, nn. 9B e 10G, 352).

(44) «Adde bonum publicum. Hhoc enim agitur transactione, ut sit aliquis litium finis» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 251). Ma le stesse riflessioni possono essere retrodatate a tutto il secolo precedente, come si evince dalle parole di Fulgosio: «Nota transactionem esse contractum et proprie quoniam aliquando hincinde oritur obligatio» (RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 4.21.17 *de fide instrumentorum*, l. *contractus*, n. 2, 196v; conforme anche il Maino cfr. *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.14 *de transactionibus*, l. *si diversa pars*, n. 2, 83).

(45) Tutt'affatto diverso per la sentenza perché essa «debet interpretari ut

Se dunque il riferimento di partenza era certamente di tipo giuridico, l'utilità pratica doveva essere, invece, valutata sul piano strettamente economico.

Sono proprio le reciproche concessioni, del resto, a dare fondamento causale all'atto di disposizione, in quanto il sacrificio vicendevole conferisce *meritevolezza* all'interesse perseguito. I sacrifici sostenuti, in altre parole, misurano il "contegno" che le parti adottano quando, anziché di un'espressione della conoscenza, si avvalgono di una manifestazione della volontà.

Esse rinunciano, infatti, a prendere posizione perché ne hanno un adeguato ritorno, mentre l'*aliquid datum vel receptum* segna la distanza fra la situazione giuridica iniziale e finale, potendo avere ad oggetto rapporti anche diversi da quelli originariamente in contestazione (46).

La differenza dei presupposti fra sentenza e transazione è, dunque, una diretta conseguenza della diversità di risultato realizzabile.

Manca, invece, quell'identità funzionale tra le due figure, da cui la dottrina più antica aveva tentato di far scaturire un'identità sostanziale, a prescindere dall'effetto consuntivo, che caratterizza entrambi (47).

---

non contineat iniustitiam; quia mens iudicis non praesumitur fuisse velle facere iniustitiam» (TOSCHI, *Practicarum conclusionum*, T. VII, concl. 126, n. 1, 97).

(46) La novazione per il diritto intermedio è un *effectum iuris* di un altro negozio giuridico, in relazione ad un negozio preesistente e con esso avente un legame soggettivo ed oggettivo. Il dettato delle fonti giustiniane – il riferimento va in modo particolare a C. 8.41.8, l. *Novationum* – portava tuttavia a forzare la volontà dei contraenti, sanzionando con eccessivo rigore il comportamento degli stessi, laddove si fossero scordati di inserire nel testo opportune clausole aventi effetto liberatorio in ordine alla precedente obbligazione. La rigidità delle formule, divenuta così un limite insostenibile, fu forzata da glossatori e commentatori che cercarono di attenuare la prescrizione legislativa, nonostante la proibizione tassativa dei testi. Si veda C. GIARDINA, *Novazione (diritto intermedio)*, in *ED*, XXVIII, Milano 1978, pp. 774-779 ed *Id. Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio*, Milano 1937, pp. 162-163; D. DAUBE, *Novation of Obligations Giving a "Bonae Fidei Iudicium"*, in *Collected studies in roman law*, I, Frankfurth am Main, 1991, pp. 241 ss.

(47) «sententia enim in invitum fertur, transactio consensu partium constat [...] nam et sententia iuris publici est, quod facilis a lege tollitur: transactio privatorum consensu inducitur quem lex difficilius perimit» (ALCIATO, *Codicis Iustinianei ti-*



Il negozio di accertamento non richiede situazioni necessariamente contrapposte, e può legittimamente manifestarsi in presenza di una questione solo incerta, e non contestata, puntando alla conoscenza della stessa.

Nella transazione, invece, ciò è escluso: sia dalla lite che dalle reciproche concessioni, le quali negano possa sussistere *amicabilis compositio* in presenza di integrale soddisfazione di una delle parti, o di concessione unilaterale.

E' per questo che fondare l'efficacia del contratto su di una pretesa valenza accertativa dell'accordo transattivo, cioè su di una pretesa corrispondenza tra situazione antecedente e successiva – e quindi fra il piano retrospettivo e prospettivo – si era rivelata una lettura inconciliabile con la funzione peculiare descritta da C. 2.4.38.

Per non eludere il confronto con la concreta applicazione del diritto, la sola che potesse veramente segnare la misura della sua capacità operativa, occorreva dunque guardare ai fatti, più che ai testi.

Occorreva cioè verificare come, nella realtà, l'irretrattabilità di cui la transazione beneficiava, si risolvesse solo in un monito ai contraenti di non determinarsi alla conclusione del contratto con maggiore superficialità rispetto all'adizione di un giudizio («et quidem est tritum et pervulgatum, finem litibus per transactionem imponi») (48).

---

*tulos*, Comm. ad C. 2.4.19 *de transactionibus*, l. *sub praetextu*, nn. 6-7, 83v). Gli effetti preclusivi che si riconnettono al giudicato e, parimenti, alla *litis contestatio*, sono presenti sin dalle origini del processo formulare romano, in ragione della loro rispondenza ad un'esigenza di economia giuridica. Il divieto di ripetere la lite *de eadem re* evitava, infatti, un dispendio di energie processuali, basandosi sugli effetti preclusivi che si producevano nell'un caso *ope exceptionis* (*exceptio rei iudicatae*), nell'altro, *ipso iure*. Sul punto, oltre a quanto già riferito, cfr. MARRONE, *Res in iudicium deducta - res iudicata*, estratto da *BIDR*, XCVIII-XCIX (1995-1996), pp. 63-81 e *Su struttura della sentenza, motivazioni e "precedenti" nel processo privato romano*, sempre in *BIDR*, C (1997), pp. 43 ss., entrambi ora in *Scritti giuridici*, II. In tema, sempre di MARRONE si vedano anche le *Riflessioni in tema di giudicato* in, *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, L. VACCA (a cura di), Padova 2008.

(48) «nam nullum esset litium finis, si a transactionibus facile posset recedi [...] unde non minor dicitur esse virtus transactionis, quam rei iudicatae» (MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus, De virtute transactionis*, Tit. VII, n. 1, 706).



Per tale motivo – secondo Duaren e Connan – alla dottrina spettava il compito di tracciare tante più strette concettuali possibili (49) per caducare le transazioni («nulla est alia istius juris ratio, quam [...] ne videlicet litibus immodicis, contentionibusque abundet civitas, quibus minuendis potissimum studere Legislatorem oportet») (50), rafforzando, via via, il valore di questa tipologia di contratti.

Solo in questo modo i contraenti non avrebbero potuto addurre a motivazione del loro mancato rispetto la scoperta di nuovi *instrumenti* relativi al rapporto transatto (51), o di nuova specie (52), ma nemmeno avrebbero potuto chiamare in causa difetti di luogo, o di tempo, per suffragarne il pentimento (53).

---

(49) CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 8, 351.

(50) DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 94.

(51) C. 2.4.19: «sub praetextu instrumenti post reperti [...] finita rescindi iura non patiuntur». La motivazione risiede nel fatto che essendo stata imposta una definitiva conclusione alla controversia si sono consuete anche tutte le prove ad essa inerenti, ragion per cui i nuovi strumenti non possono avere alcun valore – *facta transactione bona fide, omnia instrumenta et iura sunt ipso iure cassata et irrita, immo cum sint annullata, non possent transactionem infringere* – a meno che non sia intervenuto un falso. Due pareri dei “Raffaelli” appaiono, in proposito, abbastanza illuminanti. Nel primo, il Cumano scriveva: «transactiones praetextu dictae confessionis infringi non posse, cum per instrumenta de novo reperta non retractetur transactio [...] sed verior est diversa sententia [...] nam sententia data per dolum iudici, aut nulla si fuit venalis [...] aut beneficio restitutionis rescinditur, si gratia intervenit amplius cessante dolus sententia retractatur per instrumenta de novo reperta». Nel secondo, Fulgoso, invece, spiegava: «res iudicatas vel transactiones praetextu instrumentorum de novo repertorum non rescindi neque distinguitur, ignoraret victus probabiliter ea instrumenta, necne, nimia namque, foret restrictio si intelligeretur, quando ignorasset victus per errorem improbabilem» (RAFFAELE RAIMONDI CUMANO e RAFFAELE FULGOSIO, *Consilia*, cons. CLVI 82v, nn. 1 e 5 e CLXXXI, nn. 1-2, 231).

(52) Diverso, invece, sarebbe stato il caso in cui sulla stipulazione della transazione avesse inciso in modo determinante *ignorantia specierum: quae in consensum in genere continet*. In questa ipotesi, infatti, non si sarebbe trattato di errore puro, ma sarebbe stata comunque inficiata la volontà dello stesso stipulante, ragion per cui anche la disciplina sarebbe stata diversa: «sed quid si non ignorantia, sed error, qui ab ea plurimum differt, allegetur? Et tunc secus dicendum est: quia error poenitus consensum nullum habet» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.29 *de transactionibus*, l. *sub praetextu*, n. 2, 88).

(53) «nihil enim refert in contractibus, an die, an nocte celebrari sint, quia

Una volta concluso l'accordo, il rapporto controverso doveva rimanere deciso al di là del rimpianto, ancorchè immediato, di una della parti contraenti (54) o dell'intervenuto errore di calcolo (55).

Proprio la peculiare propensione della *transactio* a far prevalere l'accordo di pace, su ogni successiva tentazione non pacifica, fungeva da minimo comune denominatore di tutte le disposizioni eccezionali che la caratterizzavano (56), rendendo indifferente qualsiasi raffronto con la situazione giuridica preesistente.

Se, infatti, era vero che transazione e sentenza nel porre termine alla contestazione convergevano, esse differivano poi per tutto il resto.

Di conseguenza, la conformità del risultato, che pure esisteva laddove se si avesse avuto riguardo solo a questo particolare aspetto, poteva essere accettata dalla dottrina umanistica, purchè intesa in senso generico.

La natura *anomala* dell'*exceptio transactionis* – “esaltata” proprio contro chi avesse agito in suo contrasto – non attestava, infatti, solo l'irretrattabilità dell'accordo compositivo, ma identificava anche l'elemento determinante per garantire alla nostra fattispecie un livello

---

tempus eorum substantiam non respicit, sed probationem [...] Sed etiam sententia iudicis noctu latam non valere receptus est: debent enim iudicarij hi actus interdum fieri, cum etiam tali solum tempore sedeant iudices» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.20 *de transactionibus*, l. *non minorem*, § *hora noctis*, 84v).

(54) «in contractu ergo transactionis nullus est poenitentiae locus, etiam si statim, post absolutum tamen contractum, alter descicat [...] Jason id potius communi ex regula inductum credidit [...] Bartolus quem caeteri sequuntur, litium dirimendarum favorem inductum censet: quae sententia vera est, qua ratione nec per rescriptum transactio rescinditur nec praetextu reperti deinde instrumenti, aut specierum noviter inventarum, ut supra vidimus. Sed nec in ea, exceptioni non numeratae pecuniae locus est» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.39 *de transactionibus*, l. *quamvis eum*, nn. 1 e 6, 93).

(55) «standum sit transactioni, vel rei iudicatae, ut hic dicitur: de errore calculi opponi non possit, ne res in infinitum trahatur [...] et hoc in re iudicata clarum est [...] pariter idem videtur in transactione, quia in hoc equiparat res iudicata et transactio [...] Secundo nota quod res iudicata aequiparatur transactioni, ita ut error calculi ulterius opponi non possit» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.5.1, *de errore calculi*, l. *errorem*, nn. 3-4, 182), e per la dottrina del Cinquecento.

(56) La sentenza, viceversa, fin tanto che fosse stata ancora appellabile, andava inevitabilmente incontro a tutte le opposizioni sopra descritte.

di definizione giuridica, ed una peculiarità semantica, sconosciuti precedentemente.

Mentre la preclusività, di cui solo siffatta convenzione fra le *privatae pactiones* godeva al pari della sentenza, faceva sì che il venir meno dell'azione di cui era titolare almeno una delle parti dipendesse esclusivamente dalla volontà di quest'ultima, ancorchè apparisse come effetto del negozio.

### 2.1. *Qualche accenno all'oggetto del contratto*

Anche una breve incursione in tema di oggetto del contratto costituisce argomento per confutare sul piano classificatorio la sovrapposizione fra *transactio* e sentenza, ovvero fra negozio di accertamento e composizione amichevole della lite.

La distinzione linguistica fra *transigere* e *pacisci*, tratteggiata sulla base di un concetto d'incertezza "puro" (57), che, al pari della sentenza, il nostro contratto doveva arrivare a chiarire (58), è stato ravvisato – *quo loco video litigiose a nostris disputari* (59) – nei presupposti dell'accordo fra debitore e creditore alimentare, disciplinato dall'*oratio*

---

(57) Se nel diritto intermedio erano stati alcuni umanisti a sostenere l'imprevedibilità della *res incerta* perché vi fosse transazione, con il tempo questa "lettura" si verrà a consolidare grazie all'apporto della dottrina tedesca che, soprattutto dopo il 1850, sarà all'origine di un'opera di sostanziale sovrapposizione fra negozio di accertamento e transazione, come esplicitamente si evince dal § 779 del BGB. Per un'anticipazione di quanto trattato nella seconda parte della ricerca (vol. II), cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia, C. FERRINI – F. SERAFINI, II, Milano 1892, pp. 927 ss.), mentre per una felice sintesi degli intendimenti dottrinali positivi cfr. GITTI, *L'oggetto della transazione*, pp. 13 e ss.

(58) In realtà, il sintagma *res dubia* proposto dal giurista severiano in D. 2.15.1, definisce, con tutta probabilità, semplicemente il contrasto tra posizioni giuridiche divergenti, sebbene non ancora arrivate davanti ad un giudice, vale a dire quella situazione prodromica alla *lis* che, qualora *incerta* e *non finita*, costituiva l'ambito in cui utilmente si poteva *transigere*.

(59) «quod absurdissimum esse arbitror, cum toties iam dictum sit, pacta de rebus tantum certis et exploratis fieri: transactiones de incertis et ambiguis» (HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 24, 650).

di Marc'Aurelio, riferita e commentata ancora una volta da Ulpiano in D. 2.15.8 (60).

Per gli interpreti che intendevano accedere a quella che – forse a torto – era ritenuta l'esegesi più rigorosa delle fonti (61), in questo lungo frammento sarebbe stata, infatti, ipotizzata una situazione dubbia, cagionata dalla ciclicità di una prestazione indeterminata nel tempo, oggetto possibile per una *transactio*, a prescindere da qualunque incertezza, controversia, o semplice contestazione (62).

Collocata tra le situazioni successorie (63), che ebbero particolare attenzione, il diritto agli alimenti (64), era, infatti, “transigi-

(60) Degli 8 frammenti dedicati da Ulpiano al *facere transactionem*, 5 sono dedicati alla disciplina degli alimenti. Questi ultimi, fatti oggetto di un'orazione in Senato di Marc'Aurelio, sono conservati in massima parte in D. 2. 15.8, sotto forma di commento. «Circa hunc locum de rebus, de quibus transigere licet, aut non licet, quaestio tractatur de alimentis, an de alimentis transigere permissum sit? Extat de e oratio Divi Marci philosophi, quae ab Ulpiano in *l. cum ii. 8 hic* recitatur» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput II, *De quibus transigere possimus*, 115).

(61) Un ricco quadro di secoli di dottrina orientata verso questa “artificiosa” esegesi è tracciato dal BERTOLINI, *Della transazione*, pp. 54 ss., spec. nt. 2, ma anche, di recente, tracce in SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*; GALLO, *Synallagma e conventio* e BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale*, p. 45. *Contra* FALZEA, voce *Accertamento*, p. 217; A. PALAZZO, voce *Transazione* in *DDP*, XIX, Torino 1999, p. 388 e FRANZONI, *La transazione*, pp. 8 ss. Per un riferimento diretto alla transazione nella dottrina intermedia, invece, TREGGIARI, *Studi sulla transazione*, p. 360.

(62) «Legatum autem alimentorum idcirco semper incertum sit, quoniam eius qualitas ex spacio vitae alimentarij pendet, qua nihil est incertius» (HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 24, 650).

(63) La rigida disciplina analizzata si riferisce ai soli lasciti *mortis causa*, che potevano essere disposti per testamento, in una successione *ab intestato* o in altre forme negoziali, come la *donatio mortis causa* (MELILLO, *Contrahere*, pacisci, transigere, p. 302). Spiega, infatti, Duaren: «summatim colligi potest, transigi posse de alimentis praeteritis, de futuris autem alimentis non licere transigere, sine causae cognitione, id est, nisi interveniat decretum Praetoris» (*Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput II, *De quibus transigere possimus*, 115).

(64) La dottrina e la giurisprudenza medievali ebbero modo di occuparsi con una certa ampiezza e frequenza dell'obbligazione alimentare. Una particolare attenzione fu ad essa dedicata dal diritto canonico, che restituì all'istituto «la fisionomia che gli è propria, vale a dire quella di disposizione ispirata da motivi di umanità e, in un certo qual modo, pia». Proprio il diritto canonico equiparava, infatti, in termini categorici il *non alere* alla «violazione del quinto comandamento del decalogo. Dall'equivalenza tra *non alere* e *necare* derivava, dunque, per comune opinione, che il concetto di alimenti fosse comprensivo di quanto effettivamente necessario alla vita di

bile”, ma solo con l’adozione di opportune cautele, pena la nullità del negozio (65).

La disciplina si orientava sia al rispetto della volontà del *de cuius* (*ut servetur testatoris voluta*) che alla tutela dei più deboli (*melior fiat legatarii conditio*) (66).

La prima avrebbe potuto essere disattesa da una diversa regolamentazione negoziale (67); i secondi, invece, versando in condizioni di indigenza, avrebbero potuto lasciarsi tentare dalla conclusione di accordi che, pur permettendo loro di ottenere una disponibilità immediata – *contenti modico de praesenti* – avrebbero pregiudicato l’effettivo mantenimento nel tempo, cui avevano, invece, diritto (68).

---

una persona [...] come imponevano i superiori principi della *charitas, aequitas e pietas naturalis*». (Per i testi, cfr. A. MARONGIU, voce *Alimenti* (diritto intermedio), in *ED*, II, Milano, 1958, pp. 21-24; PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti. I l’obbligo “ex lege” dei familiari nel periodo della Glossa e del Commento*, Torino 1970; ID., *Il trattato sugli alimenti di Martino da Fano*, in *Medioevo notarile*, Milano 2007, pp. 83-112; A. SANTANGELO, *Figli naturali e diritto agli alimenti nella giurisprudenza della Rota Romana tra Cinque e Seicento*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, pp. 57-88, da cui la citazione e, da ultimo AIMERITO, *Diritto dell’alimentazione – storia* (Medioevo-Età Moderna), *DDP*, I, Torino 2007, pp. 5-14, *Aggiornamento III*).

(65) La disponibilità alimentare era limita, tuttavia, «de alimentis testamento relictis, aut donatione causa mortis, quae legato comparatur. Nam de aliis alimentis alio modo relictis transigi potest» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput II, *De quibus transigere possimus*, 115). Lo stesso concetto di disposizione di ultima volontà era, del resto, estremamente ampio. In esso – come aveva già da tempo chiarito Fulgoso, sulla base di un comune intendimento dottrinale – erano perciò ricompresi non solo i testamenti, ma anche i codicilli e le donazioni *mortis causa*. Cfr. RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.15.8 *de transactionibus*, l. *cum hi*, n. 4, 100v.

(66) DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput II, *De quibus transigere possimus*, 117. Ma anche l’Hotman, che pure in sede esegetica del corposo passo ulpiano aveva evidentemente tutt’altra finalità ermeneutica, esprime a chiare lettere il medesimo concetto: «Verum cum iidem modicam aliquam praesentem pecuniam, quam illas praestatione annuas praeoptarent, saepe numero cum heredibus transigebant [...] D. Marco constituit ne transactiones de alimentis ratae essent, nisi causa cum consilio a Praetore cognita probataque» (HOTMAN, *Disputatio De transactionibus*, n. 24, 650).

(67) «persaepe minimo praesenti contenti, cum herede transigerent, atque ita defunctorum voluntates evanescerent» (HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas, De transactionibus*, n. 4b, 84).

(68) «Ratio differentiae ex eo constitit, quod super futuris alimentis pendet

Per ovviare a siffatta ipotesi, la validità della convenzione necessitava della supervisione di un organo istituzionale (69), giustificata con la natura di ordine pubblico rivestita dalla normativa in questione (70), a motivo della sostanziale «equivalenza fra *non alere e necare*» (71).

Inoltre, la contrattazione era permessa solo per gli *alimenta praeteriti temporis* e non, invece, in relazione a quelli da versarsi in futuro, a nulla rilevando le condizioni economiche dell'alimentando (72).

---

hominis vita, ideo difficilior concessa in eis est transactio, quia solebant plerique modico praesenti contenti esse, qui nimiae facilitatis in posterum esurientes poenam dabant, et ideo divi Marci oratione eis succursum est» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.8 *de transactionibus*, l. *de alimentis*, n. 1, 75). Conformi i «pratici». Fra i molti, si veda l'Isambert (*Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. II, *Transactio hic [...] que sit super alimentis*, 107-109).

(69) La disciplina della materia era equamente distribuita fra i 25 paragrafi di D. 2.15.8 che offrivano un'ampia elencazione della condizioni in cui il magistrato poteva ratificare le transazioni alimentari, con una disciplina sostanzialmente ispirata al principio della tutela dell'alimentando, considerato controparte debole nei confronti dell'erede e la disciplina del Codice, C. 2.4.8, che escludeva, invece, l'intervento del pubblico ufficiale, nel caso in cui la transazione si fosse riferita a prestazioni alimentari scadute. Per tutto cfr. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, pp. 301-302.

(70) «nec novum est plus favoris alimentis futuris concedi, quia in his vita hominis consistit, quae dilationes, ulterioresque, moras non recipit, quam praeteritis [...] Unde lex municipalis eandem interpretationem recipiet [...] Sic a sententia, quae alimenta in futurum decernit, appellari non poterit, cum quod a praeterita attinet, secus sit» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.7 *de transactionibus*, l. *de alimentis*, n. 1 e 8, 75).

(71) Presupposti del diritto e dell'obbligo correlato agli alimenti erano lo stato di bisogno dell'alimentando e la corrispettiva possibilità materiale di provvedervi da parte del soggetto onerato. La prestazione non si limitava, però, solo a quanto utile alla vita quotidiana, ma – come aveva sottolineato Decio – anche alle vesti ed alla abitazione. Condizione necessaria era poi una norma di legge, un atto dispositivo *mortis causa*, o un atto negoziale *inter vivos*, ma comunque un titolo dante causa (MARONGIU, voce *Alimenti*, p. 22). Il concetto di prestazione alimentare, variava, inoltre, a seconda dell'angolo visuale da cui era osservato il contratto: infatti, nel caso in cui gli alimenti fossero richiesti dall'alimentando, il contenuto della prestazione era considerato estremamente ampio, ricomprendendosi in taluni casi, persino le spese di educazione. Viceversa, ove fosse l'alimentando a rinunciare ai propri diritti, il concetto era interpretato restrittivamente. Per la citazione da Decio cfr. FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.8 *de transactionibus*, l. *de alimentis*, nn. 1-2, 180v.

(72) «nec refert relicta sint alimenta pauperi an diviti: nam nec dives futura alimenta absque praetore remittet: posset enim labi facultatibus, cum multae sint humanae sortes» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.7 *de transactio-*



La preoccupazione dell'Imperatore filosofo era che il creditore alimentare – parte debole nel rapporto (73) – potesse essere indotto da difficoltà di esazione a porre fine al vincolo alimentare che gli garantiva giorno per giorno i mezzi di sussistenza (74).

Deroghe sussistevano nel caso in cui il *de cuius* avesse ammesso esplicitamente la possibilità di transigere (75); quando *iuramenti religione transactum est*; oppure, quando l'alimentato ne avesse avuto urgente e documentato bisogno (76).

Nessuna forma di controllo era invece prevista nel caso in cui l'obbligo alimentare avesse avuto matrice negoziale (77), dal momento

---

*nibus*, l. *de alimentis*, n. 1, 75).

(73) La precisa, per non dire puntigliosa analisi, del Kirstner, sottolinea proprio tutti i passaggi chiave della disposizione imperiale. Cfr. CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, ad L. VIII, *passim*, spec. n. 2, 30.

(74) Sul punto cfr. ORESTANO, voce *Alimenti*, in *NNDigI*, I, Torino 1957, pp. 482 ss.; per una rassegna delle posizioni della dottrina sul ruolo di manifestazione imperiale si veda ancora PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti. I l'obbligo "ex lege" dei familiari*, pp. 11 ss.

(75) Non vi sarebbe stato del resto motivo di tutelarne le disposizioni, laddove egli stesso ne avesse ammessa la deroga: «sed etiam ex voluntate testatoris permittetur transactio, si forte id eis testator concesserit, ut transigere possint: quod Angelus Deciusque hinc annotarunt» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.7 *de transactionibus*, l. *de alimentis*, n. 5, 75v).

(76) Infatti: «si aliqua causa urgeat iustam causam transigendi super alimentis: quam aliqua causa urgeat ad habendum totam pecuniam de praesenti» e, benchè la Glossa non fornisca alcun esempio in proposito, Fulgosio cita il caso in cui l'alimentando abbia la necessità di maritare la figlia rimasta per lungo tempo nubile, o quello in cui il figlio sia stato fatto prigioniero dai nemici (RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D 2.15.8 *de transactionibus*, l. *cum hi*, § *eam transactionem*, n. 2, 100v). Anche Alciato riprende i medesimi argomenti, senza tocchi di grande originalità, per tutto cfr. ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.7 *de transactionibus*, l. *de alimentis*, n. 4, 75v).

(77) «caeterum etiam cum alimenta non ultima voluntate, sed ex contractu debentur, posse super his transigi dubium non est. Cuius rei duae adducuntur rationes. Altera, quod prohibitio transactionis duplici coniunctim favore innitatur, alimentorum et ultimae voluntatis: qui favor si altrinsecus imminuatur, cessat prohibitio. Altera quia quod ex contractu debetur, facilius remitti potest. Qui enim contrahendo ipse quicquam sibi acquisivit, verisimiliter non nisi prudenter, ex evidenti utilitate illud remissurus est: cum quae a nobis aliud agentibus, facto alieno, puta testatoris tribuuntur, facilius prodigantur: quia [...] res est non parta labore, sed relicta» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.7 *de transactionibus*, l. *de alimentis*, n. 7, 75v). Uno sguardo anche in terra tedesca non



che, in queste ipotesi – come già suggerito da Giasone, sulla scorta di Alberico – la prestazione originava dall'avvedutezza di colui che si era premurato di stipulare un contratto alimentare in vita, in contrapposizione all'ipotesi in cui gli alimenti fossero stati lasciati agli improvvidi negli atti di ultima volontà.

Ma tornando alla questione iniziale: ovverosia, la sovrapposizione fra sentenza/accertamento e transazione, che proprio questa disciplina avrebbe dovuto avallare, non può apparire allo storico che una certa confusione.

Con un *iter* non sempre esente da biasimi, la più erudita *scientia iuris* di stampo umanistico, impegnata com'era a dimostrare la sovrapposizione fra concetti affatto equivalenti, sembrava, infatti, propensa ad avallare il fraintendimento alla base del passaggio dall'incertezza circa l'ammontare della pretesa all'incertezza circa lo stesso diritto ad esigerla.

Secondo una più avveduta lettura di C. 2.4.7, l. *de alimentis* (78), operata dal genio della sistematica umanistica, Hugues Doneau, il divieto di transigere sugli alimenti («Sed cur de alimentis prohibitum est etiam transigere?») (79) sarebbe, invece, stato del tutto incongruo se la *ratio* sottesa alla proibizione fosse veramente stata: «ne cogatur alimentarius alimentis vitae subductis fame interire», poiché «ista ratione di-

---

offre un panorama dottrinale differente, CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, ad L. VIII, *passim*, spec. n. 4, 31.

(78) «observandum igitur, quid oratio vetet; de quibus alimentis loquatur; quibus conditionis vetet; tum quae sit causa prohibitionis. Vetat oratio transigere, ut hic indicatur et d.l. *cum hi*, numquam pacisci. Unde intelligitur non licere aliquo accepto, actionem alimentorum remittere [...] Iam vetat oratio transigere de alimentis, non de aliis rebus; etiam de alimentis non quibuslibet, sed iis quae testamento relicta sunt, aut codicillis, aut constituta sunt mortis causa donatione [...] neque rursus de omnibus, quae sunt relicta; sed de futuris dumtaxat, non etiam de praeteritis [...] Non prohibetur transactio absolute, sed hae sunt condiciones, si alimentarius causam alimentorum deteriore faciat transigendo. Prohibitionis huius rationem duplicem habuit [...] unam ne alimenta interciperentur transactione [...] alteram, quia, hi quibus alimenta relinquuntur, facile de his transigant contenti de modico praesente [...]» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 209-216).

(79) *Ibidem*, 212.

endum fuit non transacione tantum de his interdicti debuisse, sed multo magis pactionem» (80).

Nella prestazione alimentare prospettata dallo scolarca sabiniano (81), non era infatti l'eliminazione dell'incertezza il fine del negozio transattivo (*negotium ambiguum*) – il diritto al credito alimentare era del resto agli atti –, ma nemmeno la prevenzione o la definizione di una controversia determinata dalla sua contestazione, (*quia nihil est incertius*).

Ciò che qui rilevava veramente era solo il *transigere negotium*, ovvero sia, secondo la linea più antica, *usitato more*, dell'uso semantico del verbo (che qui *non stat proprio, sed large*), il terminare il rapporto con buona soddisfazione per entrambe le parti (82).

L'obbligazione alimentare è, per sua natura, quotidiana: per questa ragione non si possono chiedere alimenti per il passato, ma, in linea di massima nemmeno per il futuro («deinde orationem vel S.C. alimentis futuris, non praeteritis intelligendum esse») (83).

Essa serve per garantire ogni giorno la sopravvivenza dell'alimentando che, solo per determinate e ben documentate *causae*, può chiedere il computo futuro e liberare così il proprio "benefattore".

(80) *Ibidem*.

(81) Se ci è consentita una breve digressione, occorre osservare, come per lungo tempo – e sino ai giorni nostri – la vasta produzione di Ulpiano abbia risentito da parte della storiografia di una valutazione fortemente critica e sia stata recepita come fenomeno decadente rispetto ai fasti dell'età adrianeo-antoniniana, se non addirittura come mera esperienza di sistemazione e trasmissione dei risultati cui era approdata la scienza giuridica precedente. Per un quadro degli studi in cui affiora un'opportuna e recente inversione di tendenza si veda, D. MANTOVANI, *Il "bonus praeses" secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del "de officio procuratoris" di Ulpiano*, in *BIDR*, XCVI-XCVII (1993-1994) pp. 203 ss.; STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio, I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, spec. p. 25 nt. 39, e A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari 2003.

(82) «sic lis etiam nisi de alimentis quae iam debetur, esse non posse videtur. Sed cur de lite alimentorum transigi non possit, hanc rationem» (CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus, ad L. VIII, passim*, spec. n. 7, 32).

(83) «id circo autem de praeteritis transigere licet quia quis in praeteritum esurire aut egere non potest. Itaque de iis ita ineunda est transactio, ut nihil de futuris alimentis decedat» (*Ibidem*).

Quella parte della dottrina che, suggestionata da Hotman e Cujas, aveva invece voluto intravedere qui una *transactio* su *res dubia*, in palese assenza di *lis*, era riuscita a tratteggiare solo uno stato di incertezza artificioso, legato alla durata incerta nel tempo del credito alimentare, con evidenti, e poco convincenti, “sbavature”, all’origine di ulteriori effetti negativi circa la natura soggettiva od oggettiva del dubbio.

La rinuncia, o anche solo la limitazione, del diritto a pretendere la prestazione alimentare da parte del soggetto debole era stata il motivo scatenante dell’intervento imperiale; e poiché, abbandonare – il *remittere* di accursiana memoria – era una forma di diminuzione della prestazione, di per sé incerta, invece, nel suo quotidiano ammontare, qui il *transigere* avrebbe dovuto identificarsi con il rilascio parziale della prestazione futura – dovuta e non contestata – a fronte di un ammontare predeterminato, a priori (*hodie*).

Del resto, solo quelli da prestarsi in futuro erano veri e propri *alimenta* (*haec sola sunt alimenta*) (84).

Insomma, la *transactio* cui si riferiva l’Imperatore era trattata come atto in grado di estinguere l’azione – ovvero la pretesa – che, in sua assenza, il contraente avrebbe potuto vantare.

Non annullava il testamento, o la disposizione da cui gli alimenti derivavano, ma per le parti segnava comunque la fine del rapporto.

Il breve *excursus* effettuato nel campo dell’oggetto del contratto, per quanto limitato ad una fattispecie piuttosto circoscritta, anziché avallare l’accostamento fra sentenza e transazione conduceva a molteplici considerazioni circa la sua assoluta inopportunità.

Il dato che emerge con prima evidenza è, infatti, la diversa connotazione volontaristica delle due figure.

Il negozio di transazione vale in rapporto all’ordinamento come libera determinazione delle parti contraenti; nella sentenza la volontà giudiziale si stempera nell’asservimento alla funzione di accertamento, vincolata al giudizio.

---

(84) DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 216.

La validità del comando del giudice presuppone, inoltre, che esso sia immune da errore: in forza di ciò l'irretrattabilità è una conseguenza che non viene acquisita immediatamente, ma solo in un momento successivo rispetto alla pronuncia.

Nella transazione, al contrario, ciò che conta è la volontà di obbligarsi, la cui causa consiste nel superamento del conflitto potenziale, o in atto.

Solo nell'ipotesi in cui le transazioni coinvolgono materie di notevole rilievo sociale, quale *extrema ratio*, l'ordinamento può limitare l'autonomia riconosciuta ai privati nella regolamentazione dei propri interessi (85).

In conclusione, quindi, le parti, accolgono la configurazione del rapporto che scaturisce dalle singole prospettazioni solo nel momento in cui, accettando di transigere, creano la nuova "regola".

E', dunque, con l'instaurarsi della lite, che la situazione è coperta e non, al contrario, con la sua definizione.

### 3. *L'efficacia convenzionale: clausola penale e rato manente pacto*

Arrivando, infine, alle pattuizioni che i soggetti in disaccordo si premuravano di inserire nei contratti di transazione *ne facile aut frangi, aut violari possit* (86), osserviamo come la clausola penale avesse sempre rivestito un ruolo di rilievo (87). A questa, peraltro, poteva poi accedere, se del caso, anche la previsione *rato manente pacto*.

(85) Del resto, ogniqualvolta il legislatore decida, a priori, di ingerirsi *in re alioqui privata* «quae sunt de potestate rerum privatarum et nostrarum», la cautela dev'essere massima (*Ibidem*, 213).

(86) CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 8, C, 351.

(87) «consultius est etiam his adnectere poenalem stipulationem ad hunc modum, puta, ne Primus petat decem, quae Secundus debet, ea ut Secundo accepta faciat: si forte petat, ut tot aureos inferat poena nomine» (CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus, Ad L. Pacto convento 15*, col. 975). Del resto già il Maino aveva chiaramente spiegato come «utilius est reo convento transigenti cum actore stipulari certam poenam, si actor contra transactionem venerit,

La penale (88), che normalmente si inseriva con una *stipulatio*, consentiva al contraente a favore del quale fosse stata stabilita, di ottenere una somma predeterminata per il caso di inadempimento dell'obbligazione principale («cui si non pareatur solo poena peti poterit, a qua liberabitur, si pacto pareat») (89).

Parte integrante del contratto di transazione – rispetto al quale aveva, però, carattere accessorio – dispiegava, perciò, un duplice vantaggio: di stimolo all'adempimento («quia tendit ad confirmationem praecedentis contractus») (90), da un lato, e quale limitazione al risarcimento dall'altro, grazie anche all'ausilio, non certo di minor conto, dell'*actio ex stipulatu* (91).

---

quam facere liberari ipso iure, praecedente aquiliana stipulatione» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.15 *de transactionibus*, l. *pacto convento*, n. 1, 184) e, ancor prima Baldo, ne aveva chiarita la motivazione: «quia ista clausola operatur solum pro eo, qui fidem servavit, non pro eo, qui contractum secutus non est, per illam regulam, quae dicit, non debet quis ex eo commodum consequi, quod nixus est impugnare» (BALDO DEGLI UBALDI, *In primam et secundam Digesti Veteris Partem*, Comm. ad D. 2.15.16 *de transactionibus*, l. *qui fidem*, nn. 1-2, 160).

(88) La disciplina della penale nel contratto di transazione è contenuta nel frammento di Paolo D. 2.15.15 (*Paul. Lib.1 sent. Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest*). La possibilità di assumere la garanzia per gli impegni previsti dalla *conventio compromissi* anche attraverso nudi patti, senza l'ausilio delle *stipulationes poenales*, è, invece prevista da D. 4.8.11.3 (*Ulp. 13 Ad Edictum*): *Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum, ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit*. Per una parte della letteratura nel periodo classico il ricorso alle stipulazioni penali era solo eventuale. Vedi a mero titolo di esempio: BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il Processo Civile III*, Torino 1915, p. 233; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, Roma 1934, pp. 511 ss.; GUARINO, *Istituzioni di diritto romano, ragguaglio*, Napoli 2006, pp. 335 ss., mentre per D. 4.8.11.3 cfr. ROUSSIER, *Du compromis "sine poena" en droit romain classique*, in *RSDfE*, 18 (1939) pp. 167 ss. e F. BONIFACIO, voce *Compromesso* (diritto romano), in *NNDigI*, III, Torino 1959, pp. 784 ss.

(89) RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 2.3.14 *de pactis*, l. *si pacto quo*, n. 1, 60.

(90) Ancora *Ibidem*, Comm. ad C. 2.3.27 *de pactis*, l. *petens*, n. 3, 63v.

(91) Secondo l'interpretazione offerta dalla Peterlongo, il frammento D. 2.15.15 – ritenuto genuino nella sua fattura – testimonierebbe la volontà dei compilatori di «annullare il valore classico della *stipulatio aquiliana*, che, in questo caso non

La clausola di conservazione *rato manente pacto* (92), che a quella usualmente si aggiungeva («hic suppleri et hoc addi») permetteva al contratto di non estinguersi con il pagamento della penale che, in questo caso, pertanto, risultava prevista solo per il ritardo.

In altre parole, la parte insoddisfatta non avrebbe visto il proprio risarcimento limitato alla prestazione concordata, ma avrebbe altresì potuto agire per l'adempimento del contratto ritraendo *immo et utriusque commodo* (93).

Il ricorso tanto all'una, quanto all'altra clausola, solitamente si consigliava (*consultius*) al contraente che si disponeva alla transazione per il timore di essere convenuto in giudizio (94).

E, dovendo fare un bilancio, giovava più al reo che all'attore (95), anche se, *a principio*, «potest ponitur ut sit commune utrique parti» (96).

---

sarebbe più in grado di offrire “maggiori garanzie giuridiche” rispetto al *pacto convento*» (PETERLONGO, *La transazione*, p. 121 nt. 210).

(92) La possibilità di aggiungere alla penale, anche la clausola *rato manente pacto* è testimoniata dal passo di Ermogeniano, collocato in D. 2.15.16 (*Hermogen. lib. 1 iuris epit.*) *Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptionem tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur*. Per un commento cfr. GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.16 *de transactionibus*, l. *qui fidem*, n. 1, 184.

(93) CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus*, Ad L. *Qui fidem* 16, col. 976. Conclusioni non certo difformi si leggono, fra gli altri anche in LORIoT, *De iuris apicibus*, ax.LXXXII, col. 461.

(94) Del resto, Giasone, con occhio attento alla prassi, interrogandosi circa *quae requirantur ad hoc, ut transactio sit perfecta*, aveva risposto, senza esitazione alcuna, che «debent tria concurrere: primo, quod adiciatur p(o)ena, secundo quod apponatur clausola *rato manente pacto*, deinde apponatur illa clausola, quod p(o)ena toties committatur, quoties fuerit conventum. Et puto quarto, *consultius fore, quod apponatur iuramentum*» (GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.15.16 *de transactionibus*, l. *qui fidem*, n. 8, 184). E che fosse più saggio cautelarsi – *consultius* – lo si legge spesso anche nelle opere dei culti più attenti alla prassi cfr. per tutti ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. II, *Transactio hic [...] que sit super alimentis*, 138-140 e CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, ad L. *Penult.*, 56-57.

(95) È di tutta evidenza, infatti, che l'anello debole nella catena fosse da sempre stato quest'ultimo, potendo l'attore, secondo le più risalenti concezioni bolognesi, ritornare alla primitiva azione (AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De tran-*

Era, del resto, senza dubbio più facile per il creditore concordare con il debitore una soluzione pattizia, esimendosi dalla complessa prova del danno, normalmente necessaria seconda la legge Aquilia.

Il debitore, dal canto suo, *repellitur et compellitur*, «repellitur a petitione sua per exceptionem, et compellitur ad poenam» (97), vedendo limitata la liquidazione dei danni, proprio grazie alla predefinita convenzionale della sanzione.

Se queste sono le linee essenziali degli istituti, la disciplina degli effetti, può dirsi, in realtà, più complessa – *subtilia et involuta* (98) – di quanto sembrano, in prima battuta, attestare le fonti.

Il problema maggiore concerneva la sorte dell'obbligazione principale, cui la clausola penale accedeva, dal momento che «electa una via, recursus ad altera non datur».

Si discuteva da tempo, insomma, e nel Cinquecento – stando a quanto ricordano in molti – si continuava a discutere, se questa clausola fosse un patto accessorio, con la funzione di favorire l'adempimento e di predeterminare, in difetto, l'ammontare dei danni o, piuttosto, una pattuizione a sé stante, che cumulava funzioni diverse, con una preminenza accordata alla funzione sanzionatoria, ma che, comunque, lasciava anche in vita l'accordo principale (99).

---

*sactionibus*, 27a), laddove avesse deciso di dismettere l'accordo raggiunto. Cfr. ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. II, *Adiecta transactionis clausola (rato manente pacto) etiam transactionis exceptio obiici, etiam poena peti potest*, 140-141.

(96) DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput VI, *De remediis reo adversus actorem competentibus*, 120-121.

(97) BALDO DEGLI UBALDI, *In primam et secundam Digesti Veteris Partem*, Comm. ad D. 2.15.16 *de transactionibus*, l. *Qui fidem*, n. 1, 160.

(98) «et fere semper apponebatur Aquiliana stipulatio, quae omni modo omnes praecedentes obligationes novat et perimit: ipsaque perimitur per acceptilationem: nec hoc satis, poena adijciebatur ei qui contra fecisset. Paulus l. *Pacto convento* [...] Hoc adjecto poenae efficit, ut si non stetur conventis, poena peti possit» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 8, 351D).

(99) «Optimum est etiam, ut Paulus docet in l. *pacto D. eo pacto convento*, aut Aquiliana stipulationi poenalem stipulationem adijcere, ut metu poenae contra transactionem quandoque non veniatur. Resciso nanque pacto poterit poena ex stipulatu peti. Exceptio etiam simul ostabit, si poena sit promissa hoc adjecto, ut ratum



Il problema, sulla scorta di una lettura unitaria delle leggi *pacto convento* e *qui fidem*, era stato costruito dagli autori più risalenti intorno all'ipotesi dell'efficacia novante della stipulazione penale («plerumque enim poenalis stipulatio novat [...]») nella quale si sarebbe trasfusa anche l'obbligazione principale: «[...] et in se transfundit principalem obligationem» (100).

In questo modo sarebbero anche cadute le eventuali incongruenze di disciplina provenienti dalle fonti romane che, in un caso, ammettevano la sola penale (l. *pacto convento*, D. 2.15.15) (101), nell'altro (l. *qui fidem*, D. 2.15.16), invece, il cumulo (102).

Quale che fosse l'intenzione dell'originario compilatore, è necessario osservare il fenomeno dalla prospettiva degli interpreti medievali, per verificare il potere di consunzione dell'azione principale da parte della clausola penale e, nel caso, saggiarne la sua legittimità.

La fondamentale considerazione secondo cui nel caso prospettato dalla l. *pacto convento* la transazione descritta fosse stata conclusa con un semplice patto, era, dunque, lo snodo cruciale della questione.

Siccome detta conclusione informale non aveva forza novante sull'obbligazione principale – contestata, e poi transatta – né, tantomeno, capacità di generare un'azione a difesa, l'unico mezzo per far sì che la parte di vedesse, anche solo parzialmente, soddisfatte le proprie aspirazioni era offerto dalla possibilità di ottenere un risarcimento convenzionalmente prestabilito.

---

etiam maneret pactum» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 181).

(100) La *stipulatio* era considerata come forma tipica dell'obbligazione novante, poiché era il solo contratto che permetteva *ipso iure* di estinguere qualsiasi obbligazione.

(101) Baldo, a tale proposito si richiamava all'autorità di Cino – *remitto te ad Cynum* –. Cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In primam et secundam Digesti Veteris Partem*, Comm. ad D. 2.15.16 *de transactionibus*, l. *qui fidem*, n. 3, 160v.

(102) In realtà, leggendo i frammenti di Paolo ed Ermogeniano, la contraddizione scema, perchè, nel secondo la transazione è corroborata non dalla sola penale, ma altresì dall'ablativo *rato manente pacto*, cui è per l'appunto demandata la funzione di conservazione del negozio. Secondo la Peterlongo (*La transazione*, p. 123 nt. 216), inoltre, la regola generale sarebbe sancita da D. 2.14.10.1, l. *rescriptum*, § *si pacto subiecta* (*La transazione*, p. 123 nt. 216).

A ciò, in *extrema ratio*, e come dimostrazione di somma cautela da parte dei contraenti, si poteva poi aggiungere la possibilità di mantenere fermo l'accordo compositivo con una disposizione aggiuntiva ed ulteriore.

Ben poca cosa, del resto, doveva sembrare la proposizione di un'*exceptio*, a fronte di una *litis contestatio*, agli occhi dei glossatori.

Già Cino, alla cui autorità Baldo si richiamava, aveva però sottolineato con viva preoccupazione gli effetti derivanti dall'inserimento dell'ablativo assoluto *rato manente pacto* in aggiunta alla penale, arrivando ad ammettere che nel caso in cui la fonte fosse stata normativa, il creditore avrebbe potuto ottenere entrambe.

Ove, invece, la previsione fosse stata convenzionale, allora si sarebbe dovuto avere riguardo al titolo in base al quale erano richieste le prestazioni, se «ex eadem causa, aut diversis» (103).

Nel primo caso non sarebbe stato possibile il cumulo, nel secondo, evidentemente, sì (104).

Alla domanda, quindi, se, di fronte alla rescissione della transazione o al suo inadempimento (105) – «utrum possit peti res, et poe-

---

(103) Spiegava Cino, infatti, che, sulla base della scelta del richiedente insoddisfatto: «dicitur hic, quod si fuit dictum, rato manente pacto, quod utrumque potest habere, scilicet rem petere et excipere. Si non fuit dictum, debet esse altero contentus» (CINO DA PISTOIA, *In Codicem ... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, 62v). Ma dello stesso avviso erano anche i commentatori più tardi: «veniens contra transactionem exceptione repellitur, et nihilominus simul pena exigitur si specialiter convenerit, hoc intendit. Vel si exceptio transactionis locum habet, nihilominus p(o)ene petitio, si addita fuerit clausola rato manente pacto, hoc intendit et sic summatur secundum Doctores» (RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.15.16, l. *qui fidem*, n. 1, 104).

(104) «aut poena est apposita per legem, et tunc indistincte utrunque potest peti [...] aut est apposita per conventionem partium, et tunc refert, aut res et poena petitur ex eadem causa, aut ex diversis [...] Primo casu non possum utrunque petere [...] Secundo casu, quando petitur ex diversis causis, volo petere rem pristinam bene possum, et poenam» (CINO DA PISTOIA, *In Codicem ... Commentaria*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus*, l. *cum te proponas*, 62v).

(105) La rescissione dell'accordo è dai testi equiparata all'inadempimento, poiché non si ammette che l'attore pentito di aver rinunciato all'azione possa poi porre nel nulla l'accordo e ricorrere al giudice.

na» (106) –, la risposta per gli autori più risalenti di primo acchito, era stata positiva: «coniunctim omnia haec remedia reo competere» (107).

Ma questa rigidità si era poi persa, alla luce di più elementari criteri di giustizia, tanto che Baldo concludeva: «veritas est quod ex dispositione legali potest peti utrumque, sed ex dispositione hominis non» (108).

Dal tardo diritto comune in avanti, le opzioni ermeneutiche nel loro complesso, invece, cambiano (109), mentre le argomentazioni sul ruolo delle pattuizioni accessorie proposte dai *recentiores* si concentrano intorno alle modalità per rinforzare l'accordo compositivo, in modo tale da offrire la maggiore tutela possibile al "reo", sulla base del principio *non servanti transactionem, non est ei transactio servanda* (110).

Non si trattava, infatti, più di adeguarsi ad un modello ideale espresso dalla pagina "sacra", come avevano ipotizzato prima Cino e poi Baldo.

Al contrario, la scelta fra adempimento o pagamento si poneva ora in termini fra loro alternativi – *alternative, non copulative* – a meno

(106) «magis voluerit eligeritque Azo tamen quem Bartolus et plerique alii secuti sunt» BALDO DEGLI UBALDI, *In primam et secundam Digesti Veteris Partem*, Comm. ad D. 2.15.16 *de transactionibus*, l. *qui fidem*, n. 3, 160v.

(107) E' proprio Alciato a ricostruire l'apporto della dottrina più risalente, spiegando che: «magis voluerit eligeritque Azo tamen quem Bart(olus) et plerique alii secuti sunt, coniunctim omnia haec remedia reo competere censuit, idque tribus rationibus. Prima, in odium tamen solennem liberationem retractantis. Secunda, quia ipso iure sublata est ab acceptilatione quaelibet actio. Tertia, quia iudex cum viderit eum absque actione agere, ex officio suo actorem repellet, cum nemo absque actione experiendo audiatur» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.40 *de transactionibus*, l. *ubi pactum*, § *hoc maluerit*, n. 14, 94v).

(108) BALDO DEGLI UBALDI, *In primam et secundam Digesti Veteris Partem*, Comm. ad D. 2.15.16 *de transactionibus*, l. *qui fidem*, n. 3, 160v.

(109) «pena potest peti una cum principali» (RAFFAELE CUMANO, *Commentationes in ... Digesti Novi*, Comm. ad D. 45.1.122.6 *de verborum obligationibus*, l. *duo fratres*, n. 1, 51).

(110) «quia poena habet locum cum rescinditur transactio, et ideo debet datorum repetitio fieri [...] quia cum actor data restituit, sic ex sua parte transactio rescinditur, cur non debet admitti?» (RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.15.16 l. *pacto convento*, n. 1, 103 e Comm. ad D. 2.15.16, l. *qui fidem*, n. 9, 104).

che la possibilità di cumulare i rimedi non fosse esplicitamente stabilita all'atto della conclusione della transazione dalle parti stesse, con l'aggiunta di una qualche disposizione specifica.

«Verius est, nisi forte in transactione ineunda convenerit, ut, *rato manente pacto*, poena exigi possit, aut nisi jusiurandum adiectum fuerit, quod vim et effectum habet clausolae superioris, *rato manente pacto*» (111).

Su questa linea si muovevano così, ancora nel Cinquecento, Duaren, ma anche Hotman (112) ed altri, come Kistner prima e Borcholtten poi (113).

La conferma che, in assenza di clausola *rato manente pacto* (114), la scelta fra adempimento o penale fosse alternativa derivava, del resto, da più circostanze.

In primo luogo tale concezione si fondava sul dato normativo:

---

(111) DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput VI, *De remediis reo adversus actorem competentibus*, 121. Una lettura più attenta alle esigenze in pragmatici foro cfr. anche ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. II, 140-144.

(112) HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, 111-112.

(113) BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *De vi effectu et potestate transactionis*, Cap. *Postremum*, n. 19, 202; n. 20, 203-204, n. 24, 208-209. Alla previsione della penale si aggiungono poi due ulteriori *exceptiones* specificamente previste, ovvero: *prior, rato manente pacto*, in base alla quale «quis poenam exigere, potest etiam simul frui commodo transactionis» e, *posterior*, per cui «si transactio fuerit irrita, et vel actor vel reus adversus transactionem venerit. Hoc quoque casu poenam quis petere, et simul commodo transactionis frui potest, neque refert per Deum iuratum fuerit, an per salutem principum l. si quis maior, si modo dolus intercesserit». La medesima dinamica “geometrica” era riproposta dal Kistner, non a caso matematico e giurista, laddove spiegava che, perentia l'azione derivante dal rapporto contestato, perché fosse possibile adire *l'actio utilis* (o anche solo la più semplice *condictio*) sarebbe stato sufficiente l'abbandono della lite, poiché questa sarebbe stata la *causa transactionis* («semel ipso iure actionem sublata esse [...] itaque ut praescriptis verbis, vel condictio competat, sufficit a lite recessum Hoc enim ipso contractum est negotium et subest causa conventionis»). Cfr. CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, ad L. 2, n. 3, 12.

(114) «Ut recte annotant plerique, clausola, *rato manente pacto*, huius esse effectus ut poenam adiectam videri faciat, quo contemptus ipse puniatur» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.17 *de transactionibus*, l. *cum proponas*, n. 2, 80v).

non si sarebbe giustificata l'esistenza dell'ablativo assoluto *rato manente pacto*, ove il medesimo effetto conservativo venisse già raggiunto con l'esclusivo inserimento della clausola penale.

Ulteriore e più potente stimolo per l'accoglimento di questa tesi, veniva, poi, dalla necessità di restituire tutte le prestazioni eseguite *medio tempore*, perché prive di causa.

In breve, il contrasto tra le norme della compilazione prospettato dalle ll. *qui fidem e pacto convento* si era fatto troppo stridente (115).

La stipulazione accessoria non poteva vestire il patto nella quale veniva assorbita l'obbligazione principale («*pactum nudum praecedens non vestitur a stipulatione poenali subsequenti*») (116), ma nemmeno poteva essere accolta l'opzione di una funzione sanzionatoria della penale.

Accanto alla soluzione tradizionale, se ne poteva forse allora avanzare un'altra basata, questa volta, sul diverso apprezzamento del peso dell'effettività pratica di queste due clausole.

Dato, infatti, per scontato che la *stipulatio poenae* non potesse integrare un'obbligazione alternativa, il cui contenuto fosse l'adempimento del contratto, o il pagamento – perché, in questo caso, il creditore della penale sarebbe stato comunque tenuto ad adempiere il contratto per parte sua, il che *incongruum videretur* –, chi avesse violato il contratto, cautelato con una penale, avrebbe anche visto limitato il risarcimento dovuto alla controparte (117), ma sarebbe rimasto ugualmente inadempiente.

La motivazione, basata sulla natura risarcitoria della pena convenzionalmente stabilita, veniva ora sviluppata dalla dottrina più mo-

---

(115) Il teologo Coronel esprime addirittura meraviglia e stupore per la mancata percezione di tutto questo da parte di Azzone e Bartolo: «*miror Bartolum et Azonem non inspexisse istam solutionem esse contra textum*» (ANTONII DE LEON CORONEL, *Commentaria in leges difficiles*, 381-382).

(116) Già così, FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2. 3.14 *de pactis*, l. *si pacto quo*, n. 1, 159v.

(117) «*quia ista poenam non succedit in loco rei, sed apposita fuit pro meo interesse tamen a nobis estimato*» (RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 2.3.27 *de pactis*, l. *petens*, n.3, 63v, ma anche Comm. ad D. 2.14.10.1 *de pactis*, l. *rescriptum* § *si pacto*, n.2, 82).

derna nella direzione dell'ammissibilità di entrambi i rimedi, purchè in ipotesi limitate, in assenza delle quali, sarebbe invece valsa la regola generale dell'alternativa (118).

La conferma veniva, del resto, proprio dalle fonti, e più specificatamente, dal caso prospettato in D. 45.1.122.6, l. *qui Romae § duo Fratres*.

In questa circostanza due fratelli, una volta divisa l'eredità, si erano impegnati reciprocamente, con una transazione garantita da *stipulatio poenae*, a non ritornare mai più su quanto così diviso (119). Ma morto uno e violato l'accordo dall'altro, il giudice aveva condannato l'inadempiente non solo al mantenimento della transazione, ma anche alla penale (120).

Come leggere il rescritto? Ma, soprattutto, come conciliarsi con il passo di Scevola che, almeno di primo acchito, sembrava sancire esattamente l'opposto (121)?

A quale titolo, infatti, erano attribuite ambedue le provvisori?

Per regola generale (*verius esse*) «utraque via uti posse eum, qui stipulatus sit». Quindi: «si tamen exceptione pacti utatur, aequum erit

(118) «potest enim exceptione transactionis uti, et hoc unum petere, ut ea firma et rata maneat: aut si malit, poenam sibi in primis postulabit adjudicari: tum consentire ut infirmata transactione, de priore causa de qua erat conventum, cognoscatur [...] Tum enim poena videtur ascripta non fuisse dissolutae, sed in violatae transactionis conditionem» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, de *pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 8, 351).

(119) («duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos [...]» per cui *infra* nt. seguente). Nel caso specifico, dopo essersi divisi la terra si erano impegnati solamente *verbis* a non far nulla per rimettere in discussione la divisione. Cfr. sul punto FINO, *L'origine della transactio*, p. 298.

(120) D. 45.1.122.6 *de verborum obligationibus*, l. *qui Romae, § duo fratres* (Scaevola lib. 28 *digest.*) *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fidecommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. respondit poenam secundam ea quae proponuntur commissam*. Sulla complessa lettura del passo, da ultimo, FINO, *L'origine della transactio*, pp. 296-298.

(121) ALCIATO, *In Digestorum titulos Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.122.6 *de verborum obligationibus*, l. *qui Romae, § duo fratres*, n. 5, 161v.

accepto stipulationem ferre» (122), altrimenti *videtur in fraudem* (123).

Tuttavia, secondo Alciato, che si era trovato ad analizzare questa *longissima quaestio ex auctoritate Scevolae vulgatissima* ben due volte (124), tali obiezioni non reggevano (125).

La penale non era un'obbligazione alternativa dedotta in contratto, rispetto al contenuto principale di quest'ultimo.

Nè era data facoltà alla parte, contro cui la penale fosse stata apposta, di liberarsi adempiendo la transazione, oppure pagandola, poiché essa era parte integrante dell'accordo cui accedeva – «haec poenae promissio pars eius contractus est, qua videntur contrahentes exigisse, ut adversus non observantem actor poenam eligere possit» – (126).

Il suo scopo era, infatti, quello di scongiurare l'ipotesi che un soggetto, dopo aver transatto il rapporto sottostante, avesse richiesto nuovamente la prestazione, minacciando causa (127).

---

(122) ALCIATO, *Paradoxorum*, I, n. 6, 11v.

(123) «Primo, quod contractus transactionis poenitentiam non recipit, et ideo debere me domum petere, non poenam. Secundum, quod etiam si poenam petere possim, tamen id non nisi disiunctive facere debui, cum electio debitori auferenda non sit: qui enim domum promittit et si domum non dederit, poenam, similis est, illi qui domum aut poenam promittit. Tertium, quia poena debetur sub conditione, si contra factum sit; at ille nihil fecerat, se neglexerat exequi, igitur verba conditionis pro reo erunt, ne evenisse videatur [...] Large enim et improprie qui non facit facere dicitur [...] Quartum, quia poena haec dationi adiecta, videtur in fraudem usurarum adiecta esse, et ideo exigi non posse, nisi quatenus intra legitimam taxationem redigatur» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.37 *de transactionibus*, l. *promissis*, 92v).

(124) Oltre a dedicarvi numerose pagine del proprio commentario nella titolo dedicato a D. 45.1, riprende la materia nel Libro I, dei *Paradoxa*, ove cerca di chiarire il senso della disposizione. Cfr. per le fonti ALCIATO, *In Digestorum titulos Commentaria*, Comm. ad D. 45.1.122.6 *de verborum obligationibus*, l. *qui Romae*, § *duo fratres*, 161-167, e *Paradoxorum*, I, 11-12.

(125) «hoc casu Doctorum varias altercationes posse sibi locum vindicare». Accursio, ed altri (*crebriore calculo et caeteri*), infatti, in caso di violazione di transazione salvaguardata da penale, propendevano per il cumulo, poichè *utrunque deberi*. La dottrina più moderna, cui Alciato stesso accede, si dimostra, invece, di diverso avviso e «ego arbitror hoc in responso ideo disiunctim haec iura competere, quoniam pactum praecedentem obligationem ipso iure non extinguit», (ALCIATO, *Paradoxorum*, I, n.6, 11v).

(126) *Ibidem*, n. 2.

(127) La risposta va ricercata nel commento alla l. *ubi pactum* che esponeva un caso del tutto analogo. «Cum Titius me fundum peteret, acceptis centum transegit,



La domanda, cui la dottrina era dunque chiamata a rispondere, era piuttosto: «*quae remedia habeat reus quando actor veniat contra transactionem*»?

A giudizio degli autori più risalenti, sebbene la precedente azione fosse estinta per l'intervento dell'*acceptilatio*, non di meno l'inserimento della penale avrebbe consentito di richiedere entrambe le prestazioni che in essa si sarebbero trasfuse.

*Non pauci recentiores*, invece, sostengono «*disiunctim haec remedia reo solum concedi* (128).

Diversamente, «*si ita promissa poena rato manente pacto*» (129), allora si avrebbero potuto concorrere entrambi i rimedi, senza dar luogo alla restituzione delle prestazioni già ricevute, bensì lasciando al creditore insoddisfatto la possibilità di pretendere l'adempimento residuo.

#### 4. *Efficacia e validità: l'agere praescriptis verbis*

Ma è indubbiamente la tutela attiva del negozio a rappresentare la più complessa manifestazione del problema dell'efficacia, rivelando-

---

et quicquid ei debebam aquiliana stipulatione praecedente accepto tulit, stipulatique deinde sumus alter ab altero, ut si quisquam nostrum ei stipulationi contrafecisset, tantum pecuniae poenae nomine solveret. Finge Titius contrafacit, et a me rursum fundum petit, quaesitum est qua ope mihi succuratur?» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.40 *de transactionibus*, l. *ubi pactum*, n. 1, 93v). Sul punto il riferimento va anche a Cujas (*Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus, Ad L. Pacto convento. 15*, col. 975) e a Lorient (*De iuris apicibus*, ax. XC, co. 465).

(128) «Ne quicquam refert quod actio per acceptilationem sublata sit, quia id non extinguit eam aequitatem qua quis utrunque consequi prohibetur [...] Sed tamen nos supra ostendimus id actum suadente aequitate inter partes censi, ne utroque remedio et transactionis et poenae reus utatur, et ideo ex eorum mente agi adhuc posse.» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.40 *de transactionibus*, l. *ubi pactum § hoc maluerit*, nn. 14-15, 94v). Per il passato, cfr. invece, GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.40 *de transactionibus*, l. *ubi pactum*, n. 22, 82.

(129) CUJAS, *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos, Ad titulum de transactionibus, Ad L. Qui fidem. 16*, col. 976.

si forse come il terreno più accidentato su cui la dottrina abbia mai dovuto dibattere di transazione, con risultati spesso assai inferiori allo sforzo profuso.

Mentre, infatti, l'identificazione di un'azione per l'adempimento coattivo poteva indubbiamente fungere da stimolo per approfondire criticamente la lettura di un *corpus* di fonti contraddittorio (130), pochi punti saldi avevano finito per accompagnare una lezione immutata per secoli, fondata sull'atipicità della *transactio*, cui, alla vocazione "negativa" del patto (131), si era accodata una sterile qualificazione della rinuncia alla lite (132).

Efficacia non vuol dire solo attitudine a produrre talune conseguenze ma, altresì, l'effettiva produzione delle conseguenze stesse.

Sebbene, quindi, l'indagine sembrasse più pertinente alla scienza del processo, era tuttavia innegabile la ricaduta sostanziale, enfatizzata,

---

(130) In realtà, il problema non si era mai posto per la transazione calata in formule sacramentali, già di per intrinsecamente idonee a garantire la soddisfazione coattiva di pretese inadempite, ma solo per quella, assai più agile e snella, conclusa in virtù accordo dei paciscendi.

(131) La sintesi era contenuta nel commento alla l., *sive apud acta*, C. 2.4.28, (CINO DA PISTOIA, *In Codicem ... Commentaria*, Comm ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, nn. 3-8, 66rv), mentre il principio di portata generale era racchiuso in D. 2.14.7.2, (ACCURSIO, Glossa in Dig. Vetus ad D.2.14.7.2, *de pactis*, l. *iurisdictionum*, § *sed et si*, 72).

(132) L'inquadramento della remissione della lite aveva impegnato a fondo i dottori bolognesi, fra i quali vi era chi l'aveva identificata con il *dare* (Giovanni Bassiano, Azzone e Accursio) e chi, invece, la leggeva nel *facere*, o meglio nel *non facere*, come avevano inteso, rispettivamente Rogerio e Piacentino. Questo acceso dissenso interpretativo era, però, in realtà senza via d'uscita, senza modificare le premesse del ragionamento. Gli interpreti si sarebbero, infatti, sempre trovati di fronte ad un vicolo cieco, perché dopo aver concluso validamente la transazione, sarebbe rimasta comunque aperta la possibilità di chiedere l'adempimento della primitiva pretesa – *quoniam semper potest ad huc agere* – (D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, pp. 17-18 ntt. 37-38), cosicché il semplice fatto di «desistere dalla lite, non sarebbe mai equivalso ad un vero adempimento da parte dell'attore, né ad una valida rinuncia all'*actio vetus* [...]» (TREGGIARI, *Profili*, pp. 346-349). Per uno sguardo alle fonti, cfr. AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, 27b e per un riassunto della più antica dottrina BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, nn. 6, 65.

nel nostro caso, dalla tipicità del negozio in esame capace di operare sulla situazione litigiosa (133), mediante reciproche concessioni (134).

Il modesto tentativo di qualificazione compiuto dalla Glossa che, cercando di assimilare il *remittere* dell'azione giudiziale al *dare* (135), aveva tentato di costruire una specifica figura negoziale per questa via, era rimasto senza esito (136).

Lo stesso era accaduto anche in occasione del “colpo di mano” dei commentatori che, pur definendo la *transactio* un *contractus*, l'avevano poi tipizzata come *facio ut des*, escludendone l'azionabilità («non producit actionem praescriptis verbis») (137).

Alla domanda: «Quero utrum reo implenti contractu ex parte sui detur actio [...] contra actorem» Bartolo, infatti, aveva risposto *videtur quod non*. La motivazione era, del resto, chiara dal momento che:

---

(133) La transazione supera la controversia attraverso la costruzione di una nuova situazione – il cosiddetto “regolato” – che si sostituisce al precedente rapporto in contestazione. Gli effetti vanno perciò analizzati con riferimento al modo con cui esso viene ad incidere sulla *res litigiosa*.

(134) La *pacificatio controversiae* rappresenta solo il momento finale, corrispondente alla funzione del negozio e, parimenti, all'intento cui è teleologicamente indirizzato l'agire delle parti. La necessità di una ricostruzione del corredo semantico di *transigere* induceva, invece, a riformulare una considerazione prioritaria degli elementi causali, da cui, verosimilmente, discendeva anche il requisito dell'*aliquid datum aliquid retentum*, quale condizione di efficacia e di tutelabilità della *transactio* in conformità al *vestmentum* individuato nel *rei interventus*. Una bella, quanto sintetica, elaborazione del tema della causa si legge in Connan («quia satis est causae, quod a lite discessimus, propter quam damno expensarum poteram affici: nec refert etiam si jus meum fuit tuo valentius, ut debuerim vincere») *Commentariorum juris civilis libri X*, Lib. V, *de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 4, D, 348.

(135) «quia remittere est dare» (ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, gl. *qui transigit*, D. 2.15.1, *De transactionibus*, l. *qui transigit*, 45v). Chiara la confutazione di Bartolo (*Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 7, 65) laddove spiega che «ista reprehensio glossae non est bona [...] enim remittere est facere non dare».

(136) L'eccezionalità del ricorso all'*agere praescriptis verbis* in ipotesi di transazioni convenzionali era già stata sottolineata senza esitazioni da Accursio: «item actio ex pacto non datur in quibus duobus haec lex contrarium servat: solutio speciale est» (ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, gl. *danda ad C. 2.4.6, de transactionibus*, l. *cum mota*, 41).

(137) «contractus transactionis est facio ut des ex quo orit actio del dolo non praescriptis verbis» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 7, 65).

«reus potest implere contractum ex parte sua dando illud quod convenit. actor qui promisit non petere vel non agere numquam potest implere contractum ex parte sua quia si non petit vel agit hodie cras poterit petere [...] unde qui contractum non implevit immo sibi actio praescriptis verbis non datur [...] et immo de necessitate ad primam actionem reditur» (138). Ecco quindi il motivo per cui C. 2.4.28 obbligava a riprendere l'azione ordinaria.

In questo continuo scontro ermeneutico, l'inappellabile condanna della transazione "convenzionale" all'inattività aveva così delineato una fattispecie compositiva di seconda scelta, affetta da tare genetiche, che trovavano nel principio «qui licet petatur hodie, tamen poterit peti cras» (139) la propria consacrazione testuale.

Nel Cinquecento, più che di un cedimento di fronte alla regola *ex pacto nudo actionem nasci non posse*, la meditazione di Alciato, seguita con particolare rigore da Doneau (140), si manifesta come il tentativo più concreto sino ad allora effettuato per addivenire ad un'ipotesi veramente risolutiva rispetto al tema centrale della contrattualità della fattispecie.

---

(138) *Ibidem*, n. 8, 65. Normalmente, per la tutela dei contratti innominati si ergeva l'*actio praescriptis verbis*, concessa, però, solo a fronte dell'adempimento della prestazione convenuta; per la transazione, invece, questa non avrebbe mai potuto essere esperibile, poiché la rimessione dell'azione non integrava affatto una prestazione. Nel caso in cui la composizione fosse stata posta in essere per mezzo di *aquiliana stipulatio*, essendo novata l'obbligazione principale, l'attore, al contrario, avrebbe potuto usare l'*actio ex stipulatu*, originantesi dalla formula sacramentale utilizzata per chiudere la convenzione. Per una ricostruzione del pensiero dei primi legisti da parte della dottrina moderna cfr. ancora LEON CORONEL, *Commentaria in leges difficiles*, 373-374, mentre per l'analisi degli elementi della fattispecie proposti dai glossatori secondo la storiografia cfr. VOLANTE, *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 119 ss., spec. pp. 130.

(139) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 5, 87. Cfr. TREGGIARI, *Profili*, p. 354.

(140) Un'esauriente trattazione sia della l. *cum mota*, che di quella *si pro fundo* è svolta da Hotman, che, al pari di Doneau, si occupa approfonditamente anche della struttura dell'*actio praescriptis verbis*. Cfr. HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, 100-101 e 127-130 e *Eiusdem* HOTMAN, *Coniectura de praescriptis verbis*, Ginevra 1575, 145 e ss.

In questi anni di profonda ed articolata riflessione storica, aveva cominciato a farsi largo la consapevolezza che per gli artefici del *Corpus* giustiniano l'inclusione della *transactio* nel sistema contrattuale non fosse dovuta all'estensione ad essa del concetto di contratto – riconducibile all'*ultra citroque obligatio* sancito da Labeone – (141) bensì dal riconoscimento dell'estensione, in via utile, di una delle azioni previste dall'editto.

Che la transazione divenisse così un contratto era stata perciò solo una conseguenza inevitabile, e diretta, di tale riconoscimento.

L'attitudine alla produzione di effetti ne era la conseguenza, ed era quindi prevista tanto da norme di carattere generale – legate per lo più alle sue modalità costitutive – quanto dalla disciplina particolare “negoziata” caso per caso, quanto, infine, dalle ipotesi di inefficacia ed invalidità, di cui si dirà in seguito (142).

Ma da questa costruzione si erano lasciati fuorviare proprio i primi legisti bolognesi che, svolgendo considerazioni di carattere processuale in sede di qualificazione sostanziale, avevano decretato la debolezza ed inefficacia dell'istituto «nisi sequuta causa [...] nisi perfecte impleverit» (143).

A parere dei *recentiores*, invece, in questa cornice normativa, articolata sì, ma non fundamentalmente diversa da quanto previsto per tutti i negozi onerosi bilaterali, un cenno particolare meritava il ricorso

---

(141) E quindi all'impegno obbligatorio reciprocamente assunto, tradottosi nell'altrettanto reciproco vincolo per i contraenti dell'*obligari alterum alteri* (così, BURDESE, *Osservazioni in tema di contratti innominati*, pp. 132 ss. e GUARINO, *Il contratto secondo Labeone*, in *Labeo*, 29 (1983), pp. 329 ss).

(142) Se, dunque, i rimedi processuali più ricorrenti tendevano a conservare la *transactio*, imponendo alla parte ingiustamente avvantaggiata l'adempimento o prestazioni di conguaglio o, in caso di *actio* maliziosa, accordando a quella pregiudicata, l'*exceptio (transactionis o doli)*, in grado di bloccare pretese fondate su dolose interpretazioni dell'atto transattivo, nel tempo, si era poi aggiunta anche la tutela dell'*obligatio verbis* costituita con l'*actio ex stipulatu*.

(143) Ipotesi quest'ultima di per sè impossibile a realizzarsi. Cfr., in proposito, le riflessioni di GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *iurisgentium*, n. 1, 146.

all'*actio praescriptis verbis*, identificata come l'azione "tipo" per la soddisfazione coattiva delle convenzioni atipiche (144).

Nelle norme che ne disponevano l'utilizzo si poteva, infatti, leggere proprio la principale fonte di accreditamento della "contrattualità" del nostro negozio (145).

L'idea, proposta da Alciato sulla base di suggestioni più risalenti, era ancora che, nelle fattispecie carenti di una propria denominazione specifica, il momento determinante ai fini dell'identificazione istitu-

---

(144) «vis pacti, posita in ea actione quae praescriptis verbis nominatur» (DONEAU, *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus, Tituli Digestorum, de praescriptis verbis et in factum actionibus*, 1). Ancora «innominati sunt, de quibus mentio nec in legibus antiquis, nec ullo iure civili est. [...] Sed tamen caussam, id est civile negotium, συνάλλαγμα et naturalem aequitatem continent. [...] Nam ubi caussam non est, ibi negotium nullum gestum est, neque obligatio, neque actio nascitur» (HOTMAN, *Coniectura de praescriptis verbis*, n. 2, 652).

(145) Il problema, in realtà era piuttosto complesso. A rigor di logica, non per tutte le fattispecie contrattuali innominate era prescritta una tutela in via "utile". Si riteneva, infatti, che fra i contratti atipici potesse operarsi una sommaria e più generica bipartizione fra *respectivi* – seu *correlativi* – divisi nelle quattro categorie del *facere* rispettivamente combinato con il *dare* (la cui disciplina ed elencazione si trovava in D. 19.5.5, l. *naturalis*), e *non respectivi*, pertanto, *innumerabiles*. Da ciò, secondo un perfetto sillogismo, ne derivava che il patto nudo, *simplex contractus innominatus non respectivus*, non fosse azionabile, mentre, fra le fattispecie composte, al contratto del tipo *facio ut des* sarebbe stata applicabile solo l'*actio de dolo*. In queste strettoie concettuali, come catalogare, quindi, la transazione? Già Filippo Decio aveva escluso la validità della differenziazione fra le diverse categorie dei contratti innominati sulla base di una supposta altrettanto diversa azionabilità processuale, sentenziando che «nulla efficax ratio videtur posse assignari inter contractum, facio ut des, et alios contractos innominatos, quominus in omnibus actio praescriptis verbis videatur dari» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4. 6. *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 7, 179v, ma anche ID., *Consiliorum, Pars Secunda*, CLXXXVII, 15v). Ma è ad Alciato che si deve il perfezionamento del ragionamento. A suo dire, infatti, era indifferente la tipologia di riferimento per l'accordo transattivo, potendosi talvolta qualificare come *facio ut facias*, altrove come *facio ut des*, «aliquando do ut des [...] non raro [...] do ut facias»; ciò che rilevava era, invece, il *mutuum factum*, (*unde civilis actio oritur*) al quale, divenendo *obligatorium*, l'ordinamento avrebbe riconnesso l'efficacia vincolante: «intervenit autem hac in datione factum utriusque, quod lex συνάλλαγμα vocat [...] ex facto igitur utriusque incalescit hic contractus, civilique actioni sufficit» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus*, *pactum*, n. 6, 68v e *ivi*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 20, 74v). Cfr. in tema anche PETRONIO, *Spunti su consenso e contratto*, p. 209 e, dello stesso Autore, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti, passim*.

zionale fosse quello dell'adempimento («tota vis in contractibus innominatis videtur consistere in consensu partium et implemento») in forza del quale, se del caso, sarebbe anche correlativamente sorto il diritto alla tutela (146).

Se dunque, l'ipotesi applicativa dell'*actio* prevista dalle *constitutiones* C.2.4.6 e 33 (147) aveva consentito al giurista milanese di leggere nell'effetto preclusivo dell'*actio vetus* la potenzialità per ottenere l'esatto adempimento anche per le transazioni chiuse con semplice *pactum*, l'irrelevanza tipologica («cuiuslibet speciei ex illis quattuor de quibus in D. l *naturalis*») in cui si potevano catalogare queste ultime, lo aveva anche portato a soffermarsi sulle conseguenze ritraibili dall'applicazione dell'*actio utilis*.

Senza dover in alcun modo ricorrere all'eccezione, i nuovi interpreti avevano supportato quella che ritenevano essere, invece, la regola (148).

---

(146) Il riferimento corre una volta ancora a Fulgوسio e Decio (RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 2.4.6, *de transactionibus*, l. *cum mota*, 68v ss e *de pactis*, l. *iurisdictionum*; n. 7, 77; FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.6, *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 7, 179v).

(147) Cfr. sul punto PETERLONGO, *La transazione*, pp. 249 e 315-323 che sostiene l'interpolazione di entrambi i passi.

(148) Agli occhi della critica testuale moderna per consentire la tutela degli interessi investiti dalla transazione non sembrava più opportuno cercare di eludere quelle costituzioni imperiali che ne richiamavano direttamente l'azionabilità, ma piuttosto necessario, verificare se esse rappresentassero la norma, ovvero, come per lungo tempo si era ritenuto, l'eccezione; il tutto, comunque, senza passare sotto silenzio altre fonti della medesima *sedes*, o anche di diversa collocazione, nelle quali, invece, si riconfermava il principio opposto dell'efficacia negativa. Il confronto era dunque aperto tra C. 2.46. e 33 da un lato, e C. 2.4.28, dall'altro. Mentre il voler per forza ricorrere alla *distinctio actionis dativae et nativae*, aveva ormai perso tutto il suo colore già dal tempo di Decio che, in proposito, aveva affermato *omnes actiones dantur a iure civili*, e «videtur quod actio dari non possit nisi praecedentem habeat materiam [...] sed tamen servadum communem opinionem fieri potest concordia hoc modo: qualibet actio dicitur nativa largo modo, quia actio numquam datur sine causa» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.6, *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 7, 179v). Nel quadro di una più attenta ricostruzione storica e filologica, tanto del processo, che delle magistrature romane, la distinzione fra azioni fu ampiamente criticata dagli umanisti propendendosi, da Zasius in avanti, per una più matura suddivisione fra utili e dirette. Per un commento cfr. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, Milano 1971,



Vediamo come.

Il problema nasceva principalmente dalla descrizione di meccanismi negoziali antagonisti per designare una fattispecie, di cui, a più riprese, era stata invece ribadita l'unitarietà.

Il riferimento testuale andava, infatti, ai rescritti C. 2.4.6 (149) e 33 (150), da un lato, e 28, dall'altro.

pp. 110-111 e 115-116.

(149) Nella l. *cum mota*, C. 2.4.6, la madre di coloro che si rivolgono all'Imperatore, dopo aver intentato una *querela inofficiosi testamenti*, transige con la controparte, rinunciando al giudizio in cambio di alcuni dei beni in contestazione. Morta la donna, gli eredi chiedono di riassumere la *querela* contro l'inadempiente. L'Imperatore nega la rivivescienza della *pristina actio*, ma attribuisce loro *actio praescriptis verbis*, per ottenere l'*id quod interest*. Notissimo nella storia giuridica, riprendiamo per sommi capi la narrazione con Doneau: «mater a filio praeterita testamento, aut immerito exhaereditata egit cum scripto herede de inofficiosi testamento, ac querela mota transegit hoc pacto, ut partem bonorum de quibus agitur, susciperet et a lite discederet [...] et in eadem voluntate perseverans decessit» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad L. Cum mota* 6., 200). Si vedano in proposito anche HOTMAN, *Commentarius in titt. Codicis de Pactis et Transactionibus, ad L. VI*, 100-101; LORiot, *De iuris apicibus*, axx LXXXVIII e LXXXIX, col. 464 e LEON CORONEL, *Commentaria in leges difficiles*, 345-354. In realtà, come spiegava Hotman, la Cancelleria imperiale segnalava ai querelanti l'esperibilità alternativa dell'*actio ex stipulatu*, o della *praescriptis verbis* a seconda delle modalità, ad essa evidentemente ignote, con cui la transazione fosse stata conclusa. «Superest igitur quaestio, Ecquae nam huic heredi remedia relicta sint? cui respondet Imperator, si stipulatio interposita fuerit, ex stipulatu actionem competere: quod si interposita non fuerit, tum hoc casu, praescriptis verbis in factum actionem concedi» (HOTMAN, *Commentarius in titt. Codicis de Pactis et Transactionibus, ad L. VI*, 100).

(150) Nella seconda *constitutio*, invece, (C.2.4.33) troviamo un'ipotesi di responsabilità per evizione. L'accordo transattivo, infatti, prevede la rinuncia alla rivendica di un fondo, in cambio della consegna di un *praedium* dai confini determinati e libero da vincoli. Definito l'accordo, però, emerge che questo secondo terreno è in realtà gravato da ipoteca a favore di terzi. Il consegnatario chiede, quindi, di poter riprendere l'*actio vetus*, ottenendo, come già era avvenuto per i querelanti ricordati nella l. *cum mota* (C. 2.4.6), risposta negativa, poiché: «si sit facta transactio inter actorem et reum quod pro fundo petito alius fundus detur actori [...] non propter hoc possit lis per transactionem decisam instaurari, sed bene agit ex stipulatione, vel praescriptis verbis» La ricostruzione della fattispecie è abbastanza un *topos* presso i giuristi. Per qualche esempio si vedano: GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.33 *de transactionibus*, l. *si pro fundo*, nn. 1-2, 79; ALCIATO, *Codicis Iustinianei titulos*, Comm. ad C. 2.4.33 *de transactionibus*, l. *si pro fundo*, n. 1 ss., 90; DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad L. Si pro fundo* 33., 274-278 e CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X, Lib. V, de pactis, Tran-*

I primi due sancivano l'impossibilità di esperire l'azione derivante dal rapporto originariamente in contestazione, sanzionando la violazione della transazione con l'alternativa tra i due mezzi dell'*actio ex stipulatu* – ove la struttura costitutiva della composizione lo avesse consentito – o dell'*actio praescriptis verbis* (151).

Una disciplina totalmente opposta era, invece, sancita in C. 2.4.28, l. *sive apud acta*.

La dottrina tradizionale, che ripercorreremo sulla scorta della scienza di Bartolo, aveva sempre manifestato un certo disagio tanto di fronte all'effetto preclusivo dell'*actio vetus* («ad querelam extinctam non datur regressus»), considerata sempre esperibile per l'attore (152), che dinnanzi alla concessione dell'*actio utilis* («si promissa non servetur») (153) per le fattispecie rispondenti alla struttura *facio ut des*, in cui, con apprezzabile sforzo, era stata ricondotta la *transactio* (154).

---

*sactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 11, B, 353 e, ancora, HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, ad L. XXXVIII, 127-130.

(151) Si tratta di due *Constitutiones*, C. 2.4.6 e 33, che coprono un arco temporale piuttosto lungo, da Alessandro Severo a Diocleziano, deponendo per l'alternatività del rimedio dell'*actio utilis* (l. 6, *cum mota*) o *in factum* (l. 33, *si pro fundo*), esperibile solo nel caso in cui la transazione non sia stata conclusa con negozio solenne. cfr. PETERLONGO, *La transazione*, pp. 210-211; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, pp. 294-295.

(152) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 1, 59v.

(153) *Ibidem*.

(154) La scelta dall'*actio* applicabile, una volta ammessa la sanzionabilità processuale dell'accordo compositivo, costituiva, infatti, un ulteriore problema – *haec est multum difficilis* – in quanto lo schema negoziale del tipo *facio ut des* integrava l'unica ipotesi di contratto innominato per la quale non si prevedeva il ricorso all'*actio praescriptis verbis*, con conseguenze assai rilevanti in ordine all'adempimento. Dal momento che il sinallagma si fondava su una necessaria reciprocità di comportamenti, esso, infatti, poteva anche mancare nel caso di ipotesi *facio ut des*, perché il *fare* prescindeva dal comportamento altrui, mentre il *dare* richiedeva inevitabilmente la cooperazione del ricevente (PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 220). Un tentativo di sopire la questione secondo quanto riferito da Alciato (*Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *cum mota*, § *praescriptis verbis*, n. 1, 73) era venuto dalla Glossa che per risolvere la *vexata quaestio* aveva letto nella transazione un *do tu facias*, evitando, in questo, modo ogni ulteriore eccezione, rispetto alla regola generale. Ma, col tempo, l'artificiosità dell'interpretazione bolognese, dettata solo dalla volontà di sopire ulteriori contrasti era stata avvertita sia da Fulgoso,

Bartolo, e poi Baldo, avevano perciò ricondotto il divieto della *pristina actio* ad un poco convincente e generico richiamo alla *iuris ratio*, che imponeva il riequilibrio degli interessi in gioco, mettendo, nel caso prospettato dalla l. *cum mota*, gli eredi in condizione di cautelarsi di fronte all'inadempimento altrui – pur essendo l'originaria contraente deceduta (155) – e, nell'ipotesi d'evizione, di cui alla l. *si pro fundo*, richiamando, più genericamente ancora, l'*odium litis* (156), in base al quale «quamquam pactum transactionis sit nudum, tamen fingitur non esse» (157).

Secondo una più matura esegesi dei passi, compiuta da Doneau (158) sulla scorta di una magistrale “lezione” (*ut bene dictum sit ab Alciato*), al contrario, si sarebbe potuta comprendere tanto la motivazione giuridica, che la giustificazione normativa, in forza delle quali la transazione poteva, e doveva, avere diritto all'azione.

Nel corso delle ricerche storico-sistematiche, che la sua intensa sensibilità aveva orientato ad approfondire le *actiones utiles*, in rapporto a quelle *in factum* (159), Doneau si era infatti convinto che la moti-

---

che da Giasone (che pure richiamava Azzone). Per le fonti, cfr. GIASONE DEL MAINO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 19.5.5. *de praescriptis verbis*, l. *naturalis*, § *quod si faciam*, n. 4, 178v-179 e RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *iurisdictionum*, n. 8, 77.

(155) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.6 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 9, 59v.

(156) *Ibidem*, Comm. ad C. 2.4.33 *de transactionibus*, l. *si pro fundo*, 68.

(157) La *fictio iuris*, nel caso di specie, era evidente, giacchè la stessa morte della madre, aveva impedito che l'azione, non trasmissibile di per sè, potesse essere ripresa dagli eredi. Una nota però stride in queste considerazioni “tradizionali”, vale a dire il ragionamento in termini di *actio nativa* e *dativa*, dopo che si era continuato a considerare l'adempimento della querelante sin dall'inizio, fittizio. (BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.6 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 9, 118).

(158) Normalmente, infatti, chiariva Doneau: «si vetus actio, extincta non sit et fides placitis non praestetur, vetere actione agi posse [...] constitutum est [...] Quid tamen, quod causa secuta non est?» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, Ad L. *Si pro fundo* 33., 275, ma si veda anche Ad L. *cum mota*. 6., 200).

(159) DONEAU, *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus*, *Cum facio ut des, sic esse actionem praescriptis verbis, ut non sit*

vazione giuridica si poggiasse totalmente sulla qualificazione sostanziale della *transactio* («ex contractu enim oritur obligatio, ex obligatione actio») (160).

La giustificazione normativa si puntellava, invece, sull'irretrattabilità della lite decisa *transactionis causa* (161).

Il rispetto per il principio «ex pacto actionem non nasci» era, infatti, divenuto pari al sospetto (*animavertendum est*) verso eccessive sottigliezze classificatorie, volte unicamente a negare l'efficacia degli impegni riversati nella transazione.

Nei casi prospettati dalle *constitutiones* in esame l'accordo era stato, invece, compiuto e perfezionato (*actum et gestum*).

E questo, sia nell'ipotesi della l. *si pro fundo*, («Actum ut pro fundo, quem actor petebat praedium ei daretur»), ove non si trattava, quindi, solo di un semplice negozio («non pactum esse tantum») siglato per evitare future contestazioni («ne de fundus amplius ageret»), poiché un *praedium* era stato veramente trasferito («sed fundum ipsum [...] transtulisse») a tacitazione del diritto suppostamente leso (*ut pro eo acciperet*).

E così pure nell'ipotesi della l. *cum mota*, ove il problema non si collocava più – a giudizio di Doneau – nell'intrasmissibilità della querela («sunt qui putent quod hoc scriptum est querelam non preparatam a matre ad liberos non transferri») (162) cui l'ordinamento avrebbe dovuto rispondere eventualmente con la concessione di un ausilio eccezionale per evitare iniquità (163), bensì «quod transactionis causa

---

*de dolo*, 57-59.

(160) La lapidaria affermazione è tratta da ALCIATO, *In Digestorum titulos Commentaria*, Comm. ad D. 50.16.19 *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *obligationem*, n. 11, 215. Ma è Doneau a spiegare diffusamente la motivazione sottesa nel caso in esame, per cui si veda *infra* nt. 164.

(161) Sulla capacità preclusiva della transazione si veda *supra* § 2.

(162) DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, *Ad L. cum mota*. 6, 203.

(163) I problemi ermeneutici prospettati dal passo, per la lettura medievale, si erano sempre rivelati molteplici, concernendo sia la trasmissibilità agli eredi della legittimazione a proporre *querela* peraltro, come detto, negata; sia l'azionabilità della transazione (tipico esempio di schema negoziale *facio ut des*) attraverso il ricorso

promissum est, etsi pacto tantum promissum sit, nihilominus ex pacto peti posse [...]» (164).

Nel tirare le somme, il giurista ugonotto aveva quindi preferito concentrare l'attenzione sulla regola – ormai ritenuta di portata generale – per cui «quoties negotium inter aliquos gestum est, sive contractum id, quod Aristo συνάλλαγμα vocat, toties oriri inter consentientes iure civili actionem, siquidem res in aliud nomen contractus transeat, certam: sin aliter, civilem quidem, sed in factum, seu praescriptis verbis» (165).

Solo in questo modo sarebbe stato possibile arrivare a conclusioni sufficientemente sicure per poter leggere nel reciproco scambio («cum res utrinque detur, atque ita permutetur, dicitur res pro re dari») la *ratio* sottesa alla sanzionabilità dell'accordo e, parimenti, la spiegazione per cui *recte in hoc loco Imperatores* «citra stipulationem dant actori actionem praescriptis verbis» (166).

Non mancava, infine, nella pagina di Donello anche un riferimento all'espressione *instaurari decisam litem prohibent iura*: una notazione di per sé ovvia, ma ricca di implicazioni, poiché, da un lato, sanciva la preclusione all'accertamento della situazione preesistente,

---

all'*actio utilis*, anziché con l'*actio de dolo*, di usuale applicazione, invece, in questi casi; sia, infine, e più in generale, la possibilità di promuovere un giudizio per ottenere coattivamente soddisfazione *ne heres portionem bonorum impune promiserit*.

(164) Inoltre «in proposita autem specie non est pactum nudum, quo pars bonorum promissa est. Nam praeterquam quod matri transigenti promissa est, fecit etiam mater ut eam partem acciperet. Promisit se a lite discessuram, quod et re implevit. Morte enim sua et silentio, sic finivit actionem de inofficioso, ut nulla superesset eius heredibus» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad L. Cum mota. 6.*, 206, cfr. 205, invece, per la citazione in testo).

(165) DONEAU, *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus, Argumenta quibus evincitur actionem praescriptis verbis non minus competere, cum facio ut des, quam in aliis tribus generibus*, 42.

(166) DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad L. Si pro fundo 33.*, 276-277. Conforme anche Connan: «quare hic praescriptis verbis actione: cui intentio erit, ut vel reddatur jus litis ad primum fundum de quo erat controversia: vel praedium pro eo datum liberetur servitute, aut quanti interest, praestetur» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X, Lib. V, de pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. VI, n. 11, B, 353).

dall'altro, denotava una carenza di interesse da parte dell'ordinamento a vagliare ed accertare una situazione la cui regolamentazione fosse già stata stabilita *in via definitiva*: «*inest enim in his verbis decisam litem, ratio cur non possit actio instaurari [...]*» (167).

L'eccezionalità non doveva, quindi, ravvisarsi nelle concessioni effettuate con queste costituzioni, ma era piuttosto la disciplina della transazione ad essere speciale rispetto a quella di altri contratti innominati, per la finalità, propria di quest'ultima, ovvero soddisfare interessi superiori rispetto a quelli in gioco: «*quod bono publico in odium litium constitutum videtur, ut esset aliquis litium finis, quam ob causam et multa alia adversus regulas communes iuris recepta sunt*» (168).

Si è seguito principalmente il pensiero di Doneau che, in effetti, si segnala per la sua icastica sistematicità, ma le medesime affermazioni si riscontrano nella dottrina maggioritaria, come rileva Hotman che, altrove meno aperto verso la contrattualità dell'istituto, in questa sede si dichiara disponibile a *confirmare vulgatam opinionem* per cui: «*notandum est [...] transactio sit contractus innominatus, cum ex praescriptis verbis actio nascatur [...] nam quoties eiusmodi gestum est, quod nomen non habet [...] aequitas tamen, utilitas, humanitas postulat, ut ex eo actio concedatur*» (169).

Né a conclusioni troppo diverse si giungeva nella penisola, dove, sul finire del secolo, il Mantica scriveva: «*nuda transactio non interposita stipulatione regulariter non parit actionem sed [...] si reus fidem servaverit, tribus remedijs adversus actorem uti potest [...] primo potest opponere exceptionem transactionis [...] secundo potest agere*

---

(167) DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, Ad L. *Si pro fundo* 33, 276.

(168) *Ibidem*. Già, comunque sul punto anche Alciato, che propendeva per la medesima eccezionalità cagionata dalla tipologia di negozio «*idque speciale in transactionibus, ut litium finis sit*» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.33 *de transactionibus*, l. *si pro fundo*, n. 4, 73).

(169) «*[...] quae quoniam utilitatis causa instituta est, utilis appellatur [...] in factum quos Imperatores hic Rem gestam interpretatur*» (HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, ad L.VI, 101).

condicione ob causam, et sic repetere quod dedit [...] tertio quia transactio est contractus innominatus potest etiam agere actione praescriptis verbis ad id, quod sua interest» (170).

#### 4.1. (*Segue*) l. sive apud acta

Cionostante, qualche contraddizione vi era e segnava, almeno in apparenza, una profonda frattura nella disciplina dell'istituto.

Erano, del resto, le stesse fonti a proporla, laddove negavano azione ad alcune composizioni amichevoli della lite (l. *cum proponas*, C. 2.3.21 e l. *sive apud acta*, C.2.4.28).

Nella prima fattispecie si trattava di divisione ereditaria.

Il richiedente, temendo l'inadempimento, si informava presso l'autorità imperiale circa il regime processuale applicabile, venendo a sapere che sarebbe stato titolare del diritto d'azione solo nell'ipotesi di consacrazione dell'accordo transattivo con la formula stipulatoria.

L'ipotesi proposta da C. 2.4.28 era del tutto analoga. Disponeva, infatti, «ex pacto nudo transactionis non oritur actio, quando transactio perfecte impleri non potest», pertanto, in caso di inadempimento, «actor revertit ad primam actionem» (171).

L'evidente disarmonia con le *constituciones* appena più sopra commentate aveva alimentato l'approccio interpretativo del diritto comune classico che, proprio dalla l. *sive apud acta* aveva tratto particolare conforto per negare l'autonomia del negozio compositivo,

(170) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, *De virtute transactionis*, Tit. VII, n. 15, 707.

(171) «quaesitum est, primum an actor redintegrare litem possit? Deinde, si pacti exceptio ei opponatur, ecquid ex eodem pacto non servato replicatione uti possit?» (HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, ad L. XXVIII, 122-123). Come a suo tempo ebbe modo di chiarire il Fulgoso «quasi lis non sit transactio perempta et mortua [...] Nota quod per actionem veterem costringitur reus ad observationem conventionis» (RAFFAELE FULGOSIO, *Commentaria in Codicem*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 1, 74v, ma si veda anche GIASON DEL MAINO, *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, nn. 3-8, 76rv).



vedendovi sancita a chiare lettere la non vincolatività della rinuncia a promuovere il giudizio e, di conseguenza, la sola natura pattizia della *transactio*.

A questa lettura si era poi accompagnata la consapevolezza del carattere eccezionale delle *constitutiones* dettate in C. 2.4.6. e 33, esclusivamente determinato dalla circostanza che, entrambe, fossero state eccepite nel corso di un giudizio (172).

Il cerchio, così, si era chiuso.

Se tale spiegazione poteva anche apparire suggestiva, le parole di Alciato, alcuni secoli dopo, stroncano nettamente questa lettura.

L'intervento del magistrato non poteva allora – né mai – suffragare la mancanza di requisiti formali (*non est fervore iudiciali pactum vestiri*) (173).

La sua autorità non poteva, infatti, incidere né sulla validità né sugli effetti della composizione amichevole della lite.

E siccome: «non est differentia quantum ad validitatem etiam quantum ad effectum, an transactio fiat apud acta, vel extra iudicium», quindi «contractus factus apud acta non magis est validus nec magis vestitur, ut producat actionem, quam si esset factus extra iudicium» (174).

D'altra parte, assumendo l'ottica opposta, e dando per scontata la natura contrattuale della convenzione in esame, risultavano inconcepibili disposizioni che frustrassero la possibilità per uno dei due di veder assolti gli impegni assunti che, per definizione, erano nati istantaneamente come vincolanti (175) per entrambe le parti («sic dicitur, cum ultra verba contractus, aliquid utrinque agitur») (176).

---

(172) Si leggeva nell'autorità giudiziale un appiglio formale sufficiente a dotare di forza cogente fattispecie che, di per sé, ne sarebbero state prive.

(173) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 4, 87.

(174) *Ibidem*.

(175) «in quo etiam re integra statim propter consensum oritur naturalis obligatio» (ALCIATO, *In Digestorum titulos Commentaria*, Comm. ad D. 50.16.19 *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *obligationem*, n. 6, 215).

(176) *Ibidem*,

«Sed cur non etiam actioni?» (177)

«Cur ex hoc pacto dicat actionem non nasci?» si domandavano con insistenza i dottori, anche quelli, come Hotman, già di per sé dubbiosi circa la qualificazione di questa complessa fattispecie (178).

Normalmente, per il diritto intermedio, la differenza fra l'azionabilità dei contratti nominati e non, fra cui i patti causali si annoveravano, era basata su presupposti diversi.

In forza dei primi: «non potest agi, quando perfecte non impleverit»; i secondi, al contrario, «ipso iure absque aliquo implemento producunt».

La *ratio diversitatis* si attestava, quindi, sul fatto che «in contractibus innominatis agitur de actione producenda, sed in contractibus nominatis agitur de actione mero iure nata defendenda» (179).

Talvolta, però, esistevano eccezioni e «quandoque non observanti, nos tamen observare iubemur» (180).

Come indurre, allora, il convenuto *frangentem fidem* a rispettare la transazione («coactive cogitur servare conventa in transactione»)?

Il ricorso all'*actio vetus*, se consentiva all'attore insoddisfatto di risolvere il problema, ne apriva un altro di ben maggiore portata: faceva sì che il nostro contratto non adempisse la propria funzione che era, appunto, quella di sostituire il regolato *ex novo* al rapporto in precedenza controverso.

Due, pertanto, erano le questioni sul tappeto: «prior caussa est, quoniam lites transactione finitae instaurari non possunt [...] Poste-

---

(177) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n.1, 87.

(178) HOTMAN, *Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, ad L. XXVIII, 124.

(179) Sul punto già a suo tempo, Giasone (*In Primam Codicis Partem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 22, 77).

(180) «hic apparet adversario, qui non observavit transactione uti concedendum est. Cum enim statim orit actio, perinde est, ac si observavisset, qui actione ad observandum compelli potest» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.3.21 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 17, 56v). Così si esprimeva tutta la teoria della causa dell'obbligazione nei contratti. Sul punto GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmatica de los juristas medievales y modernos*, pp. 167 ss.

rior, quoniam absurdum est, unicam conventionem ad contrarios effectus valere» (181).

Come uscirne?

Ed è proprio qui che si avverte il salto di prospettiva.

Se la transazione per superare il conflitto, che avrebbe potuto sfociare in una lite, creava una situazione giuridica nuova, vincolante per le parti, doveva collocarsi proprio in questo nuovo regolamento degli interessi antagonisti lo scopo perseguito dal contratto che, per ciò stesso, dava evidentemente anche luogo ad un'azione, e ad un'eccezione (182).

La prima serviva per ottenerne soddisfazione coattivamente; la seconda per respingere pretese originarie che avrebbero in qualche modo potuto richiamarsi alla situazione preesistente.

La riproposizione dell'*actio vetus*, rimedio usuale nei contratti innominati, diveniva utilizzabile solo ove non fosse stata estinta, o altrimenti superata dal nuovo assetto.

Da ciò l'atteggiamento restrittivo adottato dalla Cancelleria imperiale nelle fattispecie esplorate in C. 2.4.6 e 33 (183).

Sempre nella medesima prospettiva, potevano perciò essere letti i passi della compilazione che, presupponendo regimi diversi – in un intreccio complesso fra azione ed eccezione, tutela e difesa – avevano dimostrato una generale armonia di sottofondo, che nemmeno la l. *sive apud acta* era riuscita ad incrinare.

In conclusione: quando il nuovo regolamento concordato dalle parti non avesse avuto carattere innovativo, l'azione per ottenere l'esecuzione della transazione sarebbe stata la stessa che, originariamente, tutelava il rapporto controverso e che, successivamente, veniva chiamata a garantirne il rispetto.

---

(181) HOTMAN, *Commentarius in titt. Codicis de Pactis et Transactionibus*, ad L. XXVIII, 123.

(182) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.3.21 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 6, 35v-36.

(183) *Ibidem*, n. 19, 56v.

Quando, invece, la transazione fosse stata novativa – perché la precedente situazione era stata totalmente superata dal nuovo assetto negoziale – allora anche l'azione per l'adempimento sarebbe stata per forza diversa.

L'*actio praescriptis verbis*, nella nuova cornice, veniva a coordinarsi con l'*actio vetus*, cui necessariamente si sarebbe dovuto ricorrere, in tutte quelle ipotesi in cui la composizione convenzionale della lite non avesse causato la consunzione di detto potere propositivo (l. *sive apud acta*) (184), a prescindere dalla conclusione pattizia della transazione che, in effetti, si profilava in tutti i casi indicati (185).

Insomma: «sed quod actor directa via consequi non potest a reo, id obliqua consequetur» (186).

Tutto ciò, infatti, non significava che al contratto di transazione si dovesse negare tutela, o si dovesse negare la capacità estintiva della lite, ma, piuttosto, induceva a coniugare, in una visione sistematica più complessa, questioni che, se riguardate dalla sola ottica processuale, sembravano ancora irrisolvibili (187).

---

(184) Spiegando il contenuto e le problematiche sottese alla l. *cum mota* Alciato riassumeva efficacemente i termini della questione. «Aliter dissolvendum hunc nodum arbitramur: et idcirco in Ulpiani responso redire ad querelam licere dicimus, quoniam transactio ea nudo pacto facta erat, quapropter cum actio adhuc sublata non sit, si promissa non observerentur, poterit quisquis ille accusationem ordiri [...] at in Alexandri rescripto transactio non pacto, sed renuntiatione celebrata erat [...] Renuntiatio ipso iure actionem perimit, et hoc casu pacto longe efficacior est, ut etiam Decio videtur; nihil ergo mirum si semel sublata quaerela, ad subsidiariam praescriptis verbis actionem divertendum est: nam etiam mater ipsa si vixisset, non alio remedio potuisset uti [...] nec obstat quod Accursius opinatus est, nam falsum est, et communi calculo reprobaturt» (ALCIATO, *Paradoxorum*, V, Cap. III e Cap. VI, 42rv).

(185) LORIOT, *De iuris apicibus*, ax. LXXXVII, col 463; ax. LXXXIX, col. 464 e ax. XC, col. 465.

(186) «vetere enim actione expertus, si haec sublata non est consequetur, ut reus solvat, quae petuntur, aut promissis stare cogatur [...]» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, Ad L. *Sive*. 28., 257), ma si confronti anche Hotman (*Commentarius in titt. Codicis de Pactis et Transactionibus*, ad L. XXVIII, 124) e, per fine secolo, anche Zoes, (*Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum*, ad D. 2.15, n.49, 127).

(187) Una ricostruzione di questo complesso funzionamento si legge anche nel Kirstner, che, come di consueto, richiama l'intera dottrina dei culti francesi (CISNERUS, *Ad Titulum Pandectarum De transactionibus*, ad L. II, nn. 2-3. 11).

5. Miscellanea circa nullitatem, aut rescissionem transactionis propter varias causas

Esaurita l'analisi delle principali opinioni intorno al problema dell'operatività pratica della transazione, occorre però ora indugiare ancora un poco sulle conclusioni che, nella prospettiva qui assunta (preclusione/conservazione), sono state complessivamente ritenute più coerenti e plausibili.

Il punto di vista dell'efficacia prescelto dalla dottrina moderna conduceva infatti gli interpreti a ritenere che, quando la funzione dell'atto di privata autonomia fosse la composizione della lite, la classificazione più appropriata avrebbe dovuto ricondurre gli effetti contrattuali a piani distinti, onde evitare l'interferenza tra le vicende della *res litigiosa* (preclusa) e le vicende – mutevoli e difficilmente catalogabili – dell'accordo compositivo.

In quest'ottica, la transazione appariva come uno strumento dal contenuto estremamente versatile e composito che, isolata la vicenda fondamentale della tacitazione della controversia, risultava caratterizzata da un'efficacia dispositiva molto più ampia.

Ciò premesso, si è detto in precedenza che la designazione di un obbligo giuridico risulta comunque incompleta se manca l'indicazione del rimedio predisposto per la sua attuazione, anche in via coattiva (188).

Gli strumenti che le fonti offrivano a garanzia dell'adempimento dell'obbligo di porre fine ad una lite sembravano, però, atteggiarsi in modo diverso rispetto a quelli generalmente previsti per le obbligazioni nascenti dal contratto: la violazione dell'obbligo transattivo non avrebbe mai potuto causare una lesione diretta nella sfera patrimoniale della parte, risolvendosi semplicemente nel "legittimo" esercizio dell'azione in giudizio (189).

---

(188) «non nullum esset litium finis si a transactionibus bona fide interpositis facile posset recedi» (MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus, De virtute transactionis*, Tit. VII, n.1, 706).

(189) Per cui gli effetti sfavorevoli sarebbero stati poi rinviati all'esito della

In questo quadro, tanto articolato da far ricorrere all'espressione *miscellanea*, sia per l'indicazione delle ipotesi di invalidità, che per i relativi rimedi (190), appariva dunque chiaro alla dottrina come le forme di tutela dovessero tendere *in primis* a paralizzare l'attività della parte "inadempiente", di modo che la pace non fosse più rimessa in discussione e, solo successivamente, a suggerire una soluzione soddisfattoria – in termini economici – dell'equilibrio violato (191).

A questo scopo, come più volte sottolineato, si prestava l'*exceptio litis finitae*, la cui funzione si esplicava «non solum ad impediendum litis ingressum, sed etiam ad elidendam jurisdictionem iudicis super hac causa» (192).

Trovando origine nel piano restrospettivo (*res litigiosa*), come conseguenza dell'accordo, essa, infatti, risultava esperibile in tutte le occasioni in cui la lite giudiziale fosse insorta su questioni già definite in via amichevole.

Ma l'analisi del cosiddetto *caput controversum* (193) non poteva certo intendersi esaurita con la semplice designazione di questo risultato, ancorchè tipizzante.

---

sentenza emessa sulla base di detta domanda. Lucida, infatti, è ancora la spiegazione di Mantica, qui prescelto, in quanto portatore puntuale e attento, sia della dottrina tradizionale che della lezioni culte «quia contractus intelligitur super lite, non super re» (*Ibidem*, n. 25, 708).

(190) Si tratta dell'*incipit* dell'ultimo Titolo (VI) e dell'ultima *quaestio* (III), dedicati dal Valeron alle transazioni, *Tractatus de transactionibus*, Tit. VI, *Quaest* III, pp. 268-272.

(191) «Circa ipsius transactionis effectum quaedam notanda sunt. [...] quod causa transactione decisa, et finita non retractatur [...] deinde quod doctum est, causam transactionem finitam non rescindi [...] postremo etiam in causa sententia iudicis definita locum habet, et iureiurando decisa» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 118).

(192) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, *De virtute transactionis*, Tit. VII, nn. 6, 11, 13, 706-707.

(193) Alcuni chiarimenti autorevoli sulla c.d. "questione controversa" e sull'errore ad essa inerente vengono dalla civilistica, cfr. in particolare, M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *RDC*, XXVIII (1982), parte I, pp. 282-290; mentre per la storica differenziazione fra *caput controversum* e *non* si deve guardare al lavoro di F. Santoro Passarelli (*La transazione*, Napoli 1957, pp. 156 ss.) che, più di tutti, in ossequio anche alla disciplina del dettato napoleonico, l'ha utilizzata per trarre conseguenze in ordine alla disciplina dell'istituto. Sem-

La *transactio* come contratto faceva nascere l'obbligo di finire la lite.

Tutti i comportamenti, quindi, che direttamente, o indirettamente, fossero stati idonei a pregiudicare la stabilità del risultato raggiunto (errore, dolo, violenza o timore) avrebbero potuto costituirne una violazione e, quindi, legittimare l'azione sanzionatoria (194).

Ciononostante un'evidente incapacità, tipicamente medievale, di tratteggiare in maniera esauriente le singole forme di "invalidità" per atti giuridici esistenti (195), aveva nel tempo fatto sì che, ancora nel Cinquecento, ci si limitasse a rilevare in modo empirico le singole situazioni che, nella loro "pluriforme" valenza, caratterizzavano il fenomeno dell'inefficacia, ricorrendo, quale unico filo conduttore, a quello della "conservazione".

E', infatti, vero che le fonti giustinianee prospettavano norme e discipline eccezionali che per un verso ampliavano, ma per l'altro restringevano, il novero delle cause di invalidità e di inefficacia del nostro contratto, confermandone la struttura "anomala".

---

pre in tema, da ultimo, si vedano infine, Gitti (*L'oggetto della transazione*, pp. 270 ss.) che tende a negare la validità di tale "tautologica" distinzione, e Ruperto (*Gli atti con funzione transattiva*, pp. 307 ss.) che, invece, la riprende.

(194) L'idea di base è che «*transactio bona fide perfecta sit, eam ne hoc quidem praetextu rescindi posse [...] neque metu adversarii, neque dolo malo*» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad L. Sub pretextu instrumenti*, 147).

(195) Vi è una certa difficoltà nel delineare un assetto complessivo e convincente dell'invalidità per l'età medievale. Le elaborazioni dei giuristi romani non hanno un valore sistematico, quanto, piuttosto, analitico, volto cioè alla descrizione delle varie ipotesi di efficacia/inefficacia dei singoli atti, senza che per questo sia possibile attribuire un significato costante alle innumerevoli espressioni utilizzate per indicare negozi improduttivi di effetti (testimonianza ci viene dal lavoro del Vanzi, per cui *supra*, nt. 26). La dottrina intermedia, infatti, tende a «proporre una soluzione ermenutica flessibile che consideri il fenomeno articolato attorno al nucleo costante [...] della generica inidoneità di un atto [...] a produrre gli effetti giuridici che gli sono propri [...] secondo le aspettative dell'ordinamento». Sul punto cfr. ROSBOCH, *Invalidità e statuti medievali: Pisa, Bologna, Milano e Ivrea*, Roma 2003, pp. 27-68, spec. p. 44 da cui la citazione in testo e, dello stesso autore, *Prospettive sulle invalidità medievali*, in *RSDI*, 74 (2001), pp. 315-353, da cui la citazione in nota. Per una visione "privatistica" del tema, cfr. anche VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 73-97.



Indubbiamente, però, “la definitività della composizione”, unita alla sua autonomia rispetto alla situazione antecedente, e litigiosa, si esprimeva anche nella specifica irrilevanza dell’errore e nella generale preclusione verso tutte quelle valutazioni delle parti che potevano, o avrebbero potuto, influire sull’oggetto della lite, «quod sane intelligitur primo, ut habeat locum in transactione valida: nam quae aliquo vitio laborat, nullum habet effectum» (196).

Da questo punto di vista, il dogma dell’irrevocabilità, accettato da entrambi i partiti dottrinali – sia quello della dichiaratività che quello della costitutività – non poteva dunque che prodursi in giustificazioni ragionevoli delle eccezioni ai principi generali, nate proprio per difendere la transazione da impugnazioni pretestuose, e pentimenti tardivi, camuffati da errori (197).

Accadeva così che, secondo una ben costruita sintesi delle situazioni invalidanti prospettata dal Mantica (198), peraltro non troppo distante dalla migliore dottrina francese (199), l’inesatta rappresentazione della situazione preesistente non rilevasse, né pesasse sulla validità della transazione.

Mantica postulava, infatti, che la *causa transactionis*, consistente nel superamento della lite mediante reciproci sacrifici, non fosse in alcun modo contaminabile da fraintendimenti circa la validità del titolo in contestazione, la genuinità o l’esistenza di documenti, e la sussisten-

---

(196) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, *De virtute transactionis*, Tit. VII, n. 7, 707.

(197) Spiega, infatti, chiaramente fra i tanti Lorient: «neque principis rescripto [...] neque praetextu instrumenti, vel alterius rei post transactionem repertae, transactionem etiam sine scriptura, et secunda noctis hora facta [...] resolvi minime posse certum est. Nec refert si transigens ignorantiam iustam rei repertae allegaret» (LORIENT, *De iuris apicibus*, ax. XCII, col. 465-466).

(198) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, *De virtute transactionis*, Tit. VII, *Quibus ex causis transactio rescindi possit*, Tit. VIII e *Transactio an Et quando ob laesionem rescindi possit*, Tit. IX, 706-717.

(199) Una panoramica anche in Duaren, laddove chiarisce che: «quod det vi et effectu transactionis dictum est, locum habet, etiam si post transactionem instrumenta reperta sint, quibus possit aduersarius, se non fuisse obligatum, ostendere, e jusque rei possit fidem iudici facere» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 118).

za del giudicato laddove inerenti il *caput controversum* (*res litigiosa*) che, proprio per essere tale, veniva per l'appunto superato con il nuovo accordo amichevole (*res transacta*) (200).

Da ciò (*ex his deducitur*), pur dimostrando una certa stanchezza per l'argomentare combattivo dei *doctores moderni*, il giurista friulano inferiva che: «quamvis in contractibus innominatiss sit locus poenitentiae [...] et transactio sit contractus innominatus [...] tamen a placito transactionis recedere non licet» e, di conseguenza, deduceva: «quod transactio est ultimus terminus litis et probationum et ideo lis transactione finita sub praetextu instrumenti postea reperti resuscitari non potest [...] licet ad actorem nova instrumenta pervenerint, nihilomagus experiri potest» (201).

Era per lui di tutta evidenza che con la transazione *omnia iura* fossero *sublata* e che, quindi, «acta illius iudicii» non potessero essere allegati in altro giudizio (202).

La marginalità operativa riservata all'errore sui presupposti o motivi della transazione si giustificava, in questo quadro, solo perchè inerente a profili estranei alla causa ed all'oggetto del contratto stesso, rilevando nell'unica ipotesi in cui fosse andata ad incidere sul processo

---

(200) Infatti «error circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium et tempore transactionis nihil potest nocere» spiega il teologo spagnolo LEON CORONEL, intrattenendosi proprio sulle leggi più complesse del Codice in materia transattiva (*Commentaria in leges difficiles*, 376-379) come la *l. sub praetextu specierum* (C. 2.4.19).

(201) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus, De virtute transactionis*, Tit. VII, n. 4, 706. Ma sulla stessa linea si trova anche Doneau: «Nihil ad rem pertinet, si quis postea instrumentum reperit, caussetur se cum fidem intentionis suae expedire non posset, necessitate rerum coactum transegitse» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad L. Sub praetextu instrumenti*, 248), mentre in terra riformata, si veda Zoes il quale afferma che: «effectus transactionis est, quod obtineat vim rei iudicatae *l. non minorem Cod. h. t.* 20 idque propter bonum publicum, ut litium finis: quomodo poenitentia excluditur *l. si maior et l. quamvis* 39 C. eod. Et ne quidem sub praetextu novarum specierum repertarum rescinditur *l. sub praetextu* 19 C. eod.» (ZOES, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum juris civilis, Titulus XV, C. 2.4.*, *De transactionibus*, n. 46, 126).

(202) *Ibidem*. MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus, De virtute transactionis*, Tit. VII, n. 9, 707.

di formazione della volontà di concludere la transazione stessa («quando error est in causa finali ipsius transactionis») (203).

Assumere quale punto di snodo del problema dell'effettività la necessità di verificare i rimedi concessi per l'intervenuto dolo imponeva, però, a Mantica, anche un confronto dialettico fra gli interessi in gioco, sottoponendo a critica, rispettivamente, la rilevanza socio economica della transazione e l'interesse delle singole parti coinvolte.

Conformemente ad altri più o meno illustri colleghi (204), il Cardinale osservava, allora, come accanto alla dimensione psicologica dei contraenti, fosse altresì da valorizzare una dimensione "sociale" del negozio, quale risposta pacificatoria all'insicurezza ingenerata dall'attrito nei rapporti sociali, direttamente quantificabile in termini economici, e tale da sconsigliare comunque la rescissione degli accordi pacificatori e la ripresa delle liti (205).

E', infatti, sotto questo profilo, che Mantica sottolinea il valore della buona fede (*transactio bona fide facta praesumitur*), e constata l'irrilevanza del dolo del dante causa, ininfluyente senza prove in senso contrario (*probari debet*) sulla validità dell'atto, giustificando al tempo stesso la differenza di trattamento processuale accordata dalle fonti a seconda della provenienza del comportamento fraudolento.

---

(203) *Ibidem*, Tit. VIII, *Quibus ex causis transactio rescindi possit*, n. 28, 711. Ma si veda anche LORiot: «Tametsi ob errorem, quia ille consensum impedit rescindi transactionem rescriptum sit» (LORiot, *De iuris apicibus*, ax. XCII, coll. 465-466).

(204) Un'acuta differenziazione fra "fine" e "causa", si trova anche nello spagnolo Leon Coronel che, trattando della rescindibilità del contratto transattivo per il dolo di una parte, propende per la validità della transazione. Per quanto *imperfecta*, infatti, quest'ultima dev'essere mantenuta in vita in ossequio ad una superiore finalità pubblica, anteposta dall'ordinamento agli stessi diritti dei singoli contraenti (LEON CORONEL, *Commentaria in leges difficiles*, 372).

(205) Cfr. per tutto, ancora MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus*, *De virtute transactionis*, Tit. VIII, *Quibus ex causis transactio rescindi possit*, nn. 5-17, 709-710. Sul punto anche LORiot, *De iuris apicibus*, ax. XCII, col. 466 e: «quod de vi et effectu transactionis dictum est, locum habet etiam si post transactionem instrumenta reperta sint, quibus possit adversarius, se non fuisse obligatum, ostendere, ejusque rei possit fidem iudici facere» (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 118).

Queste, in sintesi, erano le considerazioni su cui poggiava la sua critica. Solo la restrizione delle ipotesi di annullamento alla temerarietà della pretesa aveva un significato diverso e complesso, per quanto ancora legato al profilo della meritevolezza, assunta quale strumento di riscontro della “serietà” dell’intento compositivo.

Questa specifica sanzione mirava, infatti, a colpire con l’invalidità accordi carenti *ab origine* di contestazione, ovvero di un requisito essenziale del contratto di transazione che, per tale motivo, veniva a mancare di «fundamentum et substantia» (206) e come tale *rata haberi non debeat* (207).

Si trattava, ancora una volta, in realtà, di uno snodo ermeneutico estremamente controverso, che lasciava affiorare in superficie un riconoscimento del tutto peculiare di stati soggettivi, verso i quali i *doctores iuris* sembravano recalcitranti, nel vano tentativo di imbrigliarli in confini oggettivi.

Ma la *ratio* sottesa appare comunque abbastanza chiara.

Per regola generale, poiché la transazione – come del resto ogni contratto – richiedeva per la sua conclusione *quod bona fide sit interposita*, laddove fosse stata ravvisabile una “forzatura”, sia che trattasse di *calliditas*, di *fallacia*, o di una ben più grave *machinatio ad decipiendum alterum* «transactio rata haberi non debeat» (208).

---

(206) «nam transactio proprie est transitus et recessus ab actione [...] ideo si actor est in evidenti calumnia, veluti si caret actione, transactio est nulla quia deficit fundamentum et substantia transactionis» (MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus, De virtute transactionis*, Tit. VIII, *Quibus ex causis transactio rescindi possit*, n. 12, 710).

(207) Pure Duaren si sofferma sul dolo, ma per distinguerlo dal *metus*. Il primo, infatti, a suo dire, determinerebbe la rescissione dell’accordo («transactionem metu factam ratam non habet, ita etiam dolo initam rescindit»), mentre grazie al secondo verrebbe a mancare proprio la transazione. (DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 116). Sul punto torna pure il suo famoso “allievo” (DONEYAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus, Ad L. Sub pretextu instrumenti*, 149, erroneamente indicata come pagina 249).

(208) MANTICA, *De tacitis et ambiguis transactionum conventionibus, De virtute transactionis*, Tit. VIII, *Quibus ex causis transactio rescindi possit*, n. 30, 711.

Non vi sarebbe del resto stato motivo per l'ordinamento, di mantenere in vita un contratto, laddove, dello stesso fossero venuti a mancare i requisiti essenziali.

Così come sarebbe mancato lo stimolo per assicurare efficacia alle obbligazioni ivi dedotte, se il processo di formazione della volontà degli stipulanti fosse stato, *ab origine*, viziato.

Per questo si disponeva: «ubi dolus est, consensus deficit».

Ma per lo stesso motivo (*sic*) si prescriveva anche: «metus consensus excludit [...] hinc quae vi et metu facta sunt, rescinduntur» (209).

Il problema, semmai, risiedeva nell'individuazione della “temerarietà della pretesa”, dal momento che, per sua natura, la contestazione che innescava la necessità di *transigere* (*lis proprie incipit a contestatione*) (210) tendeva a scaturire da situazioni di assoluta certezza, tali da indurre le parti prima a pretendere, e poi a resistere con più pervicacia dell'usuale, basandosi sulla solidità della posizione vantata e dell'asserita sua conformità al diritto.

Evidentemente, per non scantonare in un nonsenso tautologico, si presumeva che non ogni *pavor, conturbatio et trepidatio mentis* (211) integrasse l'ipotesi, invalidante per la transazione, della lite temeraria: «nec tamen quilibet metus ad rescindendam ea quae consensu terminata sunt sufficit» (212).

Ma allora, di quale portata doveva essere il timore per arrivare a far cadere l'accordo compositivo?

Allo scopo pareva soccorrere il disposto di D. 12.6.65. §1 (*l. in summa*) che, affrontando il difficile problema dell'incidenza sulla libertà di contrattazione della pretesa calunniosa (213), spiegava che la *lis calumniosa*, in realtà, *litis nomen non meretur* (214).

(209) BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. 3, n. 105, 149.

(210) Cfr. ISAMBERT, *Dialogi duo De transactionibus apud Pandectas*, Dial. I, *Transactio generaliter sit de re dubia, et incerta* [...], 19 e per la differenza fra lite e contestazione, BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. 3, n. 4, 41.

(211) *Ibidem*, cap. 3, n. 105, 149.

(212) *Ibidem*, cap. 3, n. 108, 153. Le stesse parole le ritroviamo però anche oltralpe, per tutti cfr. DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, *De transactionibus*, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 116.

(213) F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la responsabilità processuale nel-*

Questo passo, che sanciva la ripetibilità dei beni dotali *transactionis causa*, qualora fosse intervenuta *calumnia* (215), disponeva una volta di più come la concessione effettuata dovesse trovare la propria causa in quella che era reciprocamente offerta e realizzata (*mutuum factum obligatorium*), in difetto avendosi solo un atto di natura remissoria e gratuita che non integrava gli estremi della fattispecie contrattuale in esame.

Era, insomma, assolutamente irrilevante chi avesse avanzato la pretesa temeraria.

Mentre, infatti, il dolo era un vizio della transazione, che ne generava una grave forma di invalidità (216); la temerarietà della pretesa, così come la stessa infondatezza della *lis*, escludevano il giustificato timore di un processo, facendo venire meno un requisito essenziale del contratto.

Quest'ultimo, se stipulato, non sarebbe stato quindi nè nullo, nè invalido, semplicemente non sarebbe stato una transazione, poiché si sarebbe interrotto quel nesso eziologico che doveva esistere fra incertezza/contestazione e lite.

«Voluntas quamvis coacta, voluntas tamen est» scriveva Duaren: per cui una sopravvalutazione del timore avrebbe accentuato eccessivamente l'importanza che l'ordinamento poteva, e doveva, conferire ad uno stato soggettivo prodromico rispetto a quello oggettivo: il timore della lite temeraria, rispetto alla lite temeraria stessa.

In quest'ottica, non era in gioco il riconoscimento di un valore giuridico a quello stadio di sollecitudine che precede l'inizio di ogni vertenza possibile, ma la possibile sussistenza della lite.

---

la dottrina medievale, in *Educazione giuridica* II, 2, pp. 167-203 e EAD., *L'abuso del processo. Presupposti storici*, Padova, 2000.

(214) VALERON, *De transactionibus*, pp. 40-41, n. 4.

(215) D. 12.6.65. (*Paulus lib. 17 ad Plautium*) *de conductio indebiti*, l. in *summa* § 1: *Sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur*. La medesima *ratio iuris* si legge anche in C. 2.4.12 *de transactionibus*, l. *praeses provinciae*.

(216) Normalmente il dolo è motivo di nullità dei contratti di buona fede, mentre nel caso di *contractus stricti iuris* solo di annullabilità, cfr. in merito già GIASON DEL MAINO, *Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria* cit, Comm. ad D. 12. 6. 65 *de conductio indebiti*, l. in *summa*, f. 163v, n. 4.

L'ingiustizia della pretesa e della domanda, quindi, per regola non inficiavano né la transazione, né la sentenza, a meno che il litigante temerario non fosse riuscito a far penetrare la sua malizia nel contratto: solo allora venivano in soccorso i noti rimedi contro i vizi della volontà, ma nulla di più.

Giuffrè Editore



## CONCLUSIONI

Le problematiche sollevate e affrontate, gli spunti di riflessione ora scavati, ora necessariamente solo accennati, impongono, pur nella consapevolezza di trovarsi di fronte ad uno studio ancora *in itinere*, di formulare alcune osservazioni di sintesi. Se da un lato, infatti, l'indagine sulla dottrina moderna rappresenta un irrinunciabile punto di avvio per ulteriori approfondimenti, certamente ancora possibili, dall'altro, consente di trarre già qualche prima considerazione.

Nel medioevo vi sono stati diversi “cicli di rafforzamento” dell'istituto, per usare una felice espressione di Giuliana D'Amelio (1). Tali periodi hanno per lo più coinciso con la tendenza a ridurre la distanza fra accertamento e transazione, fra negozio e giudizio, facendo della nostra convenzione una figura di ‘cerniera’.

Rispetto a questo andamento, la riflessione cinquecentesca trasferisce il piano del dibattito da quello processuale a quello sostanziale. Supera le questioni legate alle due possibili modalità di conclusione dell'accordo compositivo (*pactum* o *aquiliana stipulatio*) e si concentra sulla causa del vincolo, quella *ratio concordiae* che ne giustifica ed impone, al tempo stesso, l'obbligatorietà affinché esso tenga per sempre.

Nella letteratura umanistica, infatti, la *transactio* tende ad assumere la veste che le sarà poi propria nella sistematica codicistica. Prende le distanze dai molteplici significati della forma verbale astratta (*transigere*); si libera da quel complesso meccanismo di vincoli e interdizioni tipici della tradizione intermedia, per godere, finalmente, di

---

(1) D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 1.

una crescente autonomia quale figura contrattuale dotata di una dignità giuridica propria.

Quella che si avvia, dunque, è un'operazione preliminare di chiarificazione: centrale è il problema della riorganizzazione del *praedictamentum contractuum* (2), in ragione del significato da attribuire al sinallagma - concetto di cui la tradizione medievale era stata privata -, ma non lo è meno la precisazione della struttura della *transactio*.

Quest'ultima, infatti, esorbitando dai normali schemi negoziali, offriva spunti significativi per delineare meglio la dicotomia fra profili formali, rappresentati dalla *stipulatio*, e consensuali, incarnati dal *pactum*, entrambi proposti come possibili strumenti per la sua costituzione (3).

I primi legisti bolognesi avevano già a lungo discusso dell'ampiezza e degli effetti della fattispecie: erano così arrivati a negarle dignità contrattuale come regola, e a conferirle una propria natura istituzionale, limitatamente a determinati contesti, quale eccezione (4).

I quesiti legati all'essenza del *transigere* nell'esperienza giuridica dei glossatori prima, e dei commentatori poi, sostanzialmente i mede-

---

(2) «Contractum autem ultro citroque obligationem esse, quod Graeci sinallagma vocant» (BUDÉ, *Annotationes reliquae, Altera editio annotationum*, 250).

(3) D. 2.15.2 (Ulp. 74 ad Ed.) *Transactum accipere quis potest non solum, si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum*. Per una lettura del passo, cfr. DUAREN, *Opera omnia*, Vol. I, Caput III, *Quomodo fiat transactio*, 117.

(4) Si avverte, in realtà, nei testi della Scuola bolognese, la difficoltà a passare dalla percezione del fenomeno nella sua vera identità, che a tratti pure affiora, ad una realtà istituzionale più corposa. Manca una consapevole qualificazione contrattuale a favore di un meno difficile inserimento nella più ampia ed indistinta *species* dei *pacta*. E per quanto la convenzione sembri rientrare nello schema “*do ut des, ut hoc remittere sit dare*” e talvolta appaia il lemma *contractus*, la transazione rimane “*pactum simplex ex quo non datur actio actori*”. Essa rappresenta, infatti, una tipologia di patto, non gratuito caratterizzato dall'iniquità, che si giustifica per il fine superiore perseguito (*odium litis*). Nemmeno per chi la legge come *facio ut des*, essa appare un contratto perché «*quamvis enim sit ibi facio ut des quia a lite discedo ut des X [...] tamen quia non est certum aliquid tibi ex meo facto [...] dicimus neque civilem praescriptis verbis neque praetoriam de dolo oriri debere*» (ROGERIO, *Summa Codicis*, Tit. *De transactionibus*, 68a-b). Per maggiori riferimenti si rinvia *supra*, Cap. I, § 2., pp. 21 e ss.

simi, erano stati legati così a due aspetti: la mancanza di una prestazione che potesse dirsi caratteristica, ovvero l'esecuzione di un *opus* dietro corrispettivo che fosse riconoscibile ed identificabile a priori solo per il nostro tipo di accordo, e l'impossibilità di ravvisare un perpetuo e definitivo *discedere* dalla lite (5).

Incapaci di metabolizzare e tradurre in un sapere positivo il reale dettato dei testi della compilazione giustiniana, nell'erronea convinzione che i primi due frammenti del Titolo *de transactionibus* (D.15) potessero contenere una completa ed esaustiva delimitazione dei confini e del fondamento dell'intero arco semantico del *transigere*, Piacentino (6), Azzone (7) e poi Accursio (8) avevano quindi ripiegato su valori mutuati dalla tradizione. Avevano così affermato che *qui transigit* «non adimplet contractum ex sua parte» (9), poiché ciò che fosse stato rimesso oggi si sarebbe potuto richiedere domani (10).

Un tentativo di configurare il cambiamento, pur all'insegna della

---

(5) Cfr. per *supra* Cap. I, pp. 24 e 112 e ss., più in dettaglio Cap. III, pp. 244.

(6) «transactio inquam (ut dictum est) cum sit nudum pactum neque contractus est, neque quasi contractus: immo ut certiore rationem sequamur, magis proprie distractus est, nec enim qui transigit dissimilis est ei qui solvit» (PIACENTINO, *In Codicis, De transactionibus*, tit. IIII, 50)

(7) «transactio est de re dubia et lite incerta neque finita non gratuita pactio» (AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, 26).

(8) Il negozio contrattuale era posto da Accursio in netta contrapposizione con quello transattivo: l'uno come generatore di obbligazioni, l'altro come mezzo per la loro estinzione. Scrive, infatti: «negotii contrahendi, obligationis constituendae; vel transigendae obligationis tollendae. Sed hoc est pactum» (ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus, gl. contrahendi transigendique*, D. 2.14.1.3 *de pactis, l. huius edicti, § conventionis*, 37a).

(9) *Dissensiones dominorum, l. sive apud acta*, pp. 263-264, *supra* Cap. I, p. 22.

(10) La assoggettavano così al medesimo regime dettato per l'osservanza dei patti: l'adempimento era garantito dalla *fides*, dall'*arbitrium* e dall'*auctoritas*. Si escludeva ogni azionabilità in giudizio («dicimus neque civilem praescriptis verbis, neque pretoriam de dolo oriri debere»); in assenza di elementi esterni a rafforzare l'accordo transattivo, la tutela era data solo in via di eccezione («his rationibus cessantibus, ex pacto transactionis dabitur exceptio»). La motivazione (*est ratio quia*) risiedeva nel fatto che normalmente «actori superest vetus actio ad quam redire potest» (AZZONE, *Summa super Codicem*, Lib. II, *De transactionibus*, C. 2.4, *De transactionibus*, 27); ma si veda anche ODOFREDO, *Matura .... Interpretatio, De transactionibus Rubrica*, l. *qui transigit*, nn. 1-4, 92.

continuità, si avverte nella qualificazione quale contratto innominato proposta per la transazione da Bartolo e sposata da Baldo (11).

Si tratta, tuttavia, solo di velleitari tentativi di ammodernamento, che tradiscono forti legami con il passato, ancora assai saldi, se il grande giurista perugino arriva alla conclusione: «ex transactione non agi [...] Valet ut nudum pactum [...] quia non habemus totalem impletionem, non habemus debitum vestimentum, nec sufficientem materiam ad actionem» (12).

Nel Quattrocento, invece, si colgono i primi sintomi di aggiornamento degli strumenti ermeneutici da parte di alcuni giuristi particolarmente impegnati nel tradurre in un sapere positivo le grandi trasformazioni socio-economiche che andavano profilandosi.

Non vi è, ovviamente, un improvvisa apparizione della transazione/contratto, ma questa *conventio non gratuita* (13), che sino ad allora era stata semplicemente configurata come lo strumento destinato alla rimozione della lite giudiziale - ovvero, il più idoneo alla sua

---

(11) Come già anticipato, un esplicito riconoscimento della *natura contractus* per la *transactio* si era evidenziato con Bartolo, senza tuttavia che da tale qualificazione – per lo più legata all’attribuzione di un *nomen* – fosse scaturita una rinnovata interpretazione dell’istituto. Più consapevole era stata poi la riflessione di Baldo, ma si era trattato pur sempre di intuizioni, e non di meditata dottrina. Cfr. per i riferimenti ai passi: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.28 *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, 65r-v ed, inoltre, *Commentaria super Primam Digesti Veteris*, Comm. ad D. 2.14.1.3 *de pactis*, l. *huius edicti*, § *conventionis*, 85 e BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros Commentaria*, Comm. ad C. 2.4.28. *de transactionibus*, l. *sive apud acta*, n. 13, 125. (In proposito *supra*, Cap. I, pp. 24 ss.).

(12) «quaerit hic numquid transactio si sit contractus innominatus? glossa videtur dicere quod non. [...] Bartolus dicit quod tunc incipit esse contractus quando impletur conditio, quod non est verum quia semper transactio sive pura sive conditionalis est contractus innominatus» (*Ibidem*, n. 13, 125). Ma altrove, poi, torna sui suoi passi: «iste autem finis numquam habitur perfecte quia licet non petatur hodie, tamen poterit peti cras, vel alio tempore quia non habemus totalem impletionem non habemus debitum vestitum, nec sufficientem materiam ad actionem producendam» (*Ivi*, n. 4, 124v).

(13) GIASON DEL MAINO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria* Comm ad D. 2.12.2 *de iureiurando*, l. *iusiurandum*, n. 1, 56. (In proposito *supra* Cap. I, nt. 70, p. 39).

stessa prevenzione - diviene per Giasone «*actum hincinde obligatorium*» (14).

Nelle pagine del maestro milanese non si trova più la ricostruzione di una fattispecie unilaterale, ma di una *respectiva remissio* in cui «qui per transactionem ius quod habet sic remittit ut illud aliquo vicissim dato compenset» (15).

E se il ragionamento sugli schemi tradizionali consente al Maino di qualificare la composizione amichevole ed onerosa della lite un vero e proprio *contractus* con cui le parti risolvono in via definitiva il conflitto (*vi et auctoritate inviolabilis*), evitando il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, è Filippo Decio che, dopo aver sottoposto la partizione dei negozi *contrahendi transigendique causa* (16) al vaglio di tematiche privatistiche più ampie, ne sostiene addirittura la tipicità (*nominatus*) (17).

Ma sono ancora felici intuizioni precorritrici.

Solo nel XVI secolo l'approccio storico-filologico appare, nella variegata esposizione dei maestri del cultismo transalpino, più limpido, in grado di superare il metodo tradizionale e di individuare le maggiori debolezze dell'istituto.

Nella persistente ricerca di una risposta alla domanda «*qualisnam contractus est transactio*» (18), i numerosi dubbi sul modo di

---

(14) *Ibidem*, Comm. ad D. 12. 6. 23 *de conductio indebiti*, l. *eleganter*, n. 2, 139.

(15) VALERON, *De transactionibus*, n. 25, 11.

(16) Il plurale, inopinatamente utilizzato nell'intestazione del titolo del Digesto giustiniano (*de transactionibus*) evidenzia chiaramente come il diritto romano facesse riferimento ad una somma di azioni, senza essere in grado di ravvedere, dietro ad esse, l'unitarietà del fenomeno. Per un chiarimento circa il ruolo dei passi "definitivi", ancora *supra* Cap. 1, pp. 15-19.

(17) «Nota quod transactio non est contractus nominatus quare actionem non producit iuxta l. iuris gentium [...] et ita tenet Bartolus. Moderni hic respondent quod ista inductio non est bona» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.3.2 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 1, 165).

(18) «cum transactio semper contractus innominati species sit cum ultro citroque obligationem inhueat, iurisque vinculo cum alliget, qui solum de facto forte inquietabatur et ideo proprie contractus est, improprie vero ratione solius iudicii distractus est: immo quandoque transactio solius obligationis, nam autem liberationis causa sit»

concludere l'accordo sollecitano la necessità di un dibattito sui tipi contrattuali, che involge problemi esorbitanti dalla semplice qualificazione del nostro negozio.

Anche la ricostruzione del regime processuale della transazione e l'elaborazione in un quadro dinamico del reciproco atteggiarsi dei rimedi per la sua azionabilità erano passaggi cui la dottrina non poteva sottrarsi.

La riflessione sul «Cur non actio?» testimonia infatti il tentativo, peraltro non sempre riuscito, di una costruzione dogmatica di problemi sino ad allora affidati all'analisi casistica.

Era del resto ormai evidente che l'essenza dei negozi atipici riguardasse due differenti profili, posti su piani diversi: quello dell'ammissibilità e tutelabilità dell'operazione economico-giuridica, da un lato e, quello della disciplina applicabile al rapporto, dall'altro.

Mentre, però, questo secondo aspetto si incentrava sul problema della qualificazione, non altrettanto poteva dirsi per il primo, che, in qualità di accertamento preliminare della giustificazione del vincolo obbligatorio (*causa*), puntava a valutare se la fattispecie potesse essere, o no, diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Sul piano teorico, la nozione fornita dai *Digesta* non individuava un tipo contrattuale per la *transactio* in base al contenuto di una o entrambe le prestazioni (19), ma descriveva piuttosto una funzione assol-

---

(ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.39 *de transactionibus*, l. *quamvis*, n. 4, 93). Si trattava, comunque, di un interrogativo frequente, perché involgeva tutto il complesso discorso su patti e contratti, oltre che la loro relazione fra genere e specie. Su tutto cfr. CUJAS, *Codex Iustinianus ... recitationes solemnes, Commentaria in Tit III. de pactis, Lib. II Codicis*, col. 25 C («quid enim est transactio? Pactum, quod fit inter duos pluresve, negotii, vel litis decidendae causa») e col. 26 C («transactio tamen nuda voluntate perficitur: duo igitur sunt remissionum genera, donatio, et transactio»).

(19) Secondo la critica romanistica la transazione sarebbe stata costruita concettualmente come contratto a partire da D. 20.2.10 *De in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*, l. *Tutoris* in cui il rapporto *transactio-contractus* rappresenterebbe una relazione genere a specie (A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., pp. 171e ss.). Ma, nei fatti, le fonti si esprimono talvolta in un senso, talvolta nell'altro. In termini di *pactum transactionis* in: C. 2.4 *de transactionibus*, 15 l. *ut responsum*; 17 l. *cum proponas*; 19 l. *sub praetextu*; 28 l. *sive apud acta*; 30 l. *quamvis*; 31 l. *si de certa re*;

vibile da qualsiasi prestazione di cui le parti avessero disponibilità: finire una lite già incominciata o, eventualmente, prevenirne una che potesse sorgere (*remedium dirimendarum litium*) (20).

Su quello pratico, invece, l'ormai pacifica qualificazione della transazione come contratto innominato (*Doctores voluerunt illam contractum innominatum esse [...]*) (21) non consentiva più da tempo di considerarla esclusivamente una causa generica di attribuzione patrimoniale.

La *causa transactionis* era ormai perfettamente determinata ed assai circostanziata (22).

La parziale rinuncia alla propria pretesa ed il correlativo riconoscimento ad una simmetrica prestazione della controparte conformavano pienamente, agli occhi degli umanisti, la situazione sostanziale, attuandone la disposizione.

Era la funzione dell'istituto a far ritenere preferibile un'interpretazione non restrittiva, poiché il suo valore risiedeva proprio nella capa-

33 l. *profundo*; 38 l. *transactio*, in D. 2.15 *de transactionibus*, 2 l. *transactum*; 15 l. *pacto*, in D. 2.14.35 *de pactis*, § *conventionis*, in D. 5.2.73 *de inofficioso testamento*, l. *in quantitate* ed in D. 35.2.5 *ad legem falcidiam*, l. 5. Come *contractus* in: C. 2.4 *de transactionibus*, 2 l. *cum te*; 5 l. *cum te transegisse*; C. 2.19.7 *de his quae vi*, l. *si donationis*, C. 4.21.1 *de fide instrumentorum*, l. *debitores*.

(20) Cap. I, pp. 40 e ss.

(21) Il concetto era già chiaro nel Quattrocento. Per Fulgosio e Maino, non vi era dubbio che si trattasse di fattispecie innominata, sia perché non aveva un proprio nome distintivo («quare non assumit sibi proprium nomen speciale, sed remanet in nomine sui generis»), sia perché non era in grado di fornire un'azione specifica («quia tunc exceptionem tamen parit, nisi vestiatur implemento iustae cause»). Cfr. RAFFAELE FULGOSIO, *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Comm. ad D. 12. 2. 1 *de iureiurando*, l. *Maximum*, n. 4, 21v e GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Comm. ad D. 2.14.1 *de pactis*, l. *iurisgentium*, n. 1, 146v. Decio, e poi Alciato, invece, pur non arrivando ancora alla formulazione di una soluzione radicalmente innovativa, avevano sollevato con insistenza dubbi circa il fatto che la nostra convenzione potesse annoverarsi fra le fattispecie tipiche. Per i testi cfr. FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.3.2 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 1, 165 e ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4. *De transactionibus, pactum*, n. 6, 68v. Insomma, nel complesso, si trattava di una *vexata quaestio* le cui ombre lunghe si risentivano in tutta Europa.

(22) Specifico rilievo al tema della causa nel contratto in genere e nella transazione in specie, *supra* Cap. II, § 3.2, spec. pp. 179 e ss.



cità di adeguarsi ad ogni contestazione giuridica che per il tramite delle concessioni vicendevolmente pattuite superava, *ratione concordiae*, la lite fra i contraenti.

Ma il vero momento innovativo, per gli esponenti del mondo transalpino, si colloca tutto nell'attribuzione al concetto di *contractus* di una nuova consapevolezza (23).

Al centro della discussione dottrinale non vi è più la partizione fra contratti nominati e non. L'attitudine sintetica, frutto della logica ramista imperante in quegli anni, imponeva di ricercare un "tipo legale", che si esprimesse in qualità di *verbum generale* «suo ambitu complectens commercium omne ac negotium, quodcumque inter homines contrahitur» (24).

Di fronte alla fissità del sistema, l'opera condotta dalla Scuola di Bourges si produceva così nella ridefinizione di uno schema oggettivo, caratterizzato dalla presenza del *συνάλλαγμα*, da utilizzare quale canone di interpretazione di fattispecie tipiche, e quale strumento di ricatalogazione per quelle atipiche, entrambe unificate sotto il segno del *contrahere* (25).

In questa procedura, la *conventio transactionis* era dunque coinvolta a pieno titolo, oscillando fra le tesi estremiste e, tutto sommato isolate, di Coras e Forcadel, che la volevano addirittura quale fattispe-

---

(23) D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, p. 123; BIROCCHI, *Notazioni sul contratto*, p. 646 e PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, p. 215 nt. 4. Utile, infine, un richiamo anche a G. ROSSI, *Dai contratti al contratto: giuristi al lavoro alle soglie dell'età moderna*, in *QF*, XXVII (1998), pp. 517-535.

(24) Cfr. DUAREN, *Opera Omnia*, vol. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Caput VIII, *De foro competenti, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 306 e *De pactis*, Caput I, *Quid sit Pactum*, 68 o, ancora, per un'esegesi testuale più profonda Caput I, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 82-83 e 85.

(25) Tale *genus*, infatti, perché potesse essere il presupposto della qualificazione, come contratti, di strutture negoziali diverse, doveva necessariamente avere precise connotazioni, senza ridursi ad un concetto meramente descrittivo di tutti i dettagli di un preciso istituto, nella cui raffigurazione andasse totalmente ad esaurirsi. Doveva, in altre parole, rappresentare una nozione minima, in grado di fissare una struttura comune, svincolata dai vecchi *status*, che facesse della libera contrattazione dei singoli la migliore espressione di sovranità sulla propria sfera giuridica. Cfr. Cap. II, pp. 160 e ss.

cie nominata (26), e le più corpose schematizzazioni proposte da Alciato e Connan, che puntavano invece a vagliarne l'efficacia preclusiva, in ragione del superamento della *res litigiosa* con l'accordo di pace.

L'idea di fondo, che sorreggeva tutta l'articolata impalcatura sistematica era diretta da un lato, a stabilizzare e tutelare fattispecie innominate – come la transazione – al di fuori del raffronto con i “tipi”, e, dall'altro, a leggere nella causa lo strumento per fare tutto ciò.

In questa rappresentazione, era indifferente la tipologia di riferimento per l'accordo compositivo, potendosi talora qualificare come *facio ut facias* (27), talaltra come *facio ut des* o, *non raro*, come *do ut facias* (28), mentre un'effettiva importanza era attribuita alla corrispettività fra i sacrifici, cui l'ordinamento riconnetteva l'efficacia vincolante (29).

Secondo le tesi di Loriot (30), sposate appieno anche fuori dai confini francesi da Giulio Pace ed Heinrich Bocer (31), il *favor litium dirimendarum* sintetizzava il reale motivo dell'affermazione della contrattualità della transazione.

La sua natura di *conventio quae causam habet* (32) ne sanciva l'azionabilità, ponendosi come giustificazione alle limitatissime ed eccezionali possibilità di invalidazione.

---

(26) CORAS, *Miscellaneorum iuris civilis*, Lib. I, Cap. XXIII, n. 6, 71; FORCADEL, *Necymantia iurisperiti, obs.* XLVI, dial. 4, 3.

(27) Cap. II, pp. 182 e ss.

(28) ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus, pactum*, n. 6, 68v. I rapporti tra consenso e contratto nella dottrina di Alciato – e dei culti in generale – sono stati fatti oggetto di grande attenzione dalla storiografia. Cfr. *Spunti sul consenso*, p. 209 e ID., *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti*, pp. 215-219.

(29) L'interesse di Alciato si appuntava sullo “scambio” (*commercial/συνάλλαγμα* secondo la testimonianza del Budé) inteso, quest'ultimo, in senso lato: ovvero realizzabile tanto sul piano delle obbligazioni, quanto su quello delle prestazioni (Cap. II, pp. 180 e ss.). Il richiamo alla “negozialità” come vedremo è comunque una costante, cfr. fra i molti, ancora, LORIOU, *De iuris apicibus*, ax. LXXX, col. 460.

(30) «*transactionem neque nominatum neque innominatum contractum esse, sed potius, quoniam negotium diffinit*» (LORIOU, *De iuris apicibus*, ax. LXXX, col. 460)

(31) BOCER, *Commentarius in l. Contractus, 23 ff. de regulis iuris*.

(32) Cap. I, p. 47 e ss.

Poche decise battute erano state sufficienti per disegnare un nuovo e più scarno schema del contratto, che anche lo studio della transazione aveva contribuito ad arricchire.

La lunga trama del significato più antico del verbo si poteva ora cogliere nel senso di “portare a compimento” (33). Il filone più recente del sostantivo *transactio*, invece, veniva stabilmente ricondotto alle operazioni concretamente poste in essere allo scopo di concludere l'accordo, ovvero alla convenzione contrattuale sottesa ai comportamenti esecutivi delle parti (*communicatio*), che diveniva vincolante tramite la prestazione efficacemente effettuata da una delle due (34).

Ovviamente il Cinquecento è un secolo travagliato, e fortemente disomogeneo è il suo panorama dottrinale: a differenti latitudini i risultati sono quindi sensibilmente diversi, ma il processo di revisione dell'istituto non subisce reali battute d'arresto che possano tradire un difetto di comprensione storica.

In controtendenza con l'ambiente transalpino, il *mos italicus* proseguirà ad elaborare *fallentiae* all'inesigibilità del patto, operando sulle categorie dei *vestimenta* o, al più, forzando le eccezioni di natura processuale, derivanti dal foro mercantile o canonico, per garantire comunque una soddisfazione agli obblighi transattivi inadempiti (35).

L'intenso studio sul contratto svolto dai teologi della Seconda Scolastica ha il merito di risolvere alla radice l'intera questione dell'azionabilità dei patti grazie anche ad una normativa chiara (36), alla base, nel Seicento, della migliore ed insuperata trattatistica in materia.

Maggiori problemi erano destati, invece, ancora in quegli anni, dal sovrapporsi, per alcuni, del *transigere* sul *decidere* (37).

---

(33) «peragere, transire [...] unde transigere aestatem [...] sic et transigere aevum, transigere diem» (ALCIATO, *Digestorum titulos aliquot Commentaria*, Tomi III, pars II, Comm. ad D. 50.1.229, *de verborum significatione*, spec. l. *transacta*, lex CCXXIX, nn. 1-2, 281).

(34) Cap. II, pp. 188 e ss.

(35) Cap. II, pp. 145 e ss.

(36) Cap. II, nt. 90.

(37) Si allude, in particolare, a Hotman e Cujas, per cui cfr. *supra* Cap. I, pp. 63 e ss e 103-104.

Benché, infatti, sembrasse evidente ai più che l'intento di *transigere* non fosse quello di accertare una fedele e puntuale conoscenza della realtà contestata dalla quale, anzi, si arrivava a prescindere, vi era ancora chi sosteneva la natura accertativa della transazione, vera mediazione «inter totum et nihil» (38).

Per costoro - ed in prima fila troviamo Hotman e Cujas - la funzione del negozio compositivo diveniva quella di eliminare una situazione dubbia, in merito alla quale le parti concordano, ma né conoscono, né possono prevedere, l'esito.

Una disputa ovviamente teorica, questa, ma che nella chiara individuazione del presupposto dell'incertezza (*res dubia*) e nella difforme ampiezza di quell'*aliud incertitudinis genus*, che prescinde dalla contestazione, poteva far vacillare la struttura contrattuale dell'*amicabilis compositio* non più a beneficio di una sottocategoria pattizia, quanto piuttosto a favore di un sua sussunzione nella più vasta categoria dei negozi regolamentari, destinata ad un grande successo nella dottrina olandese del secolo successivo.

Risulta, infatti, mortificato l'aspetto conciliativo dall'assimilazione della convenzione al negozio di accertamento: le parti non addiungono all'accordo transattivo per chiarire ciò che non sanno, né per accertare quello che è fra loro incerto, ma per sopire quei contrasti che nascono, o potrebbero nascere, dalla pretestuosa esistenza di istanze antagoniste.

Si snatura, invece, la qualificazione contrattuale con il sottolineare l'attitudine novativa dell'accordo.

In realtà, dall'analisi dell'opera di Doneau, che forse più di altri ha approfondito il momento causale della transazione, si evince come fosse un'eventualità piuttosto remota, ed ininfluyente sull'efficacia tipica del contratto, la conformità della situazione uscita dalla transazione a quella preesistente contestata.

---

(38) Per i passi ed i richiami si veda: HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas, De transactionibus*, n. 3g, 82 e n. 4, 83-84; *Disputatio De transactionibus*, n. 4, 645.

Le parti, secondo il giurista ugonotto, accoglievano la configurazione del rapporto nascente dalle singole prospettazioni solo nel momento in cui, accettando di transigere, creavano la nuova “regola”.

Questo rilievo, che dava una volta per tutte ragione dell’incapacità dei privati di formulare giudizi intorno alla qualificazione dei loro contegni, e proibiva di dare al rapporto preesistente un’intelligenza diversa da quanto fra costoro convenuto, aveva infatti il pregio di fissare per sempre il diritto transatto, ponendolo fuori contestazione in base alla nota formula: “*Instaurari decisam litem prohibent iura*” (39).

Pur senza dar compiutamente conto della vastità della polemica ermeneutica svolta dalla giurisprudenza più risalente, ed in buona misura commista con quella intorno alla consistenza ed al valore della *res dubia*, per Doneau, interprete della corrente dottrina maggioritaria in area culta, era ormai pacifico che con l’instaurarsi della lite la situazione venisse coperta e non con la sua definizione.

L’attualità o potenzialità del contrasto era di per sé causa sufficiente a validare e giustificare la reciprocità delle concessioni patrimoniali. Ogni altra questione degradava nell’irrelevanza giuridica, o nella ripetitività di un predicato, che, in assenza di contrapposizione di interessi, restava privo di efficacia causale, potendo dar tuttavia vita a rapporti di natura diversa rispetto alla transazione.

Sono, infatti, le pretese che si contrappongono e non, invece, l’accertamento della loro fondatezza a costituire l’oggetto dell’indagine. La causa transattiva non risponde alla necessità di iden-

---

(39) L’attitudine ad innovare, cioè la dispositività nella transazione si esterna nel più intenso effetto di plasmare il rapporto controverso senza il tramite dell’obbligazione, precludendo in via definitiva, a mezzo *dell’exceptio rei per transactionem finitae*, la possibilità di accamparne una consistenza diversa da quella risultante dall’accordo e comportando, di conseguenza, l’eventualità di un sacrificio patrimoniale gravante su entrambi i contraenti. Per una più specifica trattazione dell’effetto preclusivo tipico del negozio transattivo, in concorso con il quadro delle condizioni di azionabilità *in foro pragmatici* si veda, infine, Cap. III, pp. 203 e ss., spec. BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *De vi effectu et potestate transactionis*, Cap. *Postremum*.

tificare chi abbia torto o ragione, bensì all'esigenza di pacificazione fra soggetti antagonisti (40), consacrando così il carattere irrevocabile della rinuncia.

Delicata, ed ancora aperta, era infine la questione «de vi, effectum et potestate transactionis» (41).

Il riferimento alla conservazione, unitamente alla possibilità di concludere transazioni con antiche e privilegiate caratteristiche civilistiche, conduceva i giuristi moderni a non mettere più in discussione l'accordo validamente concluso, quanto piuttosto a vagliarne l'efficacia preclusiva (42).

Del resto, una ragionevole convenienza economica era quella che muoveva gli scambi e, quindi, i contratti, al contrario delle promesse, dovevano per forza rispettare la proporzione fra *lucrum et damnum*, oltre che avere la forza per imporsi alla parte renitente (*ad cogendum eos qui nollent parere*) (43).

L'analisi delle motivazioni contro l'utilizzo di rimedi volti a ridiscutere il transatto non si appuntava, quindi, su ragioni di incompati-

(40) Questa considerazione rafforzava, tra l'altro, il convincimento della totale infondatezza della tesi di una possibile transazione senza lite. Anche nell'ipotesi di *timor litis* – condizione da alcuni considerata di mera incertezza – si attuava, infatti, un conflitto che, al pari di qualsiasi altro, era superabile attraverso il ricorso alle concessioni reciproche.

(41) BORCHOLTEN, *Commentaria in illustrem titulum*, Cap. III, *De vi effectum et potestate transactionis*, Cap. *Postremum*, n. 1, 185.

(42) Si riporta, fra tutte, la lezione di Doneau, che non solo ritiene la forza della transazione «similia fere hic omnia, vel potius eadem, quae in caeteris conventionibus», ma sottolinea, in pari tempo, anche la necessità di salvaguardarne il dettato (*servari eam generaliter*) cosicché *transactiones bona fide interpositas rescindi non posse*. Per i riferimenti ai passi citati, cfr. DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, 180; mentre per le due forme costitutive dell'accordo, cfr. 182-183. Sul concetto di buona fede, nelle fonti cinquecentesche, utile, pare invece il confronto con Brisson: «bona fides legem contractus servari exposcit [...] Bona fides exigit, ut quod convenit fiat [...] nec quicquam magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est» (BRISSEAU, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*, Lib. III, 77-80, spec. 80).

(43) Connan è molto chiaro in proposito: «cum ergo eos qui opus essent ad eum usum contractus [...] dederunt ipsis obligationis robur, ut se satis haberent virium ad cogendum eos qui nollent parere» (*Commentariorum juris civilis*, Lib. I, Cap. VI, n.12, 22a).

bilità logica al loro utilizzo, quanto su una scelta di carattere politico, intesa ad escludere ogni discussione circa la congruità del sinallagma una volta composta la lite

L'assenza di una precisa correlazione fra transazione e rapporto preesistente era, ed è ancora oggi, il tratto caratteristico di questo contratto («causa est res de qua lis vel erat, vel metuebatur») (44) ed il motivo del limitato margine di invalidazione stabilito affinché l'accordo possa tenere per sempre.

Il ricorso all'*actio praescriptis verbis*, azione privilegiata per le convenzioni atipiche, ne consentiva invece la soddisfazione in via giudiziale di fronte alla parte renitente (45): proprio nelle norme che ne disponevano l'utilizzo i culti leggevano la principale fonte di accreditamento della contrattualità del nostro negozio (46).

---

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

(45) «vis pacti [...] posita est pene tota in ea actione quae praescriptis verbis nominatur» (DONEAU, *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus, Tituli Digestorum, de praescriptis verbis et in factum actionibus*, 1). Ancora «innominati sunt, de quibus mentio in legibus antiquis facta nulla est. Sed tamen caussam, id est civile negotium, συνάλλαγμα et naturalem aequitatem continent. Caussam autem definitio: dationem vel factum certa lege [...] Nam ubi caussam non est, ibi negotium nullum gestum est, neque obligatio, neque actio nascitur» (HOTMAN, *Coniectura de praescriptis verbis*, 146).

(46) Il problema, in realtà era piuttosto complesso. A rigor di logica, non per tutte le fattispecie contrattuali innominate era prescritta una tutela in via "utile". Si riteneva, infatti, che fra i contratti atipici potesse operarsi una sommaria e più generica bipartizione fra *respectivi* – seu *correlativi* – divisi nelle quattro categorie del *facere* rispettivamente combinato con il *dare* (la cui disciplina ed elencazione si trovava in D. 19.5.5, l. *naturalis*), e *non respectivi*, pertanto, *innumerabiles*. Da ciò, secondo un perfetto sillogismo, derivava che il patto nudo, *simplex contractus innominatus non respectivus*, non fosse azionabile, mentre, fra le fattispecie composte, al contratto del tipo *facio ut des* sarebbe stata applicabile solo l'*actio de dolo*. In queste strettoie concettuali, come catalogare, quindi, la transazione? Già Filippo Decio aveva escluso la validità della differenziazione fra le diverse categorie dei contratti innominati sulla base di una supposta altrettanto diversa azionabilità processuale, sentenziando che «nulla efficax ratio videtur posse assignari inter contractum, facio ut des, et alios contractos innominatos, quominus in omnibus actio praescriptis verbis videatur dari» (FILIPPO DECIO, *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Comm. ad C. 2.4. 6. *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 7, 179v, ma anche ID., *Consiliorum, Pars Secunda*, CLXXXVII, 15v). Ad Alciato va il merito di aver perfezionato il ragionamento. A suo dire, infatti, era indifferente la tipologia di riferimento per l'accordo transattivo, ciò che rilevava era, invece,



La dottrina tradizionale aveva manifestato un persistente disagio sia di fronte all'effetto preclusivo dell'*actio vetus*, considerata sempre esperibile per l'attore (47), sia dinnanzi alla concessione dell'*actio utilis praescriptis verbis* per le fattispecie rispondenti alla struttura *facio ut des* (48).

Doneau si era invece convinto che per tutto ciò vi fosse sia una motivazione giuridica – poggiante totalmente sulla qualificazione sostanziale della *transactio* («ex contractu enim oritur obligatio, ex obligatione actio») – (49) che una giustificazione normativa basata sull'irretrattabilità della lite decisa *transactionis causa* (50).

Il rispetto per il principio «ex pacto actionem non nasci» era, infatti, divenuto pari al sospetto (*animavertendum est*) verso eccessive sottigliezze classificatorie, volte unicamente a negare l'efficacia degli impegni riversati nella transazione.

Nel tirare le somme, il corifeo dell'orientamento sistematico aveva quindi preferito concentrare l'attenzione sulla regola – ormai ritenuta di portata generale – per cui «quoties negotium inter aliquos gestum est [...] toties oriri inter consentientes iure civili actionem, siquidem res in aliud nomen contractus transeat, certam: sin aliter, civilem quidem, sed in factum, seu praescriptis verbis» (51).

---

il *mutuum factum*, (*unde civilis actio oritur*) al quale, divenendo *obligatorium*, l'ordinamento avrebbe riconnesso l'efficacia vincolante: «ex facto igitur utriusque incalescit hic contractus, civilique actioni sufficit» (ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, Comm. ad C. 2.4.10 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 20, 74v e Comm. ad C. 2.4. *de transactionibus, pactum*, n. 6, 68v).

(47) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super prima Codicis*, Comm. ad C. 2.4.2 *de transactionibus*, l. *cum mota*, n. 1 e n.7, 59v.

(48) *Ibidem*.

(49) La lapidaria affermazione è tratta da ALCIATO, *In Digestorum titulos Commentaria*, Comm. ad D. 50.16.19 *de verborum significatione*, l. *Labeo*, § *obligationem*, n. 11, 215. Ma è Doneau a spiegare diffusamente la motivazione.

(50) Sulla capacità preclusiva della transazione si veda *supra* Cap. III, pp. 250 e ss.

(51) DONEAU, *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus, Argumenta quibus evincitur actionem praescriptis verbis non minus competere, cum facio ut des, quam in aliis tribus generibus*, 42.

Se, infatti, per superare il conflitto che avrebbe potuto sfociare in una lite, la transazione creava una situazione giuridica nuova e vincolante, doveva collocarsi proprio in questo nuovo regolamento lo scopo perseguito dal contratto che, per ciò stesso, avrebbe anche dato luogo ad un'azione e ad un'eccezione (52).

La prima per ottenerne soddisfazione coattivamente; la seconda per respingere le pretese originarie che avrebbero potuto minare la pace.

L'*actio praescriptis verbis*, nella nuova cornice, veniva quindi a coordinarsi con l'*actio vetus*, cui si sarebbe dovuto ricorrere nelle ipotesi in cui la composizione non avesse causato la consunzione di detto potere propositivo (l. *sive apud acta*) (53), a prescindere dalla forma stessa della transazione (54).

Insomma, «quod actor directa via consequi non potest a reo, id obliqua consequetur» (55).

Non si negava tutela alla *transactio*, ma si tendeva a ricomporre, in una visione sistematica più complessa che in passato, questioni che, se riguardate dalla sola ottica processuale, parevano irresolubili.

(52) ALCIATO, *Codicis Iustinianei titulos*, Comm. ad C. 2.3.21 *de pactis*, l. *cum proponas*, n. 6, 35v-36.

(53) Spiegando il contenuto e le problematiche sottese alla l. *cum mota* Alciato riassume così i termini della questione. «Aliter nos dissolvendus hunc nodum arbitramur: idcirco in Ulpiani responso redire ad quaerelam licere dicimus, quoniam transactio ea nudo pacto facta erat, quapropter cum actio adhuc sublata non sit, si promissa non observerentur, poterit quisquis ille accusationem ordiri [...] at in Alexandri rescripto transactio non pacto, sed renuntiatione celebrata erat [...] renuntiatio ipso iure actionem perimit, et hoc casu pacto longe efficacior est, ut etiam Decio videtur; nihil ergo mirum si semel sublata quaerela, ad subsidiariam praescriptis verbis actionem divertendum est: nam etiam mater ipsa si vixisset, non alio remedio potuisset uti [...] quod Accursius opinatus est [...] falsum est, quod ex interpretum recentium scriptis apparet» (ALCIATO, *Paradoxorum*, V, Cap. VI, 42rv).

(54) LORiot, *De iuris apicibus*, ax. LXXXVII, col 463; ax. LXXXIX, col. 464 e ax. XC, col. 465.

(55) «veterem enim actionem expertus, si haec sublata non est consequetur, ut reus solvat, quae petuntur, aut promissis stare cogatur [...]» (DONEAU, *Commentarii ad titulos De pactis et De Transactionibus*, Ad L. *Sive*. 28., 257), ma si confronti anche Hotman (*Commentarius in tit. Codicis de Pactis et Transactionibus*, ad L. XXVIII, 124) e, per fine secolo, Zoes, (*Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum*, ad D. 2.15, n.49, 127).

Per arrivare al riconoscimento giuridico della transazione erano infatti possibili due tipi di risposte: la prima, troppo precoce per l'epoca, volta a collocare la forza del contratto nel libero consenso; l'altra, più conservatrice, consistente nell'adattare gli schemi tradizionali del *ius strictum* alla neonata fattispecie contrattuale, facendo leva sull'oggettivo e bilaterale scambio di prestazioni e sull'utilità privata e sociale ad ogni livello ritraibile dall'operazione compositiva svolta.

Entrambe, in futuro, saranno seguite.

Il binomio negozio/accertamento continuerà invece a proiettare le sue lunghe ombre sulla storia dell'istituto.

Nei toni più chiari della dizione codicistica, infatti, «i contrasti tra gli interpreti e le antitesi tra le teorie in parola [...]» verranno riflessi da un persistente dissenso fra i legislatori (56) lasciando, a tutt'oggi, ancora aperta la questione di un «termine altamente evocativo dietro il quale si scorge una storia millenaria» (57).

---

(56) G. STOLFI, *La transazione*, Napoli 1931, pp. 131-132. I notevoli problemi di cui risenti la codificazione italiana dell'istituto sono efficacemente testimoniati dalla relazione del Guardasigilli Grandi (*Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile preceduta dalla Relazione al disegno di legge Sul «Valore Giuridico della Carta del lavoro»*), in Codice Civile, 1<sup>a</sup> ed. stereotipata dal testo ufficiale, Roma 1943, pp. 522-524, già in ediz. straord. della *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, Pt. 1, sabato 4 aprile 1942 (a. 83.), n. 79 bis, p. 172, n. 772).

(57) G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, E. GABRIELLI (a cura di), Torino 1999, Vol. I, p. 484.

Giuffrè Editore

## ABSTRACT

Among the instruments granted to individuals to solve legal disputes the transaction holds a place of particular importance. The transaction has always been at the centre of a heated hermeneutic debate and it ended by soliciting differing opinions in doctrine, harbingers of conflicting views, which have always suffered the limits of the partiality of perspectives, geographical or chronological, of the doctrine which expressed them.

In fact, the definition provided in the Compilation of Justinian (D. 2.15 and C.2.4), does not identify a specific type of contract based on the content of one or both services, but only the different types of "*transigere*", related to the abstract verb form.

After all, it is just the variety of the contents deductible in the concessions to end the dispute that has led the glossators before, and the commentators then, to consider the transaction a generic cause of asset allocation, such as to characterize, in addition to ours, also other contracts or legal acts.

However, on a theoretical level, the identification in the doctrine of the late common law (Fifteenth Century) of the *transactio* as a *contractus innominatus*, then provided with its own special rules, can no longer accept this "reductive" opinion, but requires a different approach, fully developed by the humanities thought (Sixteenth Century).

Actually, any provision or obligation applies when compromise is agreed as a concession to overcome a dispute between contractors, while the performances do not have as a parameter the substantial

situation, but they must be evaluated in connection with the way the conflict shows up.

Then, the transaction is apart from the determination of the right and the wrong, and besides some sporadic intervention of opposite sign, like those of Cujas and Hotman, in this historical phase it is common to exclude the ability of individuals to make value judgments about the qualification of their demeanors.

Instead, it is the dispute which provides the support to the asset allocations arranged as a result of the transaction: so, the successful execution of a performance, added to the *favor dirimendarum litium*, fulfills the lack of balance between conflicting interests and ensures the balance of synallagma, as well as the action for the fulfillment of the convention.

Accordingly, the dispute, amplified in the pages of Alciato, Connan and Doneau, up to the next, is the premise of the transaction.

It allows the renunciation of the right to be swallowed up, in total or in part, by the waiver of the claim, so that the right "set" with the transaction cannot, in the future, be exercised in terms different from those resulting from the agreement.

By the way, if everyone agrees on the require of the dispute, there is no unambiguous guidance about its specification.

Hence comes a greater or lesser extension of the scope of the *transactio*, pushed up by somebody to the verification of any *incertitudinis aliud genus*, even apart from a dispute between the parties.

Besides the texture, often contradictory, and the clarifications proposed by the doctrine of modern controversy, the strong polysemy, which is the main quality of the verb *transigere*, from the Fifteenth Century onwards does no longer concern the history of the signifier *transactio*.

The doubts that can still be perceived will all cover the role of the contract claim, posing again, in the following centuries, the risk of eliminating the entire typical negotiation pattern, as the double textual

tradition, embraced by the French and the Austrian coding, still hands us down. But this will be the subject of another work.

Giuffrè Editore



Giuffrè Editore

## BIBLIOGRAFIA

ABADIA J.L., *Anotaciones historicistas al Jusprivatismo de la Segunda Scolastica*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio: Firenze, 16-19 ottobre 1972*. P. GROSSI (a cura di), Milano 1973, pp. 303-375

ABBAMONTE A., *Strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie (artt. 239 - 243)*, in *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, M. SANINO (a cura di), Torino 2006, pp. 849-852

ABBONDANZA R., *Alciato (Alciati), Andrea*, in *DBI*, 2, Roma 1960, pp. 69-77  
- *La laurea di Andrea Alciato*, in *Italia Medievale e Umanistica*, 3 (1960), pp. 325-374  
- *La vit et les oeuvres d'André Alciat*, in *Pédagogues et juristes. Congrès du Centre d'Études Supérieures de la Renaissance de Tours: Été 1960*, Paris 1963, pp. 93-106  
- *Premières considérations sur la méthodologie d'Alciat*, in *Pédagogues et juristes. Congrès du Centre d'Études Supérieures de la Renaissance de Tours: Été 1960*, Paris 1963, pp. 107-118

ACCARIAS C., *De la transaction en droit romain et en droit français*, Paris 1863

ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, (rist. anast. Augustae Taurinorum, 1968), Venetiis, 1488  
- *Glossa in Digestum Vetus*, (rist. anast. Augustae Taurinorum 1969), Venetiis, 1488

ACQUAVIVA G., *Giulio Pace la giurisdizione di Venezia sul mare Adriatico*, in *Il Dominio di Venezia sul Mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, G. ACQUAVIVA – T. SCOVAZZI (a cura di), Milano 2007, pp. 39-72

AHSMANN M., *Wesenbeck Matthaeus*, in *JBL*, pp. 669-670  
- *Collegia en colleges. Juridisch onderwijs aan de Leids Universiteit 1575-1630 in het bijzonder het disputeren*, Groningen 1990

- AIMERITO F., *L'insegnamento del diritto*, in *Alma felix Universitas studii Taurinensis. Lo Studio generale dalle origini al primo Cinquecento*, I. NASO (a cura di), Torino 2004, pp. 173-207  
 - voce *Diritto dell'alimentazione - storia* (Medioevo-Età Moderna), *DDP*, I, Torino 2007, pp. 5-14, *Aggiornamento III*
- ALBANESE B., *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*, 38 (1972), pp. 189- 246, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, pp. 1113-1170  
 - *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982
- ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, Venetiis, 1573  
 - *In Primam Digesti Veteris Partem Commentarii*, Venetiis, 1585
- Alberico Gentili: politica e religione nell'età delle guerre di religione. Atti del Convegno, seconda Giornata gentiliana*: San Ginesio, 17 maggio 1987, D. PANIZZA (a cura di), Milano 2002
- Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità. Atti del Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552-1608)*: Macerata, 6-7 dicembre 2007, L. LACCHÈ (a cura di), Milano 2009
- Alberico Gentili (San Ginesio 1552-Londra 1608). Atti dei convegni nel quarto centenario della morte*: San Ginesio, 11-12-13 settembre 2008, Oxford e Londra, 5-6 giugno 2008, Napoli 'L'Orientale', 6 novembre 2007, P. RAGONI (presentazione di), Milano 2010, Voll. II
- ALBUQUERQUE J.M., *Hugues Doneau*, in *JU*, II, pp. 232-238
- ALCIATO A., *Codicis Iustiniani titulos aliquot Commentaria*, To. IV, Lugduni, 1560  
 - *In Digestorum titulos aliquot Commentaria*, To. I- III, Lugduni, 1560  
 - *Tractatus, Orationes, Adnotationes in C. Tacitum, et Emblemata*, To. VI, *Pars unica*, Lugduni, 1560  
 - *Responsa*, To. V, Lugduni, 1561  
 - *Il libro degli Emblemi. Secondo le edizioni del 1531 e del 1534*, M. GABRIELE (a cura di), Milano 2009
- ALDIMARI B., *Tractatus de nullitatibus contractuum, quasi contractuum, distractuum, ultimarum voluntatum et quorumcumque actuum extrajudicialium, in quo fere tota materia legalis ... loculenter tractatur et explicatur*, Venetiis, 1701-1710

- ALPA G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, E. GABRIELLI (a cura di), I, Torino 1999
- ALUNNO F., *Francesco Mantica e la forma coniectura dalla intuizione pratica alla prospettiva normativa*, Tesi Dottorato in Storia del diritto Medievale e Moderno, XII ciclo, Roma 2000
- AMADIO G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova 1996
- AMBROSETTI G., *Diritto privato ed economia*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio*: Firenze, 16-19 ottobre 1972. P. GROSSI (a cura di), Milano 1973, pp. 23-52
- AMBROSINI A., *Studi sulla transazione*, in *AUCA, Sezione giuridica*, II (1929), pp. 29-33
- ANDRÉ- VINCENT PH. I., *Le concept juridique de chose dans le pensée de Las Casas*, in *Jalons pour une théologie du droit*, J.B. DONNIER (textes rassemblés et présentés par), Paris 2007
- Andrea Alciato, Umanista Europeo. Atti del Convegno*: Alzate Brianza 1993, estr. da: Periodico della Società Storica Comense, 61 (1999), pp. 1-114
- ANDRÉS F.J., *Jean de Coras (Corasius)*, in *JU*, II, pp. 209-212
- ANTONIO N., *Bibliotheca hispana nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV floruerunt*, vol. I, Madrid 1783, (rist. anast. Madrid, 1996)
- ARABEYRE P., *Duprat (Du Prat, Prateius) Pardoux (Pardulphus)*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 287-288  
- *Exea André d'*, in *Dict. H.J.Fr.*, p. 316
- ARCHI G.G., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano* (1943), in *Scritti Ferrarini*, Milano 1946, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, pp. 1779-1853
- ARIOLA L.- FRISANI D., *La transazione*, in *Transazione, arbitrati e risoluzione alternativa delle controversie*, P. CENDON (a cura di), Torino 2006
- ARTNER M., *Agere praescriptis verbis, Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002

- ASCHERI M., *Giuristi umanisti e istituzioni del Tre-Quattrocento: qualche problema*, in *A-J*, 3 (1977), pp. 62-70
- *Tribunale, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989
  - *Giuristi umanisti e istituzioni del Tre-Quattrocento*, in *Diritto medievale e moderno. Problemi di storia del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini 1991, pp. 101-13
  - *Le practicae conclusiones del Toschi. Uno schedario della giurisprudenza consulente*, in *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, A. DE BENEDETTICIS- I. MATTOZZI (a cura di), Bologna 1994, pp. 37-53
  - *La normativa di diritto comune per lo straniero nell'opera di G. B. Caccialupi da San Severino*, in *Stranieri e forestieri nella Marca dei secc. 14.-16*, *Atti del XXX Convegno di studi maceratesi*: Macerata 19-20 novembre 1994, Macerata 1996, pp. 93-113
  - G. B. Caccialupi (1420-1496) *fautore dei monti di Pietà*, in *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, R.H. HELMHOLZ, P. MIKAT, J. MÜLLER, M. STOLLEIS (hrsg. von), Paderborn 2000, pp. 643-653
- ASTUTI G., *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi "de iuris interpretibus" di Alberico Gentili*, *RSDI*, 10 (1937), vol. X, fasc. I, pp. 149-207 e vol. IX, fasc. II, pp. 229-347
- *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina di diritto comune*, Modena 1945, già edito nel volume *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*, ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, raccolta di scritti di Guido Astuti*, G. DIURNI (a cura di), Roma 1984, II, pp. 969-1006
  - *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, I, Milano 1952
  - *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*, G. DIURNI (a cura di), Roma 1984, II, pp. 1031-1069
  - *Contratto (diritto intermedio)*, in *ED*, IX Milano, pp. 759-781 ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, raccolta di scritti di Guido Astuti*, G. DIURNI (a cura di), Roma 1984, III, pp. 1905-1953
- Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*: Milano, 7-9 aprile 1987, I, Milano 1988
- AYLLON LAYNEZ DE J., *Illustrationes sive additiones eruditissimae ad Varias Resolutiones Antonii Gomezii*, Lugduni, 1666
- AZZONE, *Summa super Codicem*, (rist. anast. Torino 1966), Papie, 1506

- *Ad singulas leges XII librorum Codicis Iustiniani commentarius et magnus apparatus*, Parisiis 1577

BADER K. *Arbiter, arbitrator, seu amicabile compositor*, ZSS, KA, XLVI (1960), pp. 239-276

BADIALI G., *Le guerre di religione nel pensiero di Alberico Gentili*, in *Alberico Gentili: politica e religione nell'età delle guerre di religione. Atti del Convegno, seconda giornata gentiliana: San Ginesio, 17 maggio 1987*, D. PANIZZA (a cura di), Milano 2002, pp. 25-40

BAEZA Y GONZÁLEZ T., *Apuntes biográficos de escritores segovianos*, Segovia 1877

BALDO DEGLI UBALDI, *Tractatus de pactis*, in *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris*, (To.VI), 2-8, Venetiis, 1584

- *In primam [-secundam] Digesti Veteris partem, in primam et secundam Infortiati partem, in primum Codicis libros. Angeli Perusini interpretationes ad decimum [-undecimus] librum Codicis, in Digestum Novum commentaria doctiss. hominum ... adnotationibus illustrata ... Praelectiones in quatuor Institutionum libros ... Tractatus de pactis ... Tractatus de constituto*, Venetiis, 1599

- *Consiliorum sive responsorum*, vol. VI, Venetiis, 1602

BARBICHE B., *Favre Antoine*, in *Dict. H.J.Fr*, pp. 322-323

BARNI G., *Le lettere di Andrea Alciato giureconsulto*, Firenze 1953

BARRIENTOS GRANDON J., *Matthaeus Wesenbeck (Wesenbecius)*, in *JU*, II, pp. 246-248

BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Consilia*, in *Commentaria*, To. IX, (rist. anast. Roma 1996), Venetiis, 1526

- *Super prima Digesti Veteris*, in *Commentaria*, To. I, (rist. anast. Roma 1996), Venetiis, 1526

- *Super primam Codicis partem*, in *Commentaria*, To. VII, (rist. anast. Roma 1996), Venetiis, 1526

- *Super Secunda Digesti Veteris Partem*, in *Commentaria*, To. II (rist. anast. Roma 1996), Venetiis, 1526

BARTON J., *Causa promissionis again*, in *TR*, 34 (1966), pp. 41-73

BASTIANONI C. – CATONI G., *Impressum Senis: storie di tipografi, incunaboli e librai*, Siena 1988

- BATTAGLIA S., voce *Transigere*, in *Grande Dizionario della lingua italiana*, G. BARBERI SQUAROTTI (a cura di), 21, Torino 2002
- BATTISTONI E., *La causa nei negozi giuridici: dal diritto intermedio al codice civile italiano*, Padova 1932
- BELDA PLANS J., *Escuela de Salamanca y la renovacion de la teologia en el siglo 16*, Madrid 2000
- BELLOMO M., *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle università medievali*, I, le "Quaestiones disputatae", Reggio Calabria 1974
- Factum e ius. *Itinerari di ricerca, tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale*, in *Medioevo edito e inedito II. Scienza del diritto e società medievale*, Roma 1997, pp. 63-89, già in *RIDC*, 6 (1996), pp. 21-46
  - *I Fatti e il Diritto*, Roma 2000
  - *I fondamenti ideali del diritto privato indiano nell'opera dei giuristi di antico regime*, in *RIDC*, 11 (2001), pp. 397-304
  - *Al di là dell'obbligazione contrattuale in Juan Solórzano y Pereira*, in *RIDC*, 14 (2003), pp. 205-214
- BELLONI A., *Professori e giuristi a Padova nel secolo XV. Profili bibliografici e cattedre*, Frankfurt am Main 1986
- *L'insegnamento giuridico in Italia e in Francia nei primi decenni del Cinquecento e l'emigrazione di Andrea Alciato*, in *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai giorni nostri: strutture, organizzazione, funzionamento. Atti del Convegno Internazionale di Studi: Milazzo 28 settembre-2 Ottobre 1993*, A. ROMANO (a cura di), Soveria Mannelli 1995, pp. 137-158
- BELTRAN DE HEREDIA V., *Domingo de Soto, Estudio biografico documentando*, Salamanca 1960
- BERGER A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, (estratto da *Transaction of the American Philosophical Society*), 43 (1953), voce *causa*, pp. 382-383
- BERGFELD C., *Franciscus Connanus (1508-1551): Ein Systematiker der römischen Rechts*, Köln und Graz 1968
- BERNARD G., *La codification en France avant le Code Civil, le Code Henri III (1587) du président Barnabè Brisson (1531-1591)*, in *Le Code civil et les droits de l'homme. Actes du Colloque international de Grenoble: 3 et 4 decembre 2003*, J.L. CHABOT, Ph. DIDIER, J. FERRAND (textes reunis et publies par), Paris 2005, pp. 43-69



BERRIAT-SAINT-PRIX J., *Histoire du droit romain, suivie de l'histoire de Cujas*, Paris 1821

BERTACHINI G., *Repertorium Do. Ioan. Bertachini Firmani, iuris vtriusque doctoris, Quinta Pars*, Venetiis, 1570

BERTOLINI C., *Della transazione secondo il diritto romano*, Torino 1900  
- *Appunti didattici di diritto romano. Il Processo Civile*, III, Torino 1915

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1942  
- *Teoria generale del negozio*, Torino 1943  
- voce *Causa* (diritto romano), in *NNDigI*, III, Torino 1959, pp. 30-32

BIONDI B., *Contratto e stipulatio*, Milano 1953

BIROCCHI I., *La Questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, in *Towards a general law of contract*, Berlin 1990, pp. 139-195  
- *Notazioni del contratto*, in *QF*, 19 (1990), pp. 637-659  
- *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la natura contractus*, in *QF*, 19 (1990), pp. 243-322  
- *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, in *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, pp. 99-190, anche in *Towards a general law of contract*, Berlin 1990, pp. 249-366  
- *La distinzione tra ius publicum/ius privatum nella dottrina della scuola culta (Francois Connan, Hugues Doneau, Lvois Charondas Le Caron)*, in *IC*, 23 (1996), pp. 139-176  
- *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Torino 1997  
- *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento* (materiali per un corso monografico), 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. 189-215  
- *Juan Ginés Sepúlveda internazionalista moderno? Una discussione sulle origini della scienza moderna del diritto internazionale*, in *A Ennio Cortese. Scritti promossi da D. Maffei e raccolti a cura di I. Birocchi ...* [et al.], Roma 2001, I, pp. 81-116  
- *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002  
- *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*, F. MACARIO – M. N. MILETTI (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, I. BIROCCHI-A. MATTONE (a cura di), Roma 2006, pp. 17-71*

BISCARDI A., «Quod Graeci synallagma vocant», in *Labeo*, 29 (1983), pp. 127-139

BISCOTTI B., *Dal pacere ai pacta conventa: aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002

BOCERI H., *Commentarius in l. Contractus, 23 ff. de regulis iuris*, Tubingae, 1614

BODIN J., *Oratio de instituenda in republicae iuventute ad senatum populumque Tolosatam*, Tolosae, 1559

BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1896  
- *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, Roma 1934

BONIFACIO F., voce *Compromesso* (diritto romano), in *NNDigI*, III, Torino 1959, pp. 784-786

BONZO C., *Dalla volontà privata alla volontà del principe, Aspetti del fedecommesso nel Piemonte sabauda settecentesco*, Torino 2007

BORCHOLTEN J., *Commentaria in illustrem titulum de transactionibus*, Helmaestadii, 1598

BRACON H. DE, *De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque*, Londoni, 1569

BRANDMÜLLER W., *Das Konzil von Konstanz, 1414-1418*, Paderborn 1991

BREGMAN A., *Emblemata. The emblems book of Andrea Alciato: a leaf book*, Newtown (Pennsylvania) 2007

BREJON J., *André Tiraqueau (1488-1558)*, Paris 1937

BRISSON B., *De verborum quae ad ius pertinent significatione, Libri XIX*, Francofurti ad Moenum, 1578

BROGGINI G., *Causa e contratto*, 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. 9-32*

BRUFAU PRATS J., *La escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Salamanca 1989

BRUGI B., *I giureconsulti italiani del secolo XVI*, estratto da *AGFS*, Vol. XI, fasc. 2 (1903), pp. 3-26

BUDÉ G., *Annotationes in XXIII Pandectarum Libros*, Lugduni, 1546

- *Annotationes in XXIII Pandectarum Libros*, Lugduni, 1551

- *Altera editio annotationum in Pandectas*, Lugduni, 1541

BUKOWSKA GORGONI G., *Fulgosio (Forgosio, de Fulgosiis.) Raffaele*, in *DBI*, 50, Roma 1998, pp. 699-702

BURDESE A., *Ancora sul contratto nel pensiero nel pensiero di Labeone*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 458-476

- *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, 36 (1985), pp. 14-69

- *Ancora in tema di contratti innominati*, in *SDHI*, 52 (1986), pp. 442-450

- *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, Madrid, 1988, pp. 127-155

- *Recenti prospettive in tema contratti*, in *Labeo*, 38 (1992), pp. 200-220

- *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *SCDR*, V (1993), pp. 41-66, ora in ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994

- *I contratti innominati in Derecho romano de obligaciones: homenaje a José Luis Murga Gener, autores de la obra A. BISCARDI ... [et al.] coordinacion y presentacion J. PARICIO*, Madrid 1994, pp. 63-91

- *Tra causa e tipo negoziale dal diritto classico al postclassico in tema di transazione*, in *SCDR*, 9-10 (1997-1998), pp. 45-62

- *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in 'Iuris vincula'. *Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli 2001, pp. 315-354.

- *Sulla definizione teofilina di sinallagma (a proposito di un recente studio)*, in *RSDR*, 1 (2001), pp. 269-271.

BUTERA A., *Transazione (diritto romano e diritto moderno)*, in *DI*, XXIII, Torino 1925, pp. 1666-1816

- *La definizione dei rapporti incerti*, 1. *Della transazione*, Torino 1933

CACCIALUPI GIO. BATTISTA, *Tractatus de transactionibus*, Papie, 1513

- *Tractatus de pactis*, in *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris* (To.VI), 8-13r, Venetiis, 1584

- CALASSO F., *Causa Legis, motivi logici e storici del diritto comune*, in *RSDI*, XXIX (1956), pp. 25-37, anche in *ASD*, 9 (1965), pp. 155-168  
 - *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959  
 - *Accertamento negoziale e processuale di diritti nell'Alto Medio Evo*, in *ASD*, 9 (1965), pp. 169-203, già in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano 1962, pp. 737-771
- CALCAGNO LORENZO, *Consilia*, Lugduni 1549
- CAMPITELLI A., *Processo civile (diritto intermedio)*, in *ED*, XXXVI, Milano 1987, pp. 79-101  
 - *Accertamento e tutela dei diritti nei territori italiani nell'età medievale*, Torino 1999
- CANNATA C.A., *Labeone e il contratto*, in *Panorami*, 5 (1993), pp. 109-138  
 - *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC: Palermo-Trapani*, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. VACCA), Torino 1997, pp. 35-61
- CAPITANT H. DE, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilateraux, legs)*, Paris 1927<sup>3</sup>
- CARVALE M., *Fedecommesso (diritto intermedio)*, in *ED*, XVII, Milano 1968, pp. 109-114
- CARBASSE J.M. – LEYTE G. – SOLEIL S., *La monarchie française du milieu du XVIe siècle à 1715. L'esprit des institutions*, Bruxelles 2000
- CARPINTERO F. – MEGÍAS J.J. – RODRÍGUEZ PUERTO M.J. – DE LA MORA E.V., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz 2003
- CARPINTERO BENITEZ F., *Del derecho natural medieval al derecho natural modern: Fernando Vasquez de Menchaca*, Salamanca 1977
- CARRESI F., *Accertamento e interpretazione del contratto*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, Milano 1991, pp. 143-170
- CASSI A.A., *Ius commune tra vecchio e Nuovo Mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano 2004
- Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC: Palermo-Trapani*, 7-8 giugno 1995, L. VACCA (a cura di), Torino 1997
- CASTIGLIONE CRISTOFORO, *Diversa consilia*, Venetiis, 1560

- CAVAGNA A.G., *Libri e tipografi a Pavia nel Cinquecento note per la storia dell'Università e della cultura*, Milano 1981
- CAVERO P.G., *Johann Oldendorp*, in *JU*, II, pp. 137-140
- CAZALIS G., *Forcadel Étienne*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 337-338.
- CERCHIARI E., *Capellani papae et Apostolicae Sedis auditores causarum Sacri Palatii Apostolici, seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 septembris 1870: relatio historica-iuridica*, II, Romae 1920
- CHÈNE C., *En relisant François Hotman*, in *Modernisme, tradition*, pp. 97-106.
- CHIODI G., *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei Glossatori*, Milano 1997
- CINO DA PISTOIA, *In codicem et aliquot titulos primi pandectorum tomi, id est, digesti veteris doctissima commentaria*, (rist. anast. Torino 1964), Francoforti ad Moenum, 1578
- (I) *cinquant'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano: 4-6 giugno 1992*, II, Milano 1993
- CISNERUS N., *Ad titulum Pandectarum de transactionibus, Commentarij*, Basileae, 1566
- COCCEJI H. DE, *Dissertatio juridica De usu et differentia hodierna pactorum et stipulationum*, Francoforti, 1692
- *Exercitationum curiosarum ...in quibus praecipua juris gentium capita explicantur, leges civiles ... illustrantur, nec non difficiliores juris publici et feudalis materiae nova methodo ... tractantur*, Lemgoviae, 1722
- COING H., *Europäisches Privatrecht*, I, München 1985
- CONNAN F., *Commentariorum juris civilis libri X...numero atque ordine in margine annotatis, per Clariss. D. Franciscum Hotomanum exornati*, Basileae, 1562
- *Commentariorum juris civilis libri decem*, Neapoli, 1724
- CONTE E., *Umanisti e 'bartolisti' tra i colleghi romani di Marc Antoine Muret*, in *RIDC*, 4 (1993), pp. 171-189
- Contractus e pactum: tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione*

*della nuova riproduzione della Littera florentina*: Copanello, 1-4 giugno 1988, F. MILAZZO (a cura di), Napoli 1990

CORAS J., *Miscellaneorum iuris civilis libri sex*, Lugduni, 1549

CORDOPATRI F., *L'abuso del processo e la responsabilità processuale nella dottrina medievale*, in *Educazione giuridica. Modelli storici e comparativi*, Perugia 1988, II, pp. 167-203

- *L'abuso del processo. Presupposti storici*, Padova 2000

CORTESE E., *Causa* (diritto intermedio), in *ED*, VI, Milano 1960, pp. 535-547

- *Tra glossa, commento e umanesimo* in *Miscellanea Domenico Maffei dicata: historia, ius, studium, curantibus A.GARCIA Y GARCIA, P. WEIMAR, Goldbach* 1995, III, pp. 29-74, già in *SS*, 104 (1992), pp. 458-503

- *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000

- *Jean Feu a Pavia nel 1509-10. Propaganda francese nella Lombardia conquistata*, in *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert Festschrift fur Knut Wolfgang Norr*, M. ASCHERI (a cura di), Koln 2003, pp. 121-143

CORTI FRANCESCHINO JR., *In vndetriginta Codicis Iustiniani rubricas*, Lugduni, 1552

- *Consiliorum, Pars Prima*, Venetiis, 1571

CORTI FRANCESCO SR., *Recentissima commodissima veraque consilia iuris peritis optatissima hac sculptione novissima curiose repurgata*, Lugduni, 1547

COSTA GIO. B., *Praxis conuentionalis pars prima De stipulationibus*, Mediolani, 1615

COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano 1981

CREMASCHI G., *Contributo alla biografia di Alberico da Rosciate*, in *Bergomum*, XXX (1956), pp. 3-102

CUJAS J., *Codex Iustinianus... recitationes solemnes*, in *Opera omnia* (To. V), Lutetiae Parisiorum, 1658

- *Commentaria in quosdam Pandectarum titulos*, in *Opera omnia*, (To. I), Lutetiae Parisiorum, 1658

- *Notas in Codicem*, in *Appendix, Opera omnia*, Lutetiae Parisiorum, 1658

- *Notas in Digesta seu Pandectas*, in *Appendix, Opera omnia*, Lutetiae Parisiorum, 1658

- *Opera omnia in decem tomos distributa*, Lutetiae Parisiorum, 1658

- *Paratitla in lib. IX Codicis Iustiniani*, in *Opera omnia* (To. II) 52-53, Lutetiae Parisiorum, 1658
- *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum*, in *Opera omnia* (To. I), Lutetiae Parisiorum, 1658
- *Ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII distributa, auctiora atque emendatiora*, Prati, 1836-1844
- *In L. VI Codicis recitationes solemnes*, in *Opera ad parisiensem Fabrotianam editionem*, Prati, 1839

D'AMELIO G., *Transazione ed "auctoritas iudicialis" nella giurisprudenza del Regno di Sicilia*, in *ASD*, 12-13 (1968-1969), pp. 161-253

- *Caccialupi, Giovanni Battista*, in *DBI*, 15, Roma 1972, pp. 790-797
- *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un appendice sulla Scuola di Napoli*, Napoli 1972

D'ANDREA S., *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *RDC*, XLVI (2000), parte I, pp. 31-62

D'ANGELO A., *Il contratto in generale*, IV, 2. *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, M. BESSONE (diretto da), Torino 2004

DALLA D. – LAMBERTINI R., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1996

DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004

DAUBE D., *Novation of Obligations Giving a 'Bonae Fidei Iudicium'*, già in *ZSS*, LXVI, 1948, pp. 123 ss., ora anche in *Collected studies in roman law*, I, Frankfurth am Main, 1991, pp. 235-270

DE FRANCISCI,  $\Sigma\upsilon\nu\acute{\alpha}\lambda\lambda\alpha\gamma\mu\alpha$ . *Storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia 1916

DE LOS MOZOS J.L., *Guillaume Budè (Budaeus)*, in *JU*, II, pp. 97-100

DE SOTO FR. D., *De iustitia et iure*, Venetiis, 1573

DE VICENTIIIS Q., *Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni contrattuali*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, IV, Napoli 1906, pp. 311-383

DECIO FILIPPO, *Consiliorum*, Lugduni, 1550

- *In tit. ff. De regulis iuris*, Lugduni, 1561



- *In Digestum Vetus et Codicem Commentaria*, Venetiis, 1570

DECOCK W., *Jesuit freedom of contract*, in TR (2009), pp. 423-458

DEROSI O., *Scrittori piemontesi, savoardi, nizzardi, registrati nei cataloghi del vescovo Francesco Agostino della Chiesa e del monaco Andrea Rossotto*, rist. anast Bologna 1974, (Ripr. dell'ed.: Torino, nella Stamperia Reale, 1790)

DESCAMPS O., *Brisson Barnabé*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 137-138

DESIDERI P., *Bodin e la costituzione mista: un'analisi del sistema politico della repubblica romana*, in *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia. Atti del Convegno internazionale di Studi*: Verona, 29 giugno-1 luglio 2006, G. ROSSI (a cura di), Roma 2008, pp. 21-48

DI RENZO VILLATA M.G., *Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa, Atti del Convegno di Varenna*: 12-15 giugno 1979, Milano 1980, pp. 329-388

- *Scienza giuridica e legislazione nell'età sforzesca*, in *Gli Sforza a Milano e in Lombardia e i loro rapporti con gli stati italiani (1450-1530)*, Milano 1982, pp. 65- 145

- *Egidio Bossi, un criminalista milanese quasi dimenticato*, in *Ius mediolani, Studi offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp. 365-616

- *Tra leggi e scienza giuridica nella Milano di Ancien régime*, in *Bibliotheca Senatus Mediolanensis. I libri giuridici di un Grande Tribunale d'ancien régime*, G. BUCCELLATI – A. MARCHI (a cura di), Milano 2002, pp. 59-98

- *Tra consilia, decisiones e tractatus... le vie della conoscenza giuridica nell'età moderna*, in *RSDI*, LXXXI (2008), pp. 15- 76

DI RENZO VILLATA M.G - MASSETTO G. P., *Facoltà Legale: Diritto Civile (1361-1535), L'insegnamento del diritto civile*, in *Almum Studium Papiense. L'università di Pavia dal Medioevo al XXI secolo*, D. MANTOVANI (a cura di), cds.

DICKEL G., *Kistner (Cisnerus) Nikolaus*, in *NDB*, 11 (1977), 691

DILLON BUSSI A., *Calcagno (Calcagni, Calcaneus, de Calcaneis), Lorenzo*, in *DBI*, 69, Roma 2007, pp.507-508

*Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*: 4-5 dicembre 1991, Napoli 1994

*Dissensiones dominorum, sive Controversiae veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur*, G. HAENEL (a cura di), Leipzig, 1834 (rist. anast. Aalen 1964)

DOMAT J., *Le Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1723

- *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis ad usum scholae et fori. Accedunt singulis legibus suae summae earum sententiam brevi complexae*, (trad. it. *Scelta di leggi* A. BAZZARINI (a cura di), Venezia 1834), Siena, 1776

DOMINGO R. – DOMÍNGUEZ V., *François Hotman (Francisco Hotomano; Franciscus Hotomanus)*, in *JU*, II, pp. 227-229

DONEAU H., *Commentarii ad titulos Codicis De pactis et De Transactionibus*, Biturigibus, 1572

- *Commentarius ad titulum Digestorum, De praescriptis verbis et in factum actionibus*, Heidelbergae, 1574

- *Commentarii de jure civilii*, (To. III), in *Opera omnia*, III, Maceratae, 1829

(Le) *droit romain et sa reception en Europe: Les actes du colloque organise par la Faculte de droit et d'administration de l'Universite de Varsovie en collaboration avec l'Accademia nazionale dei Lincei*: 8 -10 octobre 1973, H. KUPISZEWSKI E W. WOŁODKIEWICZ (a cura di) Varsovie 1978

DU PLESSIS J.E., *Compulsion and restitution. A historical and comparative study of the treatment of compulsion in Scottish private law with particular emphasis on its relevance to the law of restitution or unjustified enrichment*, Edimburgh 2004

DU PRAT P., *Lexicon iuridicum iuris ciuilis et canonici*, Coloniae Agrippinae, 1583

DUAREN F., *Ad Andream Guillartum, De ratione docendi discendique iuris conscripta*, Lugduni 1547, in *Tractatus Universi iuris extravagantes*, M. CARVALE (presentazione di), E. CORTESE (introduzione storica di), G. COLLI (introduzione bibliografica di), Napoli 2005, 308-309

- *Tractatus de pactis*, in *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris*, (To. VI), 13v-15v, Venetiis, 1584

- *Opera omnia*, Francofurti, 1598

- *Opera omnia*, Lucae, 1765

- *In septimam digestorum partem*, in *Opera omnia*, Vol. III, Lucae, 1766

DUFOUR A., *Un adepte italien de l'humanisme juridique à Genève. Julius Pacius de Beriga (1550-1635)*, in *Genève et l'Italie: etudes publiees a*

*l'occasion du 50. anniversaire de la Societe genevoise d'etudes italiennes*,  
Genève 1969, pp. 113-147

DUVE T., *Kanonisches recht und die ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastick*, in O. CONDORELLI, R. ROUMY, M. SCHMOECKEL, *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Köln 2009

EISENBICHLER K. – GRENDLER P.F. – TERPSTRA N., *The Renaissance in the streets, schools, and studies: essays in honour of Paul F. Grendler*, Toronto 2008

(A) *Ennio Cortese. Scritti promossi da D. Maffei e raccolti a cura di I. BIROCCHI, M. CARAVALE, E. CONTE, U. PETRONIO*, Roma 2001, Voll. III

ERNOU E. – MEILLET E., *Dictionnaire étimologique de la lingue latine. Histoire des mots*, Paris 1959<sup>4</sup>

ERRERA A., *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino 2006

EXEA A. D', *Tractatus de pactis*, in *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris* (To.VI), Venetiis, 1584

EYSSELL A. P. TH., *Doneau sa vie et ses ouvrages. L'école de Bourges synthèse du droit romain au XVI<sup>o</sup> siècle, son influence jusqu'à nos jours*, (traduit par J. SIMMONET), Dijon-Paris-Rotterdam 1860

FALCONE G., *L'origine della definizione di sunallagma nella Parafrasi di Teofilo.1. Le fonti*, in *SCDR*, XI (1999), pp. 27-38

FALZEA, A., *Accertamento* (teoria generale), in *ED*, I, Milano 1958, pp. 205-219

- *Efficacia giuridica*, in *ED*, XIV, Milano 1965, pp. 432-509

FAVRE A., *In Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum*, Coloniae Allobrogum, 1631

- *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatum ad ordinem titulorum codicis iustiniani quantum fieri potuit ad usum forensium accomodatum*, Genevae, 1640

- *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Lugduni, 1661

FECI S., *Mantica, Francesco Maria*, in *DBI*, 69, Roma 2007, pp. 205-208

FEENSTRA R., *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*, P. GROSSI (a cura di), Milano 1973, pp. 377-402, ristampato poi, in *Fata Iuris romani*, Leiden 1974, pp. 338-363

- *Impossibilitas and clausola rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius*, in *Fata iuris romani*, Leyde 1974, pp. 364-391

- *Pact and contract in the low countries*, in *Towards a general law of contract*, by J. BARTON, Berlin 1990, pp. 199-213

- *Donello e Grozio: l'influenza dei loro «sistemi» sull'evoluzione del diritto privato in Europa*, in *Atti Accademia Peloritana dei Pericolanti*, vol. LVIII, classe III, a.a. CCLX, (1989), Messina 1991, pp. 15-30= FEENSTRA R., *Hugues Doneau et les juristes néerlandais du XVIIe siècle: l'influence de son «système» sur l'évolution du droit privé avant le Pandectisme*, in *Legal scholarship and Doctrines of private law, 13th-18th centuries*, Norfolk 1996, pp. 231-243

FEENSTRA R. – AHSMANN M., *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer 1980

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

FERRARI L., *Onomasticon. Repertorio bibliografico degli scrittori italiani dal 1501 al 1850*, Milano 1947

FERRARI DALLE SPADE G., *La degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio e la clausola cum stipulatione subnixa*, estratto da *Atti del Reale istituto veneto di scienze, lettere ed arti*, 69, 2 (1909-1910), pp. 744-796

FERRARY J.L., *A propos d'un texte de François Hotman. Les juristes humanistes et l'édition du Corpus iuris civilis glosé*, in *A Ennio Cortese. Scritti promossi da D. Maffei e raccolti a cura di I. Birocchi ... [et al.]*, Roma 2001, II, pp. 86-104

FINO M.A., *L'archetipo contrattuale transattivo: radici storiche e ruolo attuale nell'ordinamento*, in *RSDR*, I (2001), pp. 405-459

- *L'impiego dell'Appendix nella compilazione dei «Π ». Studio di un'anomalia*, in *SDHI*, 68 (2002), pp. 399-458
  - *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004
  - Ancora a proposito di 'transigere', 'transactio', «transigere» e «transazione», in *D@S*, n. 4 (2005), *Note e rassegne*
- FIGLIOLI P., *Vocabolari giuridici fatti e da fare*, in *RISG*, I (1947), pp. 293-396
- FONTANA A., *Amphitheatrum legale seu bibliotheca legalis*, (rist. anast. Torino 1961), Parmae, 1688
- FORCADEL E., *Necyomantia iurisperiti*, Lugduni, 1544
- (La) *formazione del sistema giuridico latino americano: codici e giuristi in Roma e America. Diritto romano comune: rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 12 (2001), Modena
- (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), Firenze 1977, Voll. III
- FOURNOL E., *Sur quelques traités de droit public au XVI<sup>e</sup> siècle*, in *NRHDFE*, 21 (1897), pp. 298-325
- FRANKLIN J., *Jean Bodin and the sixteenth-century revolution in the methodology of law and history*, New-york-London 1963
- *The Science of Conjecture: Evidence and Probability Before Pascal*, Baltimore 2001
- FRANZONI M., *La transazione*, in *Biblioteca dei contratti, raccolta da Furguele*, Padova 2001
- FREIXAS J.P., *Una contribucion al estudios de Ulpiano 'ad edictum', D. 2.15.1 (De transactionibus)*, in *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la ensenanza (1936-1986)*, Madrid 1988, pp. 223-234
- FRIEDMANN D., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford 1997
- FUCHS P., voce *Freher, Marquard*, in *NDB*, 5 (1961), pp. 392-393
- GALÁN M., *Louis de Molina*, in *JU*, II, pp. 254-257

- GALLO F., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI*, 55, (1989), pp. 123-190, anche in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*: Siena, 14-15 aprile 1989, N. BELLOCCI (a cura di), Napoli 1991
- *Synallagma e conventio nel contratto, ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, Torino 1995
  - *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. VACCA), Torino 1997, pp. 63-83
- GAMBARO A., *Sintesi inconclusiva in tema di causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. VACCA), Torino 1997, pp. 551-575
- GARCÍA J.B., *Los tratados «De legibus» y «De iustitia et iure» en los autores españoles de los siglos XVI y XVII*, in *Salamanca: revista de estudios*, 47 (2001), pp. 371-415
- GARCÍA GARRIDO M.J., *Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de Glosadores y Canonistas en las Partidas y el Ordinamento de Alcalá*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. VACCA), Torino 1997, pp. 175-188
- GARCÍA Y GARCÍA A., *El iusnaturalismo suareciano*, in *Il problema del diritto naturale nell'esperienza giuridica della Chiesa. Atti del Convegno Internazionale*: Napoli, 15-16-17 ottobre 1990, M. TEDESCHI (a cura di), Soveria Mannelli 1993, pp. 145-154
- GARIN E., *Le traduzioni umanistiche di Aristotele nel secolo XV*, in *Atti e memorie dell'Accademia fiorentina di scienze morali La Colombaria*, XVI, n.s., II, (1947-1950), pp. 55 ss-104
- *La fortuna dell'etica di Aristotele nel Quattrocento*, in *La cultura filosofica del Rinascimento italiano*, Firenze 1961, pp. 60-71
- GARLATI L., *Inseguendo la verità: processo penale e giustizia nel Ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano 1999
- *Il diabolico intreccio. Reo convinto e indizi indubitati nel commento di Bartolomeo da Saliceto (C. 4.19.25): alle radici di un problema*, in *Panta rei*, II, Roma 2004, pp. 387-419

- *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana in Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno: Foggia, 5-6 maggio 2006*, M. N. MILETTI ( a cura di) pp. 265-359, Milano 2006, ora in *L'Indice Penale*, IX (2006), pp. 109-179
- GARZIA E., *I consilia di Gian Francesco Porporato in materia feudale*, in *BSSPin*, XVIII, 1-2 (2001), III s., pp. 104-163
- GARZIA F., *Tratado de todos los contractos* (trad. it. *Trattato di tutti i contratti che nei negotii, et commertii humani sogliono occorrere, Nuovamente tradotta dalla lingua spagnuola*, P. M. MARCHETTI (a cura di), Brescia 1579
- GENTILI A., *De iuris interpretibus dialogi sex*, ASTUTI G. (a cura di), Torino 1937, Londini, 1582
- GETE ALONSO Y CALERA M.C. – SERRANO A.L., *Estructura y funcion del tipo contractual*, Barcelona 1979
- GIARDINA C., *Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio*, Milano 1937
- *Novazione (diritto intermedio)*, in *ED*, XXVIII, Milano 1978, pp. 774-779
- GILLI P., *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale (XII<sup>e</sup> - XV<sup>e</sup> siècles)*, Paris 2003
- GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de transactionibus*, Papie, 1513
- *Tractatus de pactis*, in *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris*, (To.VI), 8-12v, Venetiis, 1584
- GIOMARO M. – BRANCATI C., *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Edizioni Studio @lfa 2005
- GIORGIANNI M., *Accertamento (negoziò di)*, in *ED*, I, Milano 1958, pp. 227-243
- GIRGENSOHN D., *Die Anleitungen zum studium der jurisprudenzen an den Universitäten de späteren Mittelalters* in P. LANDAU-J. MUELLER, *Proceedings of the ninth International congress of Medieval canon law: Munich, 13-18 July 1992*, Città del Vaticano 1997, pp. 523-552
- GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano 1999



- GODEFROY D., *Codicis Iustiniani d.n. sacratissimi pp. Aug. Repetitae praelectionis. Libri XII, secunda editio*, Lugduni, 1590
- GOMEZ A., *Ad leges Tauri Dn. Antonii Gomezii ... Commentarius*, Lugduni, 1602
- *Variae Resolutiones Tomis tribus distinctae*, (To. II), *De contractibus*, Venetiis, 1747
- GOMEZ L., *Commentarius ad difficilem et utilissimum titulum, Instit. de actionibus*, Francoforti, 1604
- GORDLEY J., *Natural Law Origins of the Common Law of Contract*, in *Towards a general law of contract*, by J. BARTON, Berlin 1990, pp. 367-465
- *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford 1991
  - *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, in *Good Faith in European Contract Law*, by R. ZIMMERMANN - S. WHITTAKER, Cambridge 2000, pp. 93-117
  - *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford 2006
- GORLA G., *Il potere della volontà come promessa nel negozio giuridico*, in *RDCoO*, LIV (1956), parte I, pp. 18-47
- *I Tribunali supremi negli stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati in La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze 1977, pp. 477-532
- GOURON A., *A twelfth century Scottish treatise: the ordo 'Ulpianus de edendo'*, in *TR*, 78 (2010), pp. 1-14
- GRÉGOIRE P., *Syntagma iuris universi, tertia ac postrema pars*, Francoforti ad Moenum, 1591
- GRENGLER P.F., *The universities of the Italian Renaissance*, Baltimore-London 2002
- *Renaissance education between religion and politics*, Cornwall 2004
- GROENEWEGEN S., *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Lugduni, 1649
- GROPALLO E., *La natura giuridica della transazione*, in *RDC*, XXIII (1931), pp. 321-384

- GROSSI P., *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano 1960
- *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica* in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (Incontro di studio: Firenze, 16-19 ottobre 1972), P. GROSSI (a cura di), Milano 1973, pp. 117-222.
  - *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente corso di lezioni)*, in *QF*, 15 (1986), pp. 593-619
  - *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica. (La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas)*, in *QF*, 19 (1990), pp. 179-208
  - *La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadriennio cinquecentesco*, in *QF*, 19 (1990), pp. 209-242
  - *Scienza giuridica italiana, un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000
- GROSSO G., 'Contractus' e 'synallagma' nei giuristi romani, in *Scritti in onore di Giuliano Bonfante*, I, Brescia 1976, pp. 341 ss., ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, pp. 776-784
- *La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droits modernes*, in *Le droit romain et sa reception en Europe: Les actes du colloque organise par la Faculté de droit et d'administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia nazionale dei Lincei*: 8 -10 ottobre 1973, H. KUPISZEWSKI E W. WOŁODKIEWICZ (a cura di) Varsovie 1978, pp. 87-99
  - voce *Causa del negozio giuridico* (diritto romano), in *ED*, VI, Milano 1960, pp. 532-535, ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato Persone Obbligazioni Successioni*, Torino 2001, pp. 684-686
- GUARINO A., *Il contratto secondo Labeone*, in *Labeo*, 29 (1983), pp. 327-330
- *Diritto privato romano*, Napoli 1994
  - *Istituzioni di diritto romano, ragguaglio*, Napoli 2006
- GUILLAUME DURAND, *Speculum iuris... cui praeter solitas Ioan. Andreae, Baldi, et aliorum additiones, accessere Alexandri de Neuo, ad unumquenque titulum lucubrationes*, Augusta Taurinorum, 1578
- GUZMÁN BRITO A., *Causa del Contrato y Causa de la Obligación en la Dogmática de los Juristas Romanos, Medievales y Modernos y en la Codificación Europea y Americana*, Congresso internazionale "La formazione del sistema giuridico latino americano: codici e giuristi", Roma e America. *Diritto romano comune*: Salerno-Amalfi, 19-21 aprile 2001, in *RIUEAL*, 12 (2001), pp. 209-367
- *La doctrina de Louis de Molina sobre la causa contractual*, in ID., *Negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Navarra 2005, pp. 407-439

HANARD G., *La cause dans les contrats: données romaines et codes civils français et allemand* in *Droit romain et identité européenne*. Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992 (ora in *RIDA*, Supplément au Tome XLI, 1994), pp. 103-119

HARTKAMP A. S., *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971

HEMBACH C.G.E., *Basilicorum libri LX*, Lipsia, 1833, (rist. digitale, M.A. FINO a cura di)

HEWETT M. - ZIMMERMANN R., *Larva Legis Aquiliae: The Mask of the Aquilia Torn Off the Action for Damage Done. A Legal Treatise by Christian Thomasius (1655-1728)*, Oxford 2000

HOLTHÖFER E., *Brissonius (Brisson) Barnabas (Barnabé)*, in *JBL*, pp. 102-104.

- *Doneau (Donellus) Hugo*, in *JBL*, pp. 182-184

- *Connan (Connanus) François*, in *JBL*, pp. 140-141

HOTMAN F., *Commentarius in titt. Codicis de Pactis et Transactionibus*, Ginevra, 1575

- *Coniectura de praescriptis verbis*, Ginevra, 1575

- *Commentarius de verbis iuris*, in *Operum* (To. I, pars II), Lugduni, 1599

- *Consilia*, in *Operum* (To. II, pars II), Lugduni, 1599

- *Disputationum iuris civilis*, in *Operum* (To. I, pars I), Lugduni, 1599, *Disputatio De transactionibus*, 643-652

- *Disputationum iuris civilis*, in *Operum* (To. I, pars I), Lugduni, 1599, *Disputatio seu Coniectura De praescriptis verbis*, 652 ss..

- *Epitomatorum in Pandectas Libri XXII*, in *Operum* (To. I, pars I), Lugduni, 1599, *De transactionibus, Titulus XV*, 82-84

- *Institutionis Dialecticae ex fontibus Philosophorum, libri IIII*, in *Operum* (To. I, pars II), Lugduni, 1599

- *Partitiones iuris civilis elementariae*, in *Operum* (To. I, pars II), Lugduni, 1599

- *Quaestionum illustrium liber*, in *Operum* (To. I, pars I), Lugduni, 1599

- *Scholae in LXX titulos Digestorum et Codicis*, in *Operum* (To. II, pars II), Lugduni, 1599, *De transactionibus, Lib. II, tit. ult. Digest., 67-84, lib. Cod. II, Tit. IIII*, 289-308

IGLESIAS A.G., *Antoine Favre*, in *JU*, II, pp. 303-306

*Incerti auctoris Ordo iudiciorum. Ulpianus de edendo*, G. HAENEL (a cura di), Lipsiae, 1838

IRTI N., *Itinerari del negozio giuridico*, in *QF*, 7 (1978), pp. 395-420

ISAMBERT A., *Dialogi duo de transactionibus apud Pandectas*, Parisiis, 1564

“Ius gentium, ius communicationis, ius belli”. *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità. Atti del Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552-1608)*: Macerata, 6-7 dicembre 2007, L. LACCHÈ (a cura di), Milano 2009

IZZO A., “Instaurari deciam litem prohibent iura”, *in tema di inadempimento della transactio dai Severi a Diocleziano*, in *Labeo*, 46 (2000), pp. 461-477.

*Justiniani Augusti Pandectarum. Codex florentinus*, (A. CORBINO – B. SANTALUCIA cur.), I, Firenze 1988

KAGAN R.L., *Le Università in Italia 1500-1700*, in *SeS*, VII, 28 (1985), pp. 275-317

KAHL J., (CALVINUS), *Magnum Lexicon iudicium, Duobus Tomis distributum*, Coloniae Allobrogum, 1734

KELLEY D.R., *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law and History in the French Renaissance*, New York-London 1970

- *The Rise of Legal History in the Renaissance*, in *History and Theory*, Vol. 9, n. 2 (1970), pp. 174-194

- *François Hotman. A revolutionary ordeal*, Princeton 1973

- *History, law and the human sciences: medieval and renaissance perspectives*, London 1984

KILLY W., *Literaturlexikon. Autoren und Werke deutscher Sprache*, München 1988-1991, Vol. II.

KNÜTEL R., *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*: Palermo-Trapani, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. VACCA), Torino 1997, pp. 131-144

KOSCHAKER P., *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962

KRINEN J., *Budé (Budaeus) Guillaume*, in *Dict. H.J.Fr*, pp. 142-143

LAGUS K., *Iuris utriusque traditio methodica*, Pars. III, Basileae, 1553

- LANDAU P., Pacta sunt servanda in "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert": Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, M. ASCHERI (a cura di), Köln - Weimar - Wien 2003
- LANDI A., De evitanda usuras. *Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Roma 2004
- LANTELLA L., *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico* in A. BELVEDERE – M. JORI – L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano 1979
- 'Ultero citroque'. *Appunti teorici e storici sulla 'lateralità' degli atti*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera*: 4-5 dicembre 1991, Napoli 1994, pp. 87-132
- LAZZARINI V., *Il mausoleo di Raffaello Fulgosio nella basilica del santo*, Venezia 1923
- LECA A., *Hotman François*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 409-411
- LEFEBVRE-TEILLARD A., *Arbiter, arbitrator, seu amicabile compositor*, in *Études d'Histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Paris 2008, pp. 551-565
- LEON CORONEL DE A., *Commentaria in titulos de servitutibus... et in titulos de pactis et in leges difficiles C. de transactionibus*, Salamanticae, 1581
- LESSIUS L., *De iustitia et iure*, Venetiis, 1734
- LEVY E., *Pauli sententiae. A palingenesia of the opening titles as a specimen of research in West Roman vulgar law*, Ithaca 1945
- Lineamenti di storia del diritto romano*, M. TALAMANCA (sotto la direzione di), Milano 1989
- LIPENIUS MARTIN, *Bibliotheca realis iuridica*, Lipsiae, 1757-1789 (rist. anast. Hildesheim 1970-1971)
- LORiot P., *De iuris apicibus, Tractatus VIII*, Lugduni, 1555
- LOVATO A., *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari 2003
- LUPANO A., *Aimone Cravetta (1504-1569), giurista del diritto comune*, Torino 2008

- LUONGO D., *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, I, *Oltre il consenso metafisico*, Napoli 2007
- MACLEAN J., *Interpretation and meaning in the Reinassance: the case of law*, Cambridge 1995
- MAES L.T., *Resum de la historia del derecho en los antiguos Paisos Bajos españoles*, in *AHDE*, XXIV (1954), pp. 7-55
- MAFFEI D., *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1972 = 1956  
 - *Nota minima su Antonio Augustin e Jean Matal*, in ID., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Golbach 1995, pp. 375- 382  
 - *Giovanni Battista Caccialupi biografo*, in *ZSS, KA*, 83 (1997), pp. 393-399
- MAFFI A., *Synallagma e obbligazioni in Aristotele: spunti critici*, in *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, 12-14 giugno 1978, Milano 1980, pp. 13-35
- MAINO GIASON DEL, *De actionibus, titulus institutionum Iustiniani, tertiam iuris ciuilis partem continens, commentarijs*, Venetiis, 1574  
 - *In primam – secundam – Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1590  
 - *In primam – secundam – Digesti novi partem commentaria*, Venetiis, 1590  
 - *In primam – secundam – Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1590  
 - *In Secundam Infortiati Partem Commentaria*, Venetiis, 1590  
 - *Repertorium locupletissimum in omnia Iasonis Mayni Mediolanensis iurisconsulti clarissimi commentaria*, Venetiis, 1590
- MAK KORMAK G.R., *Contractual theory and the innominate contracts*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 131-152
- MANTICA F., *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros viginti septem dispersitae. Tomus primus [-secundus].*, Romae, 1609  
 - *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum in libros duodecim distinctus*, Genevae 1669
- MANTOVANI D., *Il "bonus praeses" secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del "de officio procunsulis" di Ulpiano*, in *BIDR*, XCVI-XCVII (1993-1994), pp. 203-267
- MARCADÉ V. – PONT P., *Cours élémentaire de Droit Civil Français ou explication théorique et pratique du Code Civil*, (trad. it. *Spiegazione Teorico-pratica del Codice Napoleone*, Napoli 1878), Paris, 1867

MARCHESI G.V., *Vitae virorum illustrium Foroliviensium*, Forolivi, 1726

MARINI G., *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli 1995

MARINONE N., *Cronologia ciceroniana*, I, Roma 1997

MARONGIU A., *Alimenti* (diritto intermedio), in *ED*, II, Milano, 1958, pp. 21-24

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 dir. Romano: Copanello 7-10 giugno 1992*, Napoli 1994, poi anche in *AUPA*, 42 (1992), pp. 17-62

- Res in iudicium deducta-res iudicata, estratto da *BIDR*, XCVIII-XCIX (1995-1996), pp. 63-81, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003

- *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, Relazione svolta nel settembre 1996 nel congresso romano di Studi latino-americani, pubblicata in *Rivista dell'arbitrato* VI.1, 1996, tradotta in lingua spagnola e pubblicata in *Roma e America. Diritto romano comune. RIUEAL*, 5 (1998), pp. 57-74

- *Su struttura della sentenza, motivazioni e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *Iuris Vincula. Studi Talamanca*, V, Napoli 2001, già in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti*, Seminario, Perugia 1999, Torino 2000, in *BIDR*, C (1997), pp. 43 ss., infine in *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003

- *Riflessioni in tema di giudicato: 1. L'autorità del giudicato e Cicerone. 2. 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 G. Pugliese* (1914 - 1995), Padova 2008, pp. 61-80

MARTÍNEZ GIJÓN J., *Historia de Derecho Mercantil. Estudios*, C. PETIT (a cura di), Sevilla 1999

MASCHI C. A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937

MASSETTO G.P., in *Ricerche sul deposito necessario nella dottrina di diritto comune*, in *SDHI*, 44 (1978), pp. 219 - 320

- voce *Sentenza* (diritto intermedio), in *ED*, LXI, Milano 1989, pp. 1200-1245

- *La cultura giuridica civilistica*, in *Storia di Pavia*, III. 2, Milano 1990, pp. 475-531

- *Le fonti del diritto nella Lombardia del Quattrocento*, in *Milano e Borgogna. Due Stati principeschi tra Medioevo e Rinascimento*, J.-M. CAUCHIES-G. CHITTOLINI (a cura di), Roma 1990, pp. 49-65



- *Osservazioni in tema di contratti nella Rolandina*, in *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa*, (Atti del Convegno internazionale di Studi Storici sulla figura e l'opera di Rolandino, Bologna, 9-10 ottobre 2000), Milano 2002, pp. 249-327
- *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*, F. MACARIO - M. N. MILETTI (a cura di), Milano 2006, pp. 291-343
  
- (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
  
- MATTEUCCI A., *Contributo allo studio della transazione (l'incertezza e l'effetto giuridico)*, Padova 1960
  
- MATTONE A., *Manuale giuridico e insegnamento del diritto nelle università italiane del XVI secolo*, in *D@S*, 6 (2007), *Storia & Diritto tra Antico e Moderno*, *Contributi*
- *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, in *Tra diritto e Storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dall'Università di Siena e di Sassari*, Soveria Mannelli 2008
  
- MATTONE A. – OLIVARI T., *Dal manoscritto alla stampa. Il libro universitario italiano nel XV secolo*, in *Manoscritti, editoria e biblioteche dal medioevo all'età contemporanea. Studi offerti a Domenico Maffei per il suo ottantesimo compleanno*, M. ASCHERI - G. COLLI - MAFFEI P. (a cura di), Roma 2006
  
- MAZZACANE A., *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: 'equità' e 'giurisprudenza' nelle opere di Herman Vultejus*, in *ASD*, 12-13 (1968-1969), pp. 257-319
- *Contrasti di scienza e rivalità accademiche in una lite del secolo XVI*, in *IU*, 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*, I, Firenze 1977, pp. 315-316
- *Lo Stato e il dominio nei giuristi veneti durante il 'secolo della terraferma'* in *Storia della cultura veneta. Dal primo Quattrocento al Concilio di Trento*, G. ARNALDI - PASTORE STOCCHI M. (a cura di), I, Vicenza 1980, pp. 576-650

- Decio, *Filippo*, in *DBI*, 33, Roma 1987, pp. 554-560
- *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
  
- MAZZARELLA F., *Europa e America: storie di colonizzazione giuridica. A proposito di integrazione fra ordinamenti e di globalizzazione*, in *AUPA*, 47 (2002), pp. 233-272
  
- MCMILLAN SALMON J.H., *Society in crisis: France in the sixteenth century*, Cambridge 1975
  
- MEDICI S., *De definitionibus in Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris*, Venetiis, 1584
  
- MELILLO G., *Il negozio bilaterale romano. «Contrahere» e «pacisci» tra il I e il III secolo. Lezioni*, Napoli 1986
- voce *Transazione* (dir. rom.), in *ED*, XLIV, Milano 1992, pp. 771-790
- *Contrahere, pacisci, transigere, contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994
- *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000
  
- MENOCCHIO G., *De praesumptionibus, coniecturis, signis, et indicijs. Commentaria in sex distincta libros*, Augustae Taurinorum, 1594
  
- MESNARD P., *Un rival heureux de Cujas et de Jean Bodin: Etienne Forcadet*, in *ZSS, RA*, 67 (1950), pp. 440-458
  
- MOHINO A., *Francois Le Douaren (Francisco Duareno; Franciscus Duarenus)*, in *JU*, II, pp. 185-188
  
- MOLINA L., *Concordia liberi arbitrii*, Olyssippone, 1588
- *De Iustitia et iure tractatus*, Madrid, 1614
  
- MONTECATINI JOANNIS BAPTISTAE, *De Francisci Duareni Vita*, in *Opera omnia*, vol. I, XIII-XVIII, Lucae, 1765
  
- MONTI A., *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano 2003
  
- MONTORZI M., *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli 1984
- *Echi di Baldo in terra di Riforma, Matthäus Wesenbeck e gli spazi forensi d'una simplex diffinitio domini*, in *A Ennio Cortese. Scritti promossi da*

*D. Maffei e raccolti a cura di I. Birocchi ...* [et al.], II, Roma 2001, pp. 397-415

MOZZI P.N., *Tractatus de contractibus*, Venetiis, 1585

MUTHER T., voce *Borcholten Johannes*, in *ADB*, 3 (1876), pp. 155-156

MYNSINGER A FRUNDECK J., *Apotelesma, id est, corpus perfectum scholiorum ad Institutiones Iustinianae pertinentium*, Lugduni, 1634

NAGEL P., *Budè (Budaeus) Guillame*, in *JBL*, pp. 109-110

NANZ K. P., *Die entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16 bis 18*, Munchen 1985

NARDI P., *Giovanni Battista Caccialupi a Siena: giudice delle Riformazioni e docente nello Studio*, in *SS*, 109 (1997), pp. 83-124

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*, F. MACARIO – M. N. MILETTI (a cura di), Milano 2006, pp. 205-232

NICOLINI U., *Autonomia e diritto proprio nelle città italiane del Medioevo*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, K. LUIG-N. HORN-A. SÖLLNER (hrsg. von), I, Munchen 1982, pp. 249-267

NOODT G., *Ad Edictum Praetoris de Pactis et Transactionibus, Liber Singularis*, in *Opera Omnia*, To. II, Coloniae Agrippinae, 1763

ODOFREDO, *Matura, diligentissimeque repetita interpretatio in vndecim primos Pandectarum libros*, Lugduni, 1550

OLDENDORP J., *Actionum forensium progymnasmata*, Lugduni, 1566,

O'MALLEY J.W., *The first Jesuits*, Cambridge (Massachusset)-London 1994

ORCEOLI G., *Tractatus de Transactionibus*, Geneva, 1585

*Ordinamiento de Alcalà, El Ordenamiento de Leyes, publican lo con notas y un discurso*, Madrid 1774

- ORESTANO R., voce *Alimenti* (diritto romano), in *NNDigI*, I, Torino 1957, pp. 482-484
- *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo congresso della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1966, pp. 389-415
  - *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987
- ORLANDI M., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano 2000
- OSLER D., *Andrea Alciatus (1492-1550) as philologist*, in *A Ennio Cortese. Scritti promossi da D. Maffei e raccolti a cura di I. Birocchi ...* [et al.], II, Roma 2001, pp. 1-7
- OTTO J., *Alciatus Andreas*, in *JBL*, pp. 27-29
- *Cujas (Cujacius) Jacques*, in *JBL*, pp. 152-153
  - *Duaren (Duarenus) François*, in *JBL*, pp. 186-187
  - *Fravre (Faber) Antoine*, in *JBL*, pp. 207-208
  - *Hotman (Hotomanus) François*, in *JBL*, pp. 303-304
  - *Johann Oldendorp*, in *JBL*, pp. 474-475
  - *Mysinger von Frundeck Joachim*, in *JBL*, p. 462
  - *Tiraqueau (Tiraquellus) André*, in *JBL*, p. 631
- OUMÈ K., *De la transaction en droit romain et dans l'ancien droit francais*, Paris 1889
- OVEN VAN J.C., *La stipulation a-t-elle dégénéré?* in *TR*, 26 (1958), pp. 409-436
- PACE G., *Dissertatio 4. De transactionibus*, Heidelbergae, 1589
- *Iuris quo utimur epitome secundum ordinem institutionum imperialium digesta, et in 30. disputationes tributa*, Spiraie, 1589
  - *Tractatus de contractibus et rebus creditis, seu de obligationibus quae re contrahuntur et earum accessionibus, ad quartum librum Iustiniani Codicis, doctissimi cuiusdam I. C. commentarius*, Parisiis, 1598
  - *Commentarius in l. transigere*, Lugduni, 1604
  - *Opera theorica iuris utriusque ad praxim et usum utriusque fori secularis et ecclesiastici accomodata, et in sex tomus distributa*, Lugduni, 1627
  - *Centuriae (Enanthiophanon, seu Legum conciliatarum centuriae X)*, Spiraie, 1586-1596; Lugduni, 1631-1643
- PADOA SCHIOPPA, A., *Sul fedecommesso nella lombardia Teresiana*, in *Economia, istituzioni e cultura in Lombardia*, III, Bologna 1982, pp. 807-826, ora anche in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 450-451
- *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003

- *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2007
- *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*, S. ROSSI – C.S. STORTI (a cura di), Varese 2009, pp. 19-32
  
- PADOVANI A., *Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni*, Milano 1983
- *Successione legittima* (diritto intermedio), in *ED*, XLIII, Milano 1990, pp. 1317-1323
  
- PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, Milano 1953
  
- PALAZZO A., voce *Transazione* in *DDP*, XIX, Torino 1999, pp. 386-415
  
- PALMA A., *Note critiche sul concetto di causa*, in *La formazione del sistema giuridico latino americano: codici e giuristi* in Congresso internazionale “*La formazione del sistema giuridico latino americano: codici e giuristi*”, *Roma e America. Diritto romano comune*: Salerno-Amalfi, 19-21 aprile 2001, in *RIUEAL*, 12 (2001), pp. 321-325
  
- PARDI G., *Titoli dottorali conferiti dallo Studio di Ferrara nei secoli XV e XVI*, Lucca 1901 (rist. Bologna 1970)
  
- PARICIO J., *Apuntes sobre la formación de las categorías jurídicas: la idea su contrato en Gayo*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana all'esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, pp. 67-77
  
- PARKER C.H., *Bourges to Geneva: Methodological Links Between Legal Humanists and Calvinist Reformers* in *A Journal of Medieval and Renaissance Studies*, 20 (1989), <http://escholarship.org>
  
- PEDRAZZA GORLERO C., Hotman ‘iconosclasta’: *diritto e storia nell'Antitribonianus* (1567), in *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia. Atti del Convegno internazionale di Studi: Verona, 29 giugno-1 luglio 2006*, G. ROSSI (a cura di), Roma 2008, pp. 285-311
  
- PELLECCCHI L., *L'azione di ripetizione e le qualificazioni del dare* in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. *Contributo alla storia della condictio*, in *SDHI*, 64 (1998), pp. 69-160
  
- PENE VIDARI G.S., *Ricerche sul diritto agli alimenti. L'obbligo 'ex lege' dei familiari nel periodo della Glossa e del Commento*, Torino 1970

- *Il trattato sugli alimenti di Martino da Fano*, in *Medioevo notarile*, Milano 2007, pp. 83-112
- *Aspetti iniziali ed editoriali della trattatistica mercantile ed assicurativa*, in *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, pp. 115-134
  
- PÉREZ MARTIN A. – SCOLHZ J.M. – PESET M., *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, València 1978
  
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, rist. ed. 1928, L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), II, Roma 2002
  
- PESCANI P., *De Dygestorum archetypo*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, pp. 587-628
- *Studi sul Digestum vetus*, in *BIDR*, LXXXIV (1981), pp. 159-250
- *La scoperta del Bononiensis*, in *BIDR*, LXXXVIII(1985), pp. 383-396
  
- PETERLONGO M.E., *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936
  
- PETRACCHI A., *I Maîtres de requêtes. Genesi dell'amministrazione periferica di tipo moderno nella monarchia francese tardo-medievale e rinascimentale*, in *Annali della Fondazione Italiana per la storia amministrativa*, I (1964), pp. 190-241
  
- PETRONIO U., *Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*, in *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del Convegno: Cagliari, 18-21 maggio 1981*, Milano 1982, pp. 203-225
- *Venezia, Ancona e l'Adriatico in un consiglio di Raffaele Fulgosio e Raffaele Raimondi da Como*, in *Scritti in onore di Dante Gaeta*, Milano 1984
- *Stipulazione e documentazione dei contratti in età comunale*, in *Civiltà Comunale: Libro, Scrittura, Documento*, I, Genova 1989, pp. 53-78
- *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a general law of contract*, by J. BARTON, Berlin 1990, pp. 215- 247
  
- PETTOELLO D., *Un giureconsulto udinese del sec.16.: Francesco Mantica*, estr. da *Bollettino della biblioteca civica*, Udine 1910
  
- PFISTER L., *Connan (Connanus) François*, in *Dict. H.J.Fr*, pp. 199-200
- *Doneau (Donellus) Hugues*, in *Dict. H.J.Fr*, pp. 256-258
  
- PIACENTINO, *In Codicis Domini Iustiniani Libros IX summa*, (rist. anast. Torino 1962), Moguntiae, 1536

- PIANO MORTARI V., *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del sec. XVI*, in *SDHI*, 21 (1955) pp. 288-290
- *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, Milano 1962
  - *La sistematica come ideale umanistico dell'opera di Francisco Connano*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, Firenze 1966, pp. 521-531, ora in *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, Milano 1962, pp. 301-317
  - *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, in *QF*, I (1972), pp. 131-175
  - *Diritto logico e metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978
  - *Cinquecento giuridico francese*, Napoli 1990
  - *Itinera juris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli 1991
  - *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi del secolo XVI*, in *La sistematica giuridica: storia, teoria e problemi attuali*, Roma 1991
  - *La formazione storica del diritto moderno francese. Dottrina e giurisprudenza del secolo XVI*, in 'Itinera iuris'. *Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli 1991, pp. 113-144
- PIERGIOVANNI V., *Courts and Commercial Law at the Beginning of the Modern Age*, in *The Courts and the Development of Commercial Law*, V. PIERGIOVANNI (a cura di), II, Berlino 1987, pp. 11-22
- PILLITTU P. A., *Metodo scientifico e libertà di religione*, in *Alberico Gentili: politica e religione nell'età delle guerre di religione. Atti del Convegno, seconda Giornata gentiliana: San Ginesio, 17 maggio 1987*, D. PANIZZA (a cura di), Milano 2002, pp. 41-55
- PIOVAN F., *Maestri pavesi nello studio di Padova nel terzo e quarto decennio del Cinquecento. Schede per Gio. Francesco Burla, Branda Porro, Matteo e Franceschino Corti*, in *Università, umanesimo, Europa: giornata di studio in ricordo di Agostino Sottili: Pavia 18 novembre 2005*, S. NEGRUZZO (a cura di), pp. 79-95
- PORPORATO GIO. FRANCESCO, *Commentaria in titulos C. De pactis. et transactionibus*, Taurini, 1531
- POUMARÉDE J., *Coras (Corarius) Jean de*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 203-204
- PRINA G., *Elogio di Andrea Alciati, Orazione inaugurale degli Studi nell'Università di Pavia*, Milano 1911
- PROSDOCIMI L., *Alberico da Rosciate e la giurisprudenza italiana del secolo XIV*, in *RSDI*, 29 (1956), pp. 67-74
- *Alberico da Rosate*, in *DBI*, 1, Roma 1960, pp. 656-657



PUERTO M.J.R., *François Connan (Franciscus Connanus)*, in *JU*, II, pp. 183-185

- *Pierre de la Grégoire (Petrus Gregorius Tholosanus)*, in *JU*, II, pp. 270-273
- *La modernidad discutida. Jurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Cadiz 1998

PUGLIESE G., *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, pp. 223-246.

- *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi Betti*, III, Milano 1962, pp. 725-781.
- *La "cognitio" e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi Biondi*, II, Milano 1963, pp. 143 ss.
- *Due testi in materia di "res iudicata"*, in *Studi Zanobini*, V, Milano 1965, pp. 489-511.
- *Giudicato civile (storia)*, in *ED*, XVIII, Milano 1969, pp. 727-785
- *"Res iudicata pro veritate accipitur"*, in *Studi Volterra*, V, Milano 1971, pp. 783-830.
- *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991<sup>3</sup>

QUAGLIONI D., *Grégoire Pierre*, in *Dict. H.J.*, pp. 384-385

- *Legge e legislatore nel "De Republica" di Pierre Gregoire (1596)*, in *Filosofia e scienza della legislazione*, GIULIANI A. - PICARDI N. (a cura di), Napoli 1988, *L'educazione giuridica*, V, 1, pp. 103-117
- *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione: le "Quaestiones statutorum" di Alberico da Rosciate*, in ID., *"Civilis Sapientia". Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna*, Rimini 1989, pp. 35-76
- *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova 1992
- *La prima recezione della 'Ragion di Stato' in Francia. Il 'De Republica' di Pierre Gregoire (1591)*, in *Atti del Convegno in memoria di Luigi Firpo*, Torino, 8-10 marzo 1990, Firenze 1992, pp. 395-403
- *La cultura giuridico-politica fra Quattro e Cinquecento*, in *Storia di Torino*, II, *Il basso medioevo e la prima età moderna (1280-1536)*, R. COMBA (a cura di), Torino 1997, pp. 628-642
- *Tra bartolisti ed antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Garibaldi Mofa (1541)*, in *Studi di Storia del diritto medievale e moderno*, LIOTTA F. (a cura di), Bologna 1999, pp. 185-212

*Questiones de iuris subtilitatibus*, ed. G. ZANETTI (testo, introduzione ed apparato critico a cura di), Firenze 1958

- RAFFAELE FULGOSIO, *Commentariorum in Domini Iustiniani Codicem*, Lugduni, 1547  
 - *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum*, Lugduni, 1554
- RAFFAELE FULGOSIO e RAFFAELE RAIMONDI (CUMANO), *Index rerum et verborum in commentarios ad Pandectas*, Lugduni, 1554
- RAFFAELE RAIMONDI (CUMANO), *Commentationes in eius Pandectarum Partis... quae vulgi censura Digesti Novi appellatione differtur*, Lugduni, 1554
- RAFFAELE RAIMONDI (CUMANO) e RAFFAELE FULGOSIO, *Consilia sive reponsa acutissimorum iuris interpretum*, Venetiis, 1575
- RAMOS-LISSÒN D., *Domingo de Soto*, in *JU*, II, pp. 160-161
- REICHARDT N., *Gomez Antonio*, in *JBL*, pp. 252-253
- Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile preceduta dalla Relazione al disegno di legge Sul «Valore Giuridico della Carta del lavoro»*, Codice Civile, relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul “valore giuridico della carta del lavoro”, 1<sup>a</sup> ed. stereotipata dal tetso ufficiale, Roma 1943, pp. 522-524
- Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa*, To. VII, Lugduni, 1553
- REULOS M., *L'influence des juristes humanistes sur l'évolution du droit en France (enseignement et pratique) au XVIème siècle at au début du XVIIème siècle*, 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. 281- 288
- RICCOBONO S., *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in *ZSS, RA* (1914), pp. 214-305  
 - *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in *ZSS, RA* (1922), pp. 262-397  
 - *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi Bonfante*, I, Milano 1930, pp. 123-173.  
 - *Intepretatio duplex del fr. 2. De transactionibus* II, 15, in *BIDR*, XLIX-L (1948), pp. 6-29
- (II) *Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia. Atti del Convegno internazionale di Studi: Verona, 29 giugno-1 luglio 2006*, G. ROSSI (a cura di), Roma 2008

- RISCH C., *Die Lehre vom Vergleiche mit ausschluß des Eides und Compromisses nach gemeinem Civilrechte*, Erlangen 1855
- ROBERTI M., *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi in Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, pp. 87-169
- RODRIGUEZ OCAÑA R., *Andrea Alciato (Giovanni Andrea Alciati, Andreas Alciatus)*, in *JU*, II, pp. 147-150
- ROGERIO, *Summa Codicis*, in *Scripta Anedocta Glossatorum*, I, Bologna, 1913
- ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova 2008
- Roma e America. Colloquio di giusprivatisti per l'armonizzazione del diritto privato latinoamericano*: Rosario (Repubblica Argentina), 22 e 23 settembre 2008, Modena 2009
- ROMANO A., *Le quaestiones disputatae nel «Commentarium de statutis» di Alberico da Rosciate in Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali*, IV, *Le quaestiones disputatae*, Reggio Calabria 1975, pp. 47-224
- *Successioni e difesa del patrimonio nel Regno di Sicilia*, in *Marriage property, succession*, Berlino 1992, pp. 71-154
- ROMANO G., *Conventio e consensus. (A proposito di Ulp. 4 ad ed. D. 2.1.4.1.3)*, in *AUPA*, 48 (2003), pp. 239 -331
- ROSOBOCH M., *L'invalidità delle sentenze nello "Speculum" di Guglielmo Durante*, in *RSDI*, 72 (1999), pp. 177-278
- *Prospettive sulle invalidità medievali*, in *RSDI*, 74 (2001), pp. 315-353
- *Invalidità e statuti medievali: Pisa, Bologna, Milano e Ivrea*, Roma 2003
- ROSETTI G., *Vita degli uomini illustri forlivesi*, Forlì, 1858
- ROSS F., *Molina Luis de*, in *JBL*, pp. 449-450
- ROSSI G., *Dai contratti al contratto: giuristi al lavoro alle soglie dell'età moderna*, in *QF*, 27 (1998), pp. 517-535
- *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau*, Torino 2007
- ROTONDI G., *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, in *Scritti giuridici*, A. RUIZ (a cura di), II, Pavia 1922, pp. 159-172
- ROUSSIER J., *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le Droit classique de l'Eglise*, Paris 1933

- *Du compromis 'sine poena' en droit romain classique*, extrait de *RSDFE*, 18 (1939), pp. 168-222

RUIZ A., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1927<sup>2</sup>

(II) *ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*: Padova – Venezia – Treviso, 14-16 giugno 2001, Padova 2003, Voll. IV

RUPERTO S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano 2002

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, II, Torino 2004

SACCONI G., *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli 1989

SALOMONE A., *La transazione 'post rem iudicatam'*, in *Index*, 28 (2000), pp. 379-408

SALVIOLI G., *Storia del diritto italiano*, Torino 1930

SAN PEDRO BEZARES L.E.R., *Historia de la Universidad de Salamanca*, Salamanca 2004, Voll. 2

SANTANGELO CORDANI A., *Figli naturali e diritto agli alimenti nella giurisprudenza della Rota Romana tra Cinque e Seicento*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma 2004, pp. 57-88

- *Nobiltà e fedecommissi di famiglia nelle difese lombarde tra antico regime e codici*, in *L'arte del difendere. Allegazioni e avvocati e storie di vita a Milano tra Settecento e Ottocento* (a cura e con un saggio introduttivo di M. G. DI RENZO VILLATA), Milano 2007, pp. 363-434

SANTARELLI U., *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino 1984

- *Mercanti e Società tra mercanti*, Torino 1992

- *Qualche riflessione su causa e irregularitas*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC: Palermo-Trapani*, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. VACCA), Torino 1997, pp. 163-173

- *Causa mutui e causa societatis*, in *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, pp. 89-102

SANTI F., *Giason del Maino giurista umanista*, in *BSpvSP*, CIII (2003), pp. 25-69

- *Giason del Maino*, in *DBI*, 67, Roma 2006, pp. 605-607
  
- SANTORO R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, 37 (1983), pp. 5-304
- *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*, N. BELLOCCI (a cura di), Siena 14-15 aprile 1989, Napoli 1991, pp. 83-124
- *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC: Palermo-Trapani*, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. VACCA), Torino 1997, pp. 85-130
  
- SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli 1957
  
- SARGENTI M., *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, 39 (1988), pp. 24-74
  
- SAVELLI R., *Between law and Morals: Interest in the dispute on Exchanges during 16th Century*, in *The Courts and the Development of Commercial Law*, V. PIERGIOVANNI (a cura di), II, Berlino 1987, pp. 39-102
- *Modelli giuridici e cultura mercantile tra XVI e XVII secolo*, in *MSCG*, 16 (1988), pp. 3-24
- *Tribunali, 'decisiones' e giuristi*, in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, G. CHITTOLINI, A. MOLHO, P. SCHIERA (a cura di), Bologna 1994, pp. 397-421
- *La censura dei libri di diritto nella seconda metà del Cinquecento*, versione it. di *The censoring of law books*, in *Church, censorship and culture in early modern Italy*, ed. by G. FRAGNITO, Cambridge 2001, pp. 223-253
  
- SCHERILLO G., *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Pavia 1934-1935, Roma 1938
  
- SCHERILLO G. – GNOLI F., *Diritto romano, lezioni istituzionali*, Milano 2000
  
- SCHIAVONE A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani: nova negotia e transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli 1971
- voce *Transazione* (diritto romano), in *NNDig.I*, XIX, Torino 1973, pp. 477-481
- *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*, N. BELLOCCI (a cura di), Siena 14-15 aprile 1989, Napoli 1991, pp. 125-161

- SCHUMANN S., *Joachim Mynsinger von Frundeck: Humanist Rechtsgelehrter – Politiker (1514-1588)*, in *AfK* 62-63 (1980-81), pp. 159-194  
- *Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588)*, Wiesbaden 1983
- SCOGNAMIGLIO C., *Il problema della causa: la prospettiva del diritto europeo*, in Congresso internazionale “*La formazione del sistema giuridico latino americano: codici e giuristi*”, Roma e America. *Diritto romano comune: Salerno-Amalfi*, 19-21 aprile 2001, in *RIUEAL*, 12 (2001), pp. 327-338
- (*La*) *seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio*: Firenze, 16-19 ottobre 1972. P. GROSSI (a cura di), Milano 1973
- SEELMANN K., *Teologia e giurisprudenza alle soglie della modernità. La nascita del moderno diritto naturale nella tarda scolastica iberica*, in *MSCG*, 29 (1999), pp. 277- 298
- SEGNi M. *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *RDC*, XXVIII (1982), parte I, pp. 282- 290
- SEMERANO G., *Le origini della cultura europea. Rivelazioni della linguistica storica*, I e II, Firenze 1984  
- *Dizionari etimologici. Basi semantiche delle lingue indoeuropee*, II (*Latino e voci moderne*), Firenze 1994
- SERRANO-VICENTE M., *Jacopo Menocchio*, in *JU*, II, pp. 248-250
- SEUFFERT L., *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Dogmengeschichtliche Untersuchungen*, Nordlingen 1881
- SÖLLNER A., *Die causa im Konditionen – und Vertragsrecht des Mittelalters, bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, in *ZSS, RA*, 77 (1960), pp. 182- 250
- SOMMA A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano 2000
- SOTTILI A., *L'Università di Pavia nella politica culturale sforzesca*, in *Università e cultura. Studi sui rapporti italo-tedeschi nell'età dell'Umanesimo*, Goldbach 1993
- SPIEGEL JAKOB, *Lexicon iuris ciuilis, per c.v.d. Iacobum Spiegel Selestadiensem ex varijs probatorum autorum commentarijs congestum*, Lugduni, 1549
- STEIN P., *The vacarian school*, in *Miscellanea Domenico Maffei dicata: historia, ius, studium*, A. GARCIA Y GARCIA – P. WEIMAR (a cura di), II, Goldbach 1995, pp. 11-19

STEPF J. H., *Galerie aller juridischen Autoren von der ältesten bis auf die jetzige Zeit*, Leipzig 1820-1825, Voll. IV

STINTZING R., *Cisnerus Nikolaus (Kistner)*, in *ADB*, 4, (1876), pp. 267-268  
 - *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*, Munich-Leipzig 1880-1884, Voll. II

STOLFI E., *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*, I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002  
 - *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2002

*Storia dell'Università di Pisa*. I: 1343-1737, a cura della Commissione rettorale per la storia dell'Università di Pisa, Ospedaletto (Pisa), 1993

STOLFI G., *La transazione*, Napoli 1931

STORTI C., *Prassi dottrina ed esperienza legislativa nell'Opus Statutorum di Alberico da Rosciate*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du colloque de Montpellier: 12-14 décembre 1977*, Milano 1979, pp. 435-489

- "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*, II *Comunicazioni*, Milano 1993, pp. 501-557

- *Compromesso ed arbitrato nella Summa Totius Artis Notariae di Rolandino*, in *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa, (Atti del Convegno internazionale di Studi Storici sulla figura e l'opera di Rolandino: Bologna, 9-10 ottobre 2000)*, Milano 2002, pp. 329-376

- *Pratica Statutorum altercationes doctorum: quelques reflections sur le mot haereditas dans le De verborum significatione d'Andre Alciat*, in *Modernisme, tradition et acculturation juridique, Actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit*, tenues a Louvain, 29 mai – 1 juin 2008, Brussel 2011, pp. 85-95

- *Stranieri ed "estraner" nelle legislazioni germaniche*, in *Le relazioni internazionali nell'Alto Medioevo*, Spoleto, 8-12 aprile 2010, Spoleto 2011, pp. 383-436

- *Foedus, Amicitia e societas: Alberico Gentili tra tradizione e innovazione*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552-Londra 1608). Atti dei convegni nel quarto centenario della morte: San Ginesio, 11-12-13 settembre 2008, Oxford e Londra, 5-6 giugno 2008, Napoli 'L'Orientale', 6 novembre 2007*, Milano 2010, Vol. 2, pp. 335 -376



- 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
  - *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit*, Tübingen 2008
- STRUVE BURCARD G., *Bibliotheca iuris selecta secundum ordinem litterarium disposita atque ad singulas iuris partes directa*, Ienae, 1725
- (Lo) *studio e i testi: il libro universitario a Siena (secoli XII-XVII)*, M. ASCHERI (a cura di), Siena 1996
- STURM A., *Die Lehre vom Vergleiche nach gemeinen und preußischem Rechte unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Berlin 1889
- STURM F., *Stipulatio Aquiliana: Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München 1972
- SUEUR P., *Histoire du droit public français, XV-XVIII siècle. La genèse de l'Etat contemporain, I: La constitution monarchique*, Paris 1993
- Summa codicis des Irnerius* (hrsg. von H. FITTING), Berlin 1894, (rist. anast. Frankfurt, 1921)
- SUPIOT A., *The dogmatic foundation of the Market (comments illustrated by some examples from labour law and social security law)*, in ILJ, v. 29, n. 4 (2000), pp. 321-345
- TAFARO S., *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, Relazione presentata nel II Seminario en el Caribe «Derecho romano y latinidad: identidad e integración latinoamericana y caribeña»: La Habana-Cuba, 12-14 febbraio 2004, ora in D@S, 3 (2004), *Tradizione Romana*
- TALAMANCA M., «Conventio» e «Stipulatio» nel sistema dei contratti romani in *Le droit romain et sa reception en Europe. Les actes du colloque organise par la Faculté de droit et d'administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia nazionale dei Lincei*: 8 -10 octobre 1973, H. KUPISZEWSKI E W. WOŁODKIEWICZ (a cura di) Varsovie 1978, pp. 195-266.
- *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990

(The) *teaching of Roman law in England around 1200*, (by F. DE ZULUETA - P. STEIN), London 1990

TEDESCHI J., *I contributi culturali dei riformatori protestanti italiani nel tardo Rinascimento*, in *Italica*, 1, 64 (1987), pp. 19-61

(Le) *teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano: Siena, 14-15 aprile 1989*, N. BELLOCCI (a cura di), Napoli 1991

THIEME H., *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, in *ZSS*, GA, LXX, (1953), pp. 230-266

THIREAU J.L., *Loriot (Loriot, Lorioz) Pierre*, in *Dict. H.J.Fr.*, p. 518

- *L'enseignement du droit et ses méthodes au XVI<sup>e</sup> siècle. Continuité ou rupture?*, in *AHFDSJ*, 2 (1985), pp. 27-36

- *Hugues Doneau et les fondaments de la codification moderne*, in *Droits*, 26 (1997), pp. 81-100

TIRABOSCHI G., *Biblioteca modenese o, notizie della vita e delle opere degli scrittori nati degli stati del serenissimo Signor Duca di Modena, raccolte e ordinate da G. Tiraboschi*, Modena 1781-1786

TIRAQUEU A., *Tractatus cessante causa cessat effectus*, Venetiis, 1556

- *De vtroque retractu municipalis, et conventionalis, commentarii duo*, Lugduni, 1574

TODESCAN F., *Lex natura, Beatitudine. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova 1973

- *Le radici teologiche del giusnaturalistico laico*, Milano 1983

TOSCHI D., *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*, Tomi VI- VIII, Lugduni, 1634

*Towards a general law of contract*, by J. BARTON, Berlin 1990

*Tractatus Universi iuris extravagantes*, M. CARVALE (presentazione di), E. CORTESE (introduzione storica di), G. COLLI (introduzione bibliografica di), Napoli 2005

*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

TREGGIARI F., *Profili storici della transazione*, in *SS*, 104 (1992), pp. 304-378

- *Transazione (diritto intermedio)*, in *ED*, XLIV, Milano 1992, pp. 790-813

- TRIFONE R., *Il fedecommesso. Storia dell'istituto in Italia*, Napoli 1914
- TRIFONE R., "Roma communis patria" *nel pensiero dei giuristi dell'età intermedia*, in *RSDI*, IX (1936), pp. 359-362
- *Fedecommesso* (diritto intermedio), *NNDigI*, V, Torino 1938, pp. 1002-1016
- *Fedecommesso*, in *DI*, VII, Torino 1961, pp. 192-207
- TROJE H.E., *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16 Jahrhunderts*, Köln-Wien 1971
- *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. v. H. COING, II bd., 1 T., München 1977
- URBANIK J., *Compromesso o processo? Alternativa risoluzione dei conflitti e tutela dei diritti nella prassi della tarda antichità*, in *Symposion 2005. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*: Salerno, 14.-18, E. CANTARELLA (a cura di), Wien 2007, pp. 377-400
- VACCARI P., *Pactum vestitum contractus cohaerentia. La concezione dei patti aggiunti nella dottrina dei Glossatori*, in *Scritti di storia del diritto privato*, Padova 1956, pp. 233-254.
- VALERA E., *Jacques Cujas (Jacobus Cuiacius; Cuyacio)*, in *JU*, II, pp. 221-225
- VALERON E. R., *Tractatus de transactionibus. In quo integra transactionum materia theorice, ac practice, ingenti studio, et iusta methodo collecta, et exposita continetur*, Lugduni, 1664
- VALSECCHI C., *L'istituto della dote nella vita del diritto del tardo Cinquecento: i "consilia" di Jacopo Menocchio*, in *RSDI*, LXVIII (1994), pp. 205-28
- *Jacopo Menocchio e il giurisdizionalismo tra Cinque e Seicento*, in *Studia Borromasca. Saggi e documenti di storia religiosa e civile della prima età moderna*, 14, (2000), pp. 93-116
- *Menocchio, Giacomo (Jacopo)*, in *DBI*, 73, Roma 2009, pp. 521-524
- VALSECCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, Milano 1986
- VAN DEN BERGH G.C.J.J., *Die holländische Elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main 2002
- VAN DER MOLEN G., *Alberico Gentili and the development of international Law. His life Works and Times*, Leyden 1937

- VAN HOUTT T., *Leonardus Lessius over lening, intrest en woeker, De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 20: *editie, vertaling en commentaar*, Brussel 1998
- VAN HOUTT T. - DECOCK W., *Leonardus Lessius: traditie en vernieuwing*, Antwerpen 2005
- VAN SULL C., *Léonard Lessius de la Compagnie de Jésus (1554–1623)*, Louvain–Paris–Bruxelles 1930
- VANZI S., *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, Venetiis, 1557
- VASOLI C., *Profezia e ragione. Studi sulla cultura del Cinquecento e del Seicento*, Napoli 1974
- *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica 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), Firenze 1977, I, pp. 237-279
  - *Giulio Pace e la diffusione europea di alcuni temi aristotelici padovani*, in *Aristotelismo veneto e scienza moderna*, Padova 1983, II, pp. 1009-34
  - *La dialettica e la retorica dell'umanesimo. Invenzione e metodo nella cultura del XV e XVI secolo*, Napoli 2007
  - *Jean Bodin e il problema del 'metodo' nella storia del diritto*, in *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia. Atti del Convegno internazionale di Studi: Verona, 29 giugno-1 luglio 2006*, G. ROSSI (a cura di), Roma 2008, pp. 1-19
- VERGARA Y MARTÍN G.M., *Ensayo de una colección bibliográfico-biográfica de noticias referentes a la provincia de Segovia*, Guadalajara 1903
- VERGER J., *Sul ruolo sociale delle Università: la Francia tra Medioevo e Rinascimento*, in *QS*, VIII, 23 (1971), pp. 313-358
- VIARD P.E., *André Alciat 1452-1550*, Paris 1926
- VIGELIUS N., *Commentariorum iuris ciuilis annus primus. De pactis. De transactionibus. De obligationibus. De actionibus. De verborum obligationibus. Eiusdem, Disputationes 14*, Heidelbergae, 1562
- *Digestorum iuris ciuilis libri quinquaginta*, Basileae, 1584
- VINNIUS A., *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Venetiis, 1726
- *Tractatus varii, nempe De pactis, jurisdictione, collationibus, et transactionibus*, Venetiis, 1801
- VITERBO C., *La 'res dubia' e lite incerta nella transazione*, in *RDPC*, (1937), parte I, pp. 220- 231

- *Ancora sulla res dubia e lite incerta nella transazione*, in *RDPC*, (1947), parte I, pp. 125-129

VOCIP., *Diritto ereditario romano*, Milano 1963<sup>2</sup>

VOGT, *Franciscus Duarenus (1509-1559): sein didaktisches Reformprogramm und seine Bedeutung für die Entwicklung der Zivilrechtsdogmatik*, Stuttgart 1971

VOLANTE R., *Il Sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano 2001

VOLTERRA E., *Le notae di Cujas ai tituli ex Corpore Ulpiani*, in *Scritti Giuridici*, V, Napoli 1993, pp. 409-420

VON WEGELE F.X., voce *Freber, Marquard*, in *ADB*, 7 (1878), pp. 334-335

VULTEJUS H., *Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae*, Marpurgi, 1614

WALCH C.F., *Introductio in controversias iuris civilis recentiores inter iurisconsultos agitatae*, Ienae, 1791

WESEMBECK M., *Paratitla in pandectas juris civilis ab authore recognita et aucta. acc. praeterea priori aeditioni prolegomena de finibus studiorum jurisprudentiae, de studio juris recte instituendo*, Basileae, 1568

- *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Libros viij Commentarii olim Paratitla dicti*, Lugduni, 1597

WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967

- *Storia del diritto privato moderno*, Milano 1967

- *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio*: Firenze, 16-19 ottobre 1972. P. GROSSI (a cura di), Milano 1973, pp. 223-239

WINKEL L., *Cujas (Cujacius) Jacques*, in *Dict. H.J.Fr.*, pp. 220-222

WINSCHIED B., *Diritto delle Pandette*, (trad. it. C. FADDA – P. E.BENSA), II, Torino 1925,

WOLF J.G., *Causa stipulationis*, Wien 1970

- WOLODKIEWICZ W., *Contrahere - contractum - contractus dans le droit romain classique*, in *Le droit romain et sa reception en Europe: Les actes du colloque organise par la Faculte de droit et d'administration de l'Universite de Varsovie en collaboration avec l'Accademia nazionale dei Lincei*: 8 -10 octobre 1973, H. KUPISZEWSKI E W. WOLODKIEWICZ (a cura di) Varsovie 1978, pp. 295-308
- ZENDRI C., *Pierre Grégoire tra leges e mores: ricerche sulla pubblicistica francese del tardo Cinquecento*, Bologna 2007
- ZIEGLER K.H., *Arbiter, arbitrator, seu amicabile compositor*, ZSS, RA, 84 (1967), pp. 376-381
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990
- *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di Storia del Diritto*, I, Milano 1996, pp. 1-25.
- ZOES H., *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum juris civilis libros 50*, Venetiis, 1757
- *Commentarius in Codicem Justinianum*, Venetiis, 1757
- ZORZOLI M.C., *Della famiglia e del suo patrimonio. Riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento*, in *ASL*, 115 (1989), pp. 91-148, ora in *Marriage property, succession*, Berlino 1992, pp. 155-213
- *Note in tema di fedecommesso. I lavori preparatori del Codice civile*, in *I cinquat'anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano*: 4-6 giugno 1992, II, Milano 1993, pp. 623-678
- *Una incursione nella pratica giurisprudenziale milanese del Seicento e qualche riflessione sui temi che riguardano la famiglia*, in *Ius Mediolani: studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp. 617-657
- ZUCCOTTI F., *A proposito di un recente libro*, in *RDR*, 5 (2005)

Giuffrè Editore



## INDICE DEI NOMI

- ABADIA J. L.: 150n  
ABBAMONTE A.: 104n  
ABBONDANZA R.: 28n  
ACCARIAS C.: 4n  
ACCURSIO, glossatore: 23n, 33n, 34 e n, 77n, 95n, 97n, 99n, 106n, 108n, 133n, 141n, 169n, 182n, 202n, 209n, 240n, 242n, 243n, 271 e n  
ACQUAVIVA C.: 68n  
AHSMANN M.: 56n, 76n, 131n  
AIMERITO F.: 24n, 224n  
ALBANESE B.: 124n, 125, 162n, 175n  
ALBERICO DA ROSATE: 34 e n, 35n, 77, 227  
ALBERTO d'Austria, Governatore del Portogallo: 152n  
ALBUQUERQUE J.M.: 56n  
ALCIATO A.: 14 e n, 26n, 28 e n, 37n, 45 e n, 46n, 47n, 48 e n, 49 e n, 51 e n, 55n, 59, 68n, 69n, 71n, 72, 83, 87 e n, 90n, 97n, 98n, 107n, 109n, 110 e n, 114n, 115n, 118n, 127n, 134 e n, 135n, 137, 143n, 155n, 161n, 168n, 172 e n, 173n, 176 e n, 178n, 179n, 180 e n, 181 e n, 182n, 183 e n, 184 e n, 185, 187n, 193, 197, 207, 209n, 212n, 214n, 216n, 218n, 220n, 221n, 225n, 226n, 236n, 237n, 239n, 240 e n, 241n, 244 e n, 246 e n, 248n, 249n, 251n, 253n, 255 e n, 256n, 257n, 258n, 274n, 275n, 277n, 278n, 282n, 283n, 284n  
ALPA G.: 285n  
ALDIMARI B.: 210n  
ALUNNO F.: 88n  
AMADIO G.: 178n  
AMBROSETTI G.: 122n, 150n  
AMBROSINI A.: 76n  
AMERBACH B.: 58n  
ANDRÉ-VINCENT PH. I.: 173n  
ANDREA G. BAGLIONI: 27n  
ANDRÉS M.: 50n  
ANGELO PERIGLI: 27n  
ANTONIO N.: 152n, 161n  
AQUILIO GALLO: 133n  
ARABEYRE P.: 25n, 44n  
ARCHI G.G.: 142n  
ARDICINO DA NOVARA: 136n  
ARIOLA L.: 104n  
ARISTONE: 161n, 174 e n, 187n, 192  
ARISTOTELE: 155n, 165n  
ARNALDI G.: 136n  
ARTNER M.: 92n, 169n  
ASCHERI M.: 24n, 27n, 148n, 149n, 160n  
ASTUTI G.: 22n, 37n, 40n, 123n, 125n, 134n, 138n, 139n, 144n, 163n  
AYLLON LAYNEZ J. DE: 154n, 166n, 170n  
AZZONE, glossatore: 22n, 33n, 34n, 77n, 95n, 164n, 209n, 211n,

- 212n, 232n, 238n, 242n, 250n,  
271 e n
- BADER K.: 214n
- BAEZA Y GONZÁLEZ T.: 161n
- BADIALI G.: 63n
- BALDO DEGLI UBALDI: 14n, 24 e n,  
36n, 79n, 108n, 126n, 127n,  
132n, 136n, 167n, 169n, 207n,  
209n, 212n, 213n, 231n, 233n,  
234n, 235 e n, 236 e n, 250 e n,  
272 e n
- BARBICHE B.: 91n
- BARBERI SQUAROTTI G.: 14n
- BARNI G.: 45n
- BARRIENTOS GRANDON J.: 76n
- BARTOLO DA SASSOFERRATO: 3n, 7n,  
14n, 23 e n, 25n, 34, 35n, 78n,  
82n, 97n, 99n, 107n, 112n, 115  
e n, 126n, 127n, 132n, 140n,  
141n, 159n, 161n, 167n, 169n,  
171n, 192n, 207n, 209n, 210n,  
213n, 238n, 242n, 243 e n, 249  
e n, 250 e n, 272 e n, 283n
- BARTOLOMEO, Santo: 50n
- BARTON J.: 152n, 165n, 166n
- BASSANI A.: 130n
- BASTIANONI C.: 27n
- BATTAGLIA S.: 14n
- BATTISTONI E.: 146n, 147n,
- BAUDOIN F.: 100n
- BELDA PLANS J.: 151n
- BELLOCCI N.: 19n
- BELLOMO M.: 77n, 137n, 173n,
- BELLONI A.: 24n, 26n, 28n, 36n, 45n,  
177n
- BELVEDERE A.: 37n
- BENSA P.E.: 104n
- BERGER A.: 164n
- BERGFELD C.: 49n, 186n
- BERNARD G.: 44n
- BERRIAT-SAINT PRIX J.: 65n, 140n,
- BERTACHINI G.: 57n
- BERTOLINI C.: 9n, 72n, 73n, 223n,  
234n
- BERTRAND DE HEREDIA V.: 152n
- BESSONE M.: 92n
- BETTI E.: 31n, 164n, 178n
- BIONDI B.: 125n
- BIROCCHI I.: 10n, 11n, 20n, 25n, 26n,  
29n, 31n, 41n, 46n, 49n, 50n,  
52n, 54n, 55n, 56n, 59n, 60n,  
68n, 81n, 82n, 86n, 88n, 90n,  
93n, 100n, 114n, 122n, 125n,  
126n, 131n, 132n, 135n, 137n,  
138n, 139n, 142n, 144n, 146n,  
147n, 148 e n, 151n, 152n,  
154n, 159n, 162n, 163n, 164n,  
165n, 166n, 167n, 173n, 178n,  
182n, 186n, 187n, 188n, 189n,  
193n, 195n, 197n, 198n, 208n,  
276n
- BISCARDI A.: 19n
- BISCOTTI B.: 19n
- BOCER H.: 196 e n, 277 e n, 284n
- BODIN J.: 53n, 100n, 186n
- BOLOGNETTI G.: 130n
- BONFANTE P.: 73n, 238n
- BONIFACIO F.: 231n
- BONZO C.: 103n
- BORCHOLTEN J.: 65n, 71n, 72n, 74n,  
82n, 88n, 94n, 145n, 203 e n,  
204n, 237n, 266n, 280n, 281n
- BRACON H. OF: 20n
- BRANCATI C.: 27n
- BRANDMÜLLER W.: 136n
- BREGMAN A.: 37n
- BREJON J.: 147n
- BRISSON B.: 44n, 47n, 65n, 205n,  
281n
- BROGGINI G.: 31n
- BRUFAU PRATS J.: 151n
- BRUGI B.: 45n
- BUCCELLATI G.: 166n

- BUDÉ G.: 55n, 131n, 172n, 270n  
277n
- BUKOWSKA GORGONI G.: 136n
- BURDESE A.: 4n, 16n, 18n, 19n, 73n,  
125n, 161n, 168n, 175n, 177n,  
196n, 223n, 245n
- BUTERA A.: 4n
- CALASSO F.: 18n, 124n, 139n, 184n,  
211n
- CALVINUS J., giurista ted.: 44n, 49n,  
57 e n, 58n, 70n, 201n
- CAMERARIUS J.: 58n
- CAMPITELLI A.: 119n, 211n
- CANNATA C.A.: 31n
- CANTARELLA E.: 214n
- CAPITANT H. DE: 193n
- CAPOGROSSI COLOGNESI L.: 73n
- CARAVALE M.: 46n, 59n, 102n
- CARBASSE J.-M.: 187n
- CARLO III, di Savoia:
- CARLO IX, re di Francia: 52n
- CARLO DI TOCCO, glossatore: 22n,
- CARPINTERO BENITEZ F.: 27n, 151n
- CARRESI F.: 211n
- CASSI A. A.: 167n, 173n
- CATERINA DE' MEDICI: 52n
- CATONI G.: 27n
- CAUCHIES J.-M.: 24n
- CAVAGNA A. G.: 27n, 36n
- CAVERO P. G.: 59n
- CAZALIS G.: 121n
- CELSE P. G.: 124n
- CENDON P.: 104n
- CERCHIARI E.: 88n
- CHABOT J. L.: 44n
- CHITTOLINI G.: 24n
- CESARE BORGIA: 26n
- CHIODI G.: 109n
- CICERONE M. T.: 6n, 15n
- CINO DA PISTOIA: 23n, 34n, 99n,  
111n, 115n, 133n, 192n, 202n,  
234n, 235 e n, 236 e n,
- CISNERUS N.: 32n, 55n, 70n, 75n,  
82n, 145n, 226n, 227n, 228n,  
232n, 237n
- COCCEJI H. DE: 141n
- COING H.: 67n, 151n
- COLLI G.: 27n, 59n
- COMBA R.: 24n
- CONDORELLI O.: 151n
- CONNAN F.: 32n, 49 e n, 50n, 51 e n,  
52 e n, 53 e n, 54n, 55n, 71n,  
72 e n, 82n, 90 e n, 91n, 92n,  
93n, 96 e n, 97n, 98 e n, 109n,  
111n, 115 e n, 116n, 117 e n,  
123n, 127n, 128n, 129n, 141n,  
146n, 173n, 178n, 182n, 184n,  
186 e n, 187n, 188n, 189n, 190  
e n, 191n, 192 e n, 193n, 194,  
197, 215n, 216n, 217n, 220 e n,  
230n, 233n, 239, 243n, 248n,  
252n, 277, 281n
- CONTE E.: 24n, 46n
- CORAS J.: 27n, 49 e n, 50n, 53 e n, 54  
e n, 112n, 115n, 121n, 126,  
133n, 146n, 158 e n, 182, 276,  
277n
- CORBINO A.: 9n
- CORDOPATRI F.: 266n
- CORTESE E.: 27n, 31n, 54n, 59n,  
139n, 141n, 143n, 149n, 184n,  
190n, 201n
- COSTA GIO. B.: 131n, 138n, 139n,  
140n, 148 e n, 154n
- COSTANZA M.: 124n, 131n
- CREMASCHI G.: 35n
- CRISTOFORO CASTIGLIONE: 108n
- CUIACIO G.: v. Cujas J.
- CUJAS J.: 8n, 28n, 55n, 65 e n, 66 e n,  
67 e n, 68n, 72n, 74n, 83n,  
95n, 99 e n, 100n, 105 e n,  
106n, 107 e n, 115n, 117 e n,  
121n, 128n, 134n, 135n, 141n,  
154n, 157 e n, 203n, 204n,

- 230n, 232n, 241n, 274n, 278n,  
279
- CUMANO: v. Raffaele Raimondi
- D'AMELIO G.: 5n, 22n, 27n, 49n,  
51n, 52n, 54n, 97n, 114n,  
242n, 121n, 167n, 172 e n,  
176n, 177n, 179n, 182n, 183n,  
186n, 189n, 199n, 269e n, 276n
- D'ANDREA S.: 104n
- D'ANGELO A.: 92n
- DALLA D.: 110n, 165n
- DALLA MASSARA T.: 31n, 165n,  
169n, 175n, 193n, 197n
- DAUBE D.: 218n
- DECIANI T.: 68n
- DECOCK W.: 150n, 151n, 153n
- DE BENEDICTICIS A.: 148n
- DE FRANCISCI P.: 177n
- DE LA MORA E.V.: 27n
- DE LOS MOZOS J.L.: 131n
- DE NOVA G.: 183n
- DEL MAINO: v. Giason Del Maino
- DEROSSI O.: 38n
- DESCAMPS O.: 44n
- DESIDERI P.: 100n
- DE SOTO D.: 152 e n, 155n
- DE VINCENTIIS Q.: 111n
- DE VITORIA F.: 152n, 161n
- DE ZULUETA F.: 20n
- DICKEL G.: 70n
- DIDIER PH.: 44n
- DILLON BUSSI A.: 207n
- DI RENZO VILLATA M. G.: 6n, 24n,  
26n, 35n, 36n, 43n, 46n, 58n,  
137n, 148n, 166n
- DIONISOTTI C.: 27n
- DIURNI G.: 123n
- DOMINGO R.: 63n
- DOMÍNGUEZ V.:
- DONEAU H.: 17n, 28n, 30n, 31n, 32n,  
44n, 46n, 48n, 55 e n, 56n, 57 e  
n, 59 e n, 62n, 64n, 65n, 82n,  
83 e n, 84 e n, 85 e n, 86 e n,  
87 e n, 88 e n, 109n, 110n,  
154n, 157n, 169n, 173n, 178n,  
182n, 198n, 203n, 205n, 208n,  
215n, 216n, 217n, 227 e n,  
229n, 234n, 244n, 246n, 248n,  
250 e n, 251 e n, 252, 253 e n,  
258n, 261n, 263n, 265n, 279,  
280, 281n, 282n, 283 e n, 284n
- DONELLO U.: v. Doneau H.
- DONNIER J.B.: 173n
- D(O)UAREN F.: 55 e n, 56n, 57 e n,  
59, 70n, 81 e n, 82 e n, 83n,  
109n, 128n, 129n, 135n, 139n,  
140n, 141n, 144n, 143n, 146n,  
156 e n, 157n, 162n, 168n,  
171n, 174n, 180n, 182n, 188n,  
202n, 204n, 205n, 207n, 220 e  
n, 223n, 233n, 237n, 260n,  
262n, 264n, 265n, 266n, 267n,  
270n, 276n
- DUARENUS: v. D(o)uaren F.
- DUFOUR A.: 68n
- DU PLESSIS J.E.: 94n
- DUPRAT P.: 44n
- DURAND G.: v. Guglielmo Durante
- DUVE T.: 151n
- EHEM C.: 58n
- EISENBICHLER K.: 50n
- ENRICO DA COLONIA: 27n
- ERMOGENIANO: 232n, 234n
- ERNOUT E.: 15n
- ERRERA A.: 35n
- ETOILE P. DE L'.: 49n
- EXEA A. D': 25n
- EYSSEL A. P.TH.: 55n, 57n
- FADDA C.: 104n
- FALCONE G.: 4n, 68n, 175n, 214n
- FALZEA A.: 203n, 211n, 223n
- FAVRE A.: 90n, 91n

- FECI S.: 88n  
 FEENSTRA R.: 55n, 56n, 62n, 76n,  
 93n, 122n, 131n, 150n  
 FERRAND J.: 44n  
 FERRARI L.: 38n  
 FERRARI DALLE SPADE G.: 131n  
 FERRARY J. L.: 101n  
 FERRINI C.: 222n  
 FEU J.: 27n  
 FILINO: 73n  
 FILIPPO DECIO: 9, 23n, 26 e n, 28n,  
 31n, 32n, 39n, 41 e n, 42, 43,  
 45n, 49n, 79 e n, 80n, 83 e n,  
 114n, 127n, 221n, 225n, 238n,  
 246n, 247n, 258n, 273 e n,  
 275n, 282n, 284n  
 FINO M. A.: 4n, 5n, 6n, 9n, 15n, 16n,  
 17n, 18n, 67n, 69n, 102n,  
 110n, 111n, 117n, 124n, 239n  
 FIORELLI P.: 44n  
 FONTANA A.: 6n, 160n  
 FORCADEL E.: 121, 126, 182n, 276,  
 277n  
 FOURNOL E.: 100n  
 FRAGNITO G.: 156n  
 FRANCESCHINO CORTI: 7n, 42, 43 e  
 n, 79 e n  
 FRANCESCO CORTI: 7n, 43n  
 FRANCESCO GUICCIARDINI: 26n  
 FRANCESCO I, re di Francia: 28n, 42,  
 45n, 89, 93n, 122n, 186  
 FRANCESCO II Sforza: 45n  
 FRANKLIN J.H.: 54n, 93n, 100n, 153n  
 FRANZONI M.: 104n, 223n  
 FREHER M.: 58n, 100n  
 FREIXAS J. P.: 17n  
 FRIEDMANN D.: 123n  
 FRISANI D.: 104n  
 FUCHS P.: 100n  
 GABRIELE M.: 37n  
 GABRIELLI E.: 285n  
 GAIO: 5n, 6n  
 GALÁN M.: 153n  
 GALLO F.: 4n, 9n, 19n, 110n, 125n,  
 162n, 163n, 174n, 175n, 176n,  
 178n, 183n, 196n, 223n  
 GAMBARO A.: 162n  
 GARCÍA F.: 173n, 189n  
 GARCÍA J.: 153n  
 GARCÍA Y GARCÍA A.: 151n  
 GARCÍA GARRIDO M. J.: 165n  
 GARIN E.: 175n  
 GARLATI L.: 84n, 210n, 211n  
 GARZIA E.: 38n  
 GARZIA F.: v. García F.  
 GETE ALONSO Y CALERA M.C.: 56n  
 GENTILI A.: 40n  
 GIARDINA C.: 218n  
 GIASON DEL MAINO: 7n, 9n, 23n,  
 25n, 26 e n, 28n, 32 e n, 33n,  
 35n, 36n, 37, 38n, 39n, 40n,  
 45n, 70n, 79 e n, 99n, 103n,  
 109n, 110n, 112n, 113n, 114n,  
 127n, 129n, 132n, 135n, 136,  
 139n, 140n, 142n, 143n, 144 e  
 n, 145, 149n, 159n, 160n,  
 164n, 171n, 180n, 191n, 212n,  
 217n, 230n, 231n, 232n, 241n,  
 245n, 248n, 250n, 254n, 267n,  
 272n, 273 e n  
 GILLI P.: 24n  
 GIOMARO M.: 27n  
 GIORGIANNI M.: 119n, 216n  
 GIOVANNI BATTISTA CACCIALUPI: 9,  
 24n, 25n, 26n, 27 e n, 29n, 36 e  
 n, 37n, 47n, 70n, 79n, 95 e n  
 GIOVANNI F. PORPORATO: 7n, 14n,  
 21n, 37n, 38n, 70n, 136 e n,  
 137n  
 GIRGENSOHN D.: 28n  
 GITTI G.: 4n, 198n, 222n, 261n  
 GIULIANI A.: 53n  
 GIULIANO S.: 5n, 85n  
 GIUSTINIANO, Imperatore: 85n

- GLÜCK F.: 222n  
 GODEFROY D.: 58n, 109n, 121n,  
 GÓMEZ A.: 152 e n, 153n, 154n,  
 155n, 166n, 170n  
 GORDLEY J.: 92n, 123n, 162n, 164n  
 GOUDELIN P.: 82n  
 GOURON A.: 20n  
 GRÉGOIRE P.: 53n, 127n, 141n  
 GRENDLER P.F.: 50n  
 GROOT H. DE: 93n, 178n, 186n  
 GROPALLO E.: 104n  
 GROSSI P.: 67n, 86n, 88n, 90n, 106n,  
 122n, 123n, 134n, 153n, 207n  
 GROSSO G.: 31n, 124n, 162n  
 GROZIO U.: v. Groot H. de  
 GRYNAEUS S.: 58n  
 GUARINO A.: 53n, 110n, 231n, 245n  
 GUGLIELMO DURANTE:  
 v. Guillaume Durand  
 GUILLAUME DURAND: 209n  
 GUZMÁN BRITO A.: 31n, 151n, 165,  
 175n, 178n, 256n
- HAENEL G.: 20n, 22n  
 HANARD G.: 31n  
 HARTKAMP A. S.: 94n  
 HASE K.: v. Lagus K.  
 HELMHOLZ R. H.: 28n  
 HEMBACH C. G. E.: 124n  
 HEWETT M.: 125n  
 HOLTHÖFER E.: 44n, 49n, 56n  
 HOSPITAL M. D' L': 52n  
 HOTMAN F.: 26n, 30n, 37n, 46n, 51n,  
 62n, 63 e n, 64n, 72n, 74n, 99  
 en, 100n, 101 e n, 102n, 103 e  
 n, 104, 105 e n, 108n, 113n,  
 114 e n, 115n, 118n, 123n,  
 127n, 141n, 199n, 204n, 205n,  
 207n, 207n, 222n, 223n, 224n,  
 229, 237 e n, 244n, 246n, 248n,  
 249n, 253 e n, 254n, 256 e n,  
 257n, 258n, 278n, 279 e n,  
 282n, 284n
- IBBETSON D. J.: 165n  
 IGLESIAS A. G.: 91n  
 IRTI N.: 184n  
 ISAMBERT A.: 52n, 81n, 83n, 89n,  
 96n, 107n, 129n, 133n, 145n,  
 225n, 232n, 233n, 237n, 266n  
 IZZO A.: 196n, 209n, 216n
- JEAN GERSON: 152n  
 JORI M.: 37n
- KAHL J.: v. Calvinus J.  
 KAGAN R. L.: 50n  
 KELLEY D. R.: 49n, 63n, 64n, 122n,  
 131n  
 KILLY W.: 70n  
 KISTNER N.: v. Cisnerus N.  
 KNÜTEL R.: 31n, 163n, 169n, 174n  
 KONRAD SUMMENHART: 152n  
 KOSCHAKER P.: 65n  
 KRINEN J.: 131n  
 KUPISZEWSKI H.: 124n
- LABEONE M. A.: 163n, 177 e n, 178n,  
 187n, 192, 245n  
 LACCHE' L.: 40n  
 LAGUS K.: 59 e n, 60, 61 e n  
 LAMBERTINI R.: 110n  
 LANCELLOTTO DECIO: 26n  
 LANDAU P.: 149n  
 LANDI A.: 173n  
 LANTELLA L.: 37n, 187n  
 LAZZARINI V.: 137n  
 LECA A.: 63n  
 LE CARON J.: 178n  
 LEFEBVRE-TEILLARD A.: 214n  
 LEIBNIZ G.W.: 155n  
 LEON CORONEL A. DE: 161n, 166n,  
 238n, 244n, 248n, 263n, 264n  
 LEONCLAVIUS J.: 100n  
 LEONE X: 26n  
 LE ROY L.: 49n

- LESSIUS L.: 151n, 152n, 153n, 154n,  
155
- LEVY E.: 17n
- LEYSER L.: v. Lessius L.
- LEYTE G.: 187n
- LIOTTA F.: 24n
- LIPENIUS M.: 6n
- LORENZO CALCAGNO: 207n
- LORIoT P.: 50, 54 e n, 55n, 161n,  
163n, 164n, 170n, 171n, 174n,  
176n, 182n, 183n, 195 e n,  
202n, 206n, 209n, 215n, 232n,  
241n, 248n, 258n, 262n, 264n,  
277 e n, 284n
- LOVATO A.: 228n
- LOWENKLAU J.: v. Leonclavius J.
- LUONGO D.: 55n, 83n
- LUPANO A.: 43n
- LUTERO M.: 54n
- MACLEAN J.: 37n
- MACARIO F.: 60n
- MAES L.T.: 151n, 198n
- MAFFEI A.: 165n
- MAFFEI D.: 20n, 27n, 46n, 49n, 50n
- MAFFEI P.: 27n
- MANTICA F.: 20n, 87 e n, 88n, 104n,  
105n, 114n, 118n, 127n, 133n,  
139n, 140n, 142n, 146n, 149n,  
156n, 166n, 215n, 219n, 253,  
254n, 259n, 260n, 262 e n,  
263n, 264 e n, 265n
- MANTOVANI D.: 26n, 228n
- MARCADÉ V.: 10n
- MARCO AURELIO, Imperatore: 6n,  
16n, 73n
- MARCHESI G. V.: 160n
- MARCHETTI P.M.: 173n
- MARCHI A.: 166n
- MARINI G.: 197n
- MARINONE N.: 6n
- MARRONE M.: 213n, 215n, 219n
- MARTÍNEZ GIJON J.: 173n
- MARONGIU A.: 224n, 225n
- MASCHI C. A.: 90n
- MASSETTO G.P.: 24n, 26n, 43n, 46n,  
92n, 95n, 126n, 133n, 135n,  
137n, 141n, 185n, 295n, 210n
- MATTEUCCI A.: 104n
- MATTONE A.: 11n, 27n, 28n, 29n,  
45n, 55n, 57n, 58n, 68n, 88n,  
156n, 166n
- MATTOZZI I.: 148n
- MAZZACANE A.: 26n, 28n, 59n, 60n,  
62n, 136n, 154n, 247n
- MAZZARELLA F.: 173n
- MCMILLAN SALMON J. H.: 62n
- MEDICI S.: 37n
- MEGÍAS J.J.: 27n
- MEILLET E.: 15n
- MELANTONE F.: 65n, 70n, 100n
- MELILLO G.: 4n, 6n, 9n, 15n, 16n,  
18n, 73n, 102n, 150n, 223n,  
225n, 249n
- MENOCHIO G.: 166n
- MESNARD P.: 121n
- MIKAT P.: 28n
- MILAZZO F.: 19n
- MILETTI M.N.: 60n
- MOCCIA P.N.: 90n, 114n, 138n 139n,  
148 e n, 154n
- MOHINO A.: 55n
- MOLINA L.: 133n, 139n, 151n, 152 e  
n, 153n, 155 e n, 165n
- MONTI A.: 103n
- MONTORZI M.: 35n, 76n
- MUTHER T.: 65n
- MÜLLER J.: 28n
- MOZZIUS P.N.: v. Moccia P.N.
- MYNSINGER VON FRUNDECK J.:  
156n, 163n
- NAGEL P.: 131n
- NANZ K. P.: 93n



- NAPPO T.: 38n  
 NARDI P.: 27n  
 NASO I.: 24n  
 NEGRUZZO S.: 43n  
 NOODT G.: 16n  
 NOTO P.: 38n
- O'MALLEY J.W.: 151n  
 ODOFREDO, glossatore: 22n, 78n,  
 89n, 271n  
 OERTMANN P.: 4n  
 OLDENDORP J.: 59 e n, 61 e n  
 OLIVARI T.: 27n, 28n  
 ORCEOLI G.: 160n  
 ORESTANO R.: 45n, 56n, 68n, 76n,  
 81n, 85n, 88n, 186n, 197n,  
 226n  
 ORLANDI M.: 135n, 149n  
 OSLER D.: 46n  
 OTTO J.: 46n, 55n, 59n, 63n, 65n,  
 91n, 147n, 156n  
 OUMÈ K.: 4n
- PACE G.: 68n, 196 e n, 197n, 277  
 PADOA SCHIOPPA A.: 35n, 50n, 58n,  
 91n, 102n, 123n, 148n  
 PADOVANI A.: 102n  
 PALAZZINI FINETTI L.: 101n  
 PALAZZO A.: 223n  
 PALMA A.: 31n, 174n  
 PANCIROLI G.: 68n  
 PANIZZA D.: 40n  
 PAOLO: 17, 93n, 231n, 234n  
 PAOLO PICO: 45n  
 PARADISI B.: 11n, 58n  
 PARDI G.: 28n  
 PARKER C. H.: 54n  
 PARICIO J.: 125n  
 PATETTA F.: 73n  
 PEDRAZZA GORLERO C.: 63n, 100n  
 PELLECCHI L.: 176n
- PENE VIDARI G.S.: 123n, 224n, 226n  
 PERIGLI A. DE': 27n  
 PEROZZI S.: 73n  
 PESCANI P.: 9n  
 PETERLONGO M.E.: 4n, 9n, 15n, 16n,  
 17n, 73n, 94n, 129n, 204n,  
 215n, 231n, 234n, 247n, 249n  
 PETIT C.: 173n  
 PETRACCHI A.: 186n, 246n, 249n,  
 PETRONIO U.: 45n, 46n, 49n, 51n,  
 52n, 97n, 110n, 125n, 130n,  
 134n, 135n, 136n, 137n, 138n,  
 139n, 165n, 167n, 172n, 176n,  
 177n, 178n, 182n, 183n, 187n,  
 188n, 189n, 246n, 249n, 276n  
 PETRUCCIO MONTESPERELLI: 27n  
 PETTOELLO D.: 88n  
 PFISTER L.: 49n, 56n  
 PIACENTINO, glossatore: 20n, 21n,  
 22n, 33 e n, 34n, 77n, 108n,  
 171n, 242n, 271 e n  
 PIANO MORTARI V.: 29n, 30n, 49n,  
 50n, 53n, 54n, 55n, 56n, 63n,  
 65n, 186n, 187n, 188n  
 PICARDI N.: 53n  
 PIERGIOVANNI V.: 122n, 123n  
 PIETRO DA ANCARANO: 136n  
 PIETRO DA ANZOLA: 135n  
 PILLITTU P. A.: 40n, 63n  
 PIOVAN F.: 43n  
 PLAUTO T. M.: 5, 15n  
 PLINIO: 6n,  
 POMPONIO S.: 5n, 6n,  
 PONT P.P.: 10n  
 POUMARÉDE J.: 50n  
 PRINA G.: 45n  
 PROSDOCIMI L.: 35n  
 PUERTO M.J.R.: 27n, 49n, 53n, 188n  
 PUFENDORF S.: 93n  
 PUGLIESE G.: 110n, 215n
- QUAGLIONI D.: 24n, 35n, 53n

- QUINTILIANO M.F.: 6n  
 RAFFAELE FULGOSIO: 3n, 32n, 39n,  
 108n, 127n, 129n, 136n, 138n,  
 139n, 140n, 141n, 142 e n,  
 160n, 161n, 209n, 211n, 213n,  
 217n, 220n, 224n, 226n, 231n,  
 235n, 236n, 238n, 247n, 249n,  
 250n, 254n, 275n  
 RAMOS-LISSÒN D.: 152n  
 REICHARDT N.: 152n  
 REULOS M.: 11n, 58n  
 RICCOBONO S.: 17n, 125n, 129n,  
 162n  
 RISCH C.: 4n  
 RITTERSHAUSEN K.: 65n  
 ROBERTI M.: 133n  
 RODRIGUEZ OCAÑA R.: 46n  
 ROGERIO, glossatore: 20n, 21n, 77n,  
 78n, 242n, 270n  
 ROLANDINO DE PASSEGGERI: 135n  
 ROLLI R.: 125n, 197n  
 ROMANO A.: 24n, 35n, 103n  
 ROMANO G.: 19n  
 ROSBOCH M.: 209n, 261n  
 ROSETTI G.: 160n  
 ROSS F.: 153n  
 ROSSI G.: 63n, 147n, 167n, 276n  
 ROSSI S.: 123n  
 ROTONDI G.: 90n  
 ROUILLÉ G.: 57n  
 ROUMY R.: 151n  
 ROUSSIER J.: 20n, 231n  
 RUIZ A.: 90n, 171n  
 RUPERTO S.: 76n, 86n, 261n  
 RUSSO A.: 165n  
 SACCO R.: 183n  
 SACCONI G.: 196n  
 SALOMONE A.: 18n  
 SALVIOLI G.: 137n  
 SAN PEDRO BEZARES L.E.R.: 150n  
 SANTALUCIA B.: 9n  
 SANTANGELO CORDANI A.: 103n,  
 224n  
 SANTARELLI U.: 123n, 124n, 131n,  
 133n, 165n, 173n  
 SANTI F.: 26n  
 SANTORO R.: 19n, 31n, 125n, 162n,  
 169n, 174n, 175n, 196n  
 SANTORO PASSARELLI F.: 260n  
 SARGENTI M.: 125n, 175n  
 SAVELLI R.: 123n, 150n, 156n  
 SCHERILLO G.: 94n  
 SCHIAVONE A.: 4n, 6n, 9n, 15n, 17n,  
 19n, 223n, 274n  
 SCHUMANN S.: 156n,  
 SCHWARZERD PH.: v. Melantone  
 SCEVOLA C.: 6n, 239n  
 SCOGNAMIGLIO R.: 31n, 198n  
 SCOVAZZI T.: 68n  
 SEELMANN K.: 150n  
 SEGNI M.: 260n  
 SEMERANO G.: 15n  
 SERAFINI F.: 222n  
 SERRANO A. L.: 56n  
 SERRANO-VICENTE M.: 166n  
 SIMMONET J.: 55n  
 SIMONE DA PERUGIA: 136n  
 SISTO IV, Papa: 27n  
 SOLEIL S.: 187n  
 SÖLLNER A.: 164n  
 SOMMA A.: 151n  
 SOTO D. DE: 152 e n  
 SOTTILI A.: 26n  
 SPIEGEL J.: 44n, 57 e n  
 STEIN P.: 20n  
 STELLA P.: v. Etoile P. de l'  
 STEP F. J. H.: 65n  
 STINTZING R.: 54n, 55n, 59n, 60n,  
 63n, 65n, 67n, 68n, 70n, 100n,  
 154n, 198n  
 STOLFI E.: 6n, 86n, 104n, 228n, 284n  
 STOLLEIS M.: 28n

- STORTI C.: 22n, 35n, 39n, 45n, 92n,  
     123n, 214n  
 STROHM C.: 58n, 70n  
 STRUVE B.G.: 6n  
 STURM A.: 4n  
 STURM F.: 4n, 138n  
 SUEUR P.: 186n  
 SUPIOT A.: 123n, 188n
- TACITO P.C.: 6n  
 TAFARO S.: 205n  
 TALAMANCA M.: 17n, 110n, 125n,  
     162, 171n  
 TALELEO: 117n,  
 TEDESCHI J.: 68n, 152n  
 TEREZIO P. A.: 5  
 TERPSTRA N.: 50n  
 THIEME H.: 150n  
 THIREAU J.L.: 28n, 48n, 54n, 56n  
 TIRABOSCHI G.: 148n  
 TIRAQUEAU A.: 147n, 201n  
 TIVANO A.: 51n  
 TODESCAN F.: 151n  
 TOSCHI D.: 148 e n, 149n, 21n, 214n,  
     216n, 218n  
 TREGGIARI F.: 5n, 18n, 21n, 22n,  
     32n, 34n, 73n, 86n, 101n,  
     105n, 148 e n, 149n, 184n,  
     223n, 242n, 244n  
 TRIBONIANO: 49n, 99, 117n  
 TRIFONE R.: 137n, 142n  
 TROJE H.E.: 65n, 67n, 100n, 109n,  
     172n  
 TUNINGIUS G.: 55n, 62n  
 TUNING G.: v. Tuningius G.
- URBANIK J.: 214n  
 ULPIANO D. E.: 16, 40n, 80, 81n,  
     83n, 106, 174n, 175n, 178n,  
     188n, 223 e n, 228n
- VACCA L.: 31n, 219n  
 VACCARI P.: 146n  
 VALERA E.: 65n  
 VALERON E.R.: 3n, 47n, 260n, 267n,  
     273n  
 VALSECCHI C.: 116n  
 VALSECCHI E.: 86n  
 VAN DEN BERGH G.C.J.J.: 56n, 101n  
 VAN DER MOLEN G.: 40n  
 VAN DER MUYDEN G.: 76n  
 VAN HOUDT T.: 153n  
 VAN OVEN J.C.: 131n  
 VAN SULL C.: 153n  
 VANZI S.: 210n, 261n  
 VASOLI C.: 58n, 68n, 85n, 100n, 155n  
 VERGARA Y MARTÍN G.M.: 161n  
 VERGER J.: 50n  
 VIARD P.-E.: 45n, 172n, 176n  
 VIGELIUS N.: 59n, 62n, 127n  
 VIGEL N.: v. Vigelius N.  
 VINNEN A.: 56n, 62n, 76n, 103n  
 VITERBO C.: 76n, 104n  
 VOCI P.: 109n  
 VOGT W.: 55n, 81n  
 VOLANTE R.: 19n, 20n, 131n, 135n,  
     165n, 196n, 244n, 261n  
 VOLTERRA E.: 106n  
 VON WEGELE F. X.: 100n  
 VULTEJUS H.: 55n, 58n, 141n, 143n,  
     154n, 178n
- WAAL C.J.D.: 55n, 62n  
 WALCH C. F.: 84n  
 WEIMAR P.: 20n  
 WESEMBECK M.: 76n, 82n, 85n, 88n,  
     93 e n, 97n, 155n, 185n, 194 e  
     n, 203n  
 WIEACKER F.: 150n  
 WINKEL L.: 65n  
 WOLF J.G.: 138n  
 WÖHL H.: v. Vultejus H.  
 WOŁODKIEWICZ W.: 124n  
 ZABARELLA J.: 68n

ZANETTI G.: 21n	ZOES H.: 82n, 161n, 203n, 258n,
ZIEGLER K. H.: 214n	263n, 284n
ZENDRI C.: 53n	ZORZOLI M. C.: 103n
ZIMMERMANN R.: 19n, 54n, 92n, 93n,	ZUCCOTTI F.: 15n
131n, 135n, 146n	

Giuffrè Editore