

## **CAPITOLO PRIMO**

### ***I DIVERSI MODI DI INTERPRETARE LA PAROLA***

#### ***TRANSIGERE IN PLAUTO,***

#### ***TERENZIO E CICERONE***

- 1. L'evoluzione dell'istituto della transazione nell'età commerciale . -*
- 2. Il significato di transigere in Plauto e Terenzio. - 3. Il transigere in Cicerone. - 4. Conclusioni.*

## **1. L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA TRANSAZIONE NELL'ETÀ COMMERCIALE**

Dall'età gentilizia al III sec. a.C. si sono avuti degli accordi ai quali le parti in conflitto tra di loro si determinavano spontaneamente al fine di evitare una normale procedura di diritto e attraverso i quali regolavano su nuove basi il loro rapporto, facendosi reciproche concessioni. Si è cercato di capire in primo luogo come il valore semantico del *transigere*, sia arrivato ad ottenere una certa autonomia rispetto al *pacisci*, in quanto impiegato per individuare un particolare tipo di esperienza socio-economica all'interno del mutato assetto che i rapporti di produzione assumono dalla fine del III sec. a.C; in secondo luogo, quello di individuare il tipo di risposta che la giurisprudenza del II e del

III sec. d.C.<sup>1</sup> è stata sollecitata ad offrire per approntare una certa qualificazione e dare tutela a quelle esperienze ed a quei rapporti fissati linguisticamente dall'uso di *transigere*.

In relazione al problema terminologico ci proponiamo di evidenziare come, a partire dal III sec. a.C., si sia definitivamente affermata la pratica del *transigere* volta a designare un determinato tipo di accordo-scambio (in un secondo momento, si vedrà entro quali schemi negoziali gli impieghi del *transigere* saranno inseriti) e come per questa definitiva affermazione un ruolo notevole sia stato giocato dalle nuove caratteristiche economico-sociali della realtà romana. Ci si muove infatti in una situazione storica, sia dal lato socio-economico che da quello politico, interno ed esterno, completamente diversa rispetto a quella che aveva portato alla metà del V sec. a.C. alla stesura del

---

<sup>1</sup> Mancano nelle fonti riferimenti a giuristi anteriori. Si ricordi, a tale proposito, che nello stesso titolo "*De Transactionibus*" del Digesto, il frammento più risalente nel tempo appartiene a Celso, giurista vissuto tra la fine del I e l'inizio del II secolo d.C.

codice decemvirale, nel quale il *transigere*<sup>2</sup> aveva fatto la sua prima apparizione. La nuova situazione storica è caratterizzata dall'affermarsi massimo dell'espansione imperialistica e del potere economico delle vecchie e nuove classi dirigenti; dal diffondersi, fino a divenire il modo di produzione dominante, dell'economia schiavistica; dal sorgere di un capitale commerciale che andrà sviluppandosi sempre più per circa quattro secoli, fino a raggiungere la sua vetta nel primo secolo del principato<sup>3</sup>. Roma diviene il centro di un'economia di scambio collegata con i principali mercati mediterranei ed asiatici; si viene a creare e progressivamente ad ampliare una fitta rete di comunicazioni terrestri, fluviali e marittime e si organizzano intraprese transmarine. L'af-

---

<sup>2</sup> V. *supra*, cap. I, in cui si è sostenuto che le applicazioni del *pacisci*, testimoniate dalle norme decemvirali (Tav. I,6-7 e Tav. VIII,2), erano indirizzate a finalità transattive. Circa la risalenza, invece, del dato terminologico "transigere" al codice decemvirale, ci siamo già espressi in sede di esegesi di D. 2.4.22.1, per la quale si rimanda al cap. precedente.

<sup>3</sup> Per la ricostruzione delle caratteristiche generali dell'età commerciale, cfr. BRAUDEL, *Civiltà materiale economia e capitalismo*, III, *I tempi del mondo*, (trad. it.), Torino 1982, 3 ss.; CAPOGROSSI, *La terra in Roma antica*, I, Roma 1981, 135 ss. e DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano 1984, 31 ss.; SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, 285 ss..

fermarsi di tale "economia-mondo" finisce con l'imporre notevoli trasformazioni sugli assetti sociali, economici e giuridici della realtà romana<sup>4</sup>. La città è caratterizzata da nuove classi sociali, espressione degli interessi emergenti dalla trasformata realtà economica. Così accanto alla *nobilitas* patrizio-plebea, la vecchia classe economica tradizionale che ha il centro del suo potere nel campo della produzione agricola, ma non disdegna di partecipare alle attività commerciali ed industriali ad essa collegate attraverso i propri schiavi e liberti, si viene affermando una nuova classe economicamente dominante, quella dedicata alle grandi attività economiche nel settore commerciale e produttivo, costituita da uomini di affari operanti nel settore dei trasporti marittimi e fluviali, da appaltatori di imposte e di lavori pubblici, da grandi finanziari e commercianti. Oltre alle due classi consolidate in quanto economicamente prevalenti, c'è poi tutta una schiera di piccoli

---

<sup>4</sup> Sulle trasformazioni intervenute nei modi di assegnazione dell'*ager publicus* e sulla struttura dell'azienda agricola, cfr. rispettivamente, CAPOGROSSI, *La terra in Roma antica*, I, Roma 1981, 135 ss. e DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano 1984, 31 ss..

operatori economici, piccoli commercianti e speculatori finanziari, *officinatores* o piccoli industriali, nonché tutta una serie di liberti, già schiavi e di *negotiatores* provinciali o comunque *peregrini*. Proprio queste nuove caratteristiche e connotati, che la realtà socio-economica viene ad assumere a partire dal III sec. a.C., rappresentano il punto di partenza per comprendere come, anche giuridicamente, si sia ad un dato momento affermata la necessità di creare nuovi strumenti e forme per interpretare le esigenze di questa nuova comunità. Di tali esigenze si faranno interpreti in particolare i pretori della giurisdizione *inter privatos* e per quanto riguarda i traffici tra stranieri o tra romani e stranieri, specialmente il pretore *qui inter peregrinos ius dicit*, creato nel 242 a.C., i quali provvederanno a far sì che gli antichi strumenti giuridici acquisiscano nuove valenze oppure che sorgano nuove forme giuridiche quale specchio della società dell'epoca.

E' all'interno di questo quadro generale che si deve provare a ricostruire le linee di sviluppo della transazione o, meglio, degli accordi con finalità transattive, resi necessari dalle esigenze della nuova epoca; in una realtà caratterizzata dall'intensificarsi degli scambi com-merciali

ed economici, simili accordi, tesi a prevenire o risolvere pacificamente le liti, dovevano risultare di grande utilità pratica ai vari *mercatores*, *officinatores*, *negotiatores* che venivano in continuo contatto e non avevano certo interesse, una volta insorte delle controversie, a perdere tempo e denaro. È sicuramente interessante evidenziare come lo stesso lessema *transigere* sia venuto via via ad assumere nuove valenze e nuovi contenuti in conseguenza del mutato assetto socio-economico dell'epoca e come, ad un certo momento, sia venuto ad indicare un accordo di scambio di prestazioni o di reciproche concessioni, connesso ad un'operazione di carattere economico.

## 2. IL SIGNIFICATO DI TRANSIGERE IN PLAUTO E TERENZIO.

Lo svilupparsi del *transigere* può farsi risalire al noto commediografo della seconda metà del III sec. a.C., Tito Maccio Plauto, nelle cui opere tale vocabolo compare ben ottovolte<sup>5</sup>, con valori diversi riconducibili a due schemi contenutistici di fondo, che testimoniano come il termine sia venuto ad acquisire nuovi significati. In cinque di questi otto passi, il *transigere* compare col significato di finire o concludere, conservando, però, la propria valenza semantica più antica di un attraversamento, di un passaggio quasi fisico, per

---

<sup>5</sup> LODGE, *Lexicon Plautinum*, (v. *transigo*), Leipzig 1933, II, 781-782; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 9 ss.



arrivare ad una conclusione<sup>6</sup>. Essi sono:

*Pseud.* 564: " ... Hanc fabulam dum transigam";

*Amph.* 868: "Ne hanc incohatam transigam comoediam";

*Cas.* 84: "Mox hercle vero, post transactam fabulam";

*Truc.* 11: "Tantisper dum transigimus hanc comoediam";

*Poen.* 116/117: "iamme hoc tenetis? Si tenetis, ducite. Cave dirrumpatis, quaero, sinite transegi".

Da essi si ricava un simile utilizzo del *transigere*<sup>7</sup>; in particolare, nella struttura della commedia plautina il passaggio si riferiva in concreto allo svolgimento narrativo della stessa dinanzi alla platea degli spettatori. Così nel *Poenulus* il *transegi* plautino anche se riferito, come negli altri casi, all'argomento della *fabula* può tradursi come "svolgersi sino alla fine" ed indica un movimento quello della

---

<sup>6</sup> DEVOTO, *Storia della lingua latina*, Bologna 1969, II, 12 ss.; FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, voce *transigo*, Prati, 1858-1860, IV,4.776 ss.

<sup>7</sup> DEVOTO, *Storia della lingua latina*, 2, cit., 374 ss..

trama della commedia che si sviluppa dinanzi agli spettatori<sup>8</sup>. D'altra parte, i verbi usati nel verso precedente e nella parte iniziale di quello in esame: "... *tenetis ... ducite ... dir-rumpatis*", sembrano andare in questo senso, in quanto individuanti azioni fisiche. Dall'analisi complessiva dei versi precedenti può desumersi che i primi impieghi del *transigere* sono completamente estranei a qualunque valutazione giuridica e tendono, appunto alla rappresentazione metaforica della commedia come di una sorta di matassa intricata, la cui trama bisogna aver subito ben afferrato per lasciare che si svolga poi progressivamente sino a che si sia completamente dipanata dinanzi agli spettatori, per l'appunto *transacta*.

Tuttavia, dallo stesso Plauto in altri passi è possibile ricavare un impiego del *transigere* in funzione semantica diversa, in cui, prescindendo ancora da ogni valutazione giuridica, comincia a trasparire il ri-

---

<sup>8</sup> PASQUALI, *Plauto*, in *Storia delle stravaganze*, in *Terze Pagine Stravaganti*, Firenze 1942 (ristampa 1968), 320 e ss..

ferimento ad un'attività in qualche modo rilevante per il diritto. Così, ad esempio, nel *Trinummus* Listene decide di sposare la sorella dell'amico Lesbonico e riesce a strappare il consenso al padre: ebbene, nel verso 387 con le parole: "Nimio citius transiges: firmum omne erit quod te egeris", lo sta convincendo a recarsi lui stesso da Lesbonico a proporgli la questione, dicendogli appunto: "più rapidamente tu concluderai (cioè "transiges") la cosa ...".

Gli impieghi del *transigere* in questi passi plautini, pur essendo estranei ad ogni valenza giuridica, sembrano individuare attività in qualche modo rilevanti per il diritto, in particolare operazioni aventi carattere socio-economico: la conclusione di un affare che, di volta in volta, sarà dato dalle trattative per realizzare uno scambio di prigionieri o dall'accordo per il matrimonio o più in generale, come nel *Mercator*, 256: "Postquam id quod volui transegi ... (quando sbrigai le mie cose...)", da tutta la complessa e molteplice attività economica che un uomo d'affari compie nel porto di una città commerciale, in una mattina di lavoro. La sicurezza con la quale Plauto utilizza il *transigere* per designare un'attività commerciale volta a concludere determinati affari,

a contrarre obblighi fa pensare che allora il vocabolo fosse abitualmente impiegato con questo significato il quale, però, non è completamente staccato da quelli più antichi. Infatti, sia che volesse indicare la commedia che narrativamente "si svolge" dinanzi agli spettatori<sup>9</sup> sia che stesse a riferirsi al commerciante che "tratta" i propri affari<sup>10</sup> al padre che "combina" il matrimonio della figlia<sup>11</sup> il vocabolo sta sempre a sottolineare un movimento che richiede sforzo, cioè un'attività concreta per il raggiungimento di un certo risultato e a siffatta valenza semantica è completamente estranea ogni qualificazione giuridica e ogni intenzionalità psicologica. Stando le cose in questi termini e tenendo conto delle trasformazioni socio-economiche che prendevano piede nella società romana del III sec. a.C., non è certo fuori luogo pensare che i valori semantici del *transigere*, che si ricollegavano ai vecchi impieghi del verbo e sono ricavabili dai primi passi plautini analizzati, e quelli invece ricavabili

---

<sup>9</sup> *Pseud* 564 "... hanc fabulam dum transigam".

<sup>10</sup> *Mercator* 256 "... postquam id quod volui transegi".

<sup>11</sup> *Trin.* 387 "Ly. nimio citius transiges: firmum omne erit quod tu egeris".

dagli ultimi testi analizzati siano espressione di due realtà completamente indipendenti e diverse: i primi inquadrabili nei costumi e negli usi di una società prevalentemente rurale, quale era la Roma del VI-V sec. a.C., i secondi invece ricollegabili ad una società urbana, caratterizzata da un incredibile boom dei traffici e delle attività commerciali, che utilizza consapevolmente espressioni arcaiche, verbali e non, per indicare la nuova realtà. Si tratta quindi di una conferma a sostegno di come la realtà socio-economica in continua trasformazione finisse con l'imporre non soltanto nuovi strumenti giuridici, ma adattamenti di vecchi strumenti e lessemi per fare fronte alle mutate esigenze<sup>12</sup>. A conferma si possono analizzare gli impieghi del *transigere* in Terenzio, poeta comico vissuto intorno alla metà del III sec. a.C., che testimoniano come i nuovi contenuti del vocabolo si siano progressivamente affermati con l'accentuarsi della dimensione

---

<sup>12</sup> Sul punto BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova 1927, 125 ss.; SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano 1954, 74 ss..

affaristico-capitalistica nella struttura organizzativa ed anche psicologica della società romana, fino a raggiungere una certezza ed una solidità che sembrerebbero ignorare anche la mera possibilità di recuperare le vecchie valenze semantiche del *transigere*, come era stato invece ancora possibile appena mezzo secolo prima con Plauto. In alcuni testi il *transigere* è impiegato per esprimere linguisticamente il riferimento ad attività di qualche rilevanza per il diritto, in piena continuità con le ultime testimonianze plautine rinvenute nel *Mercator*, nel *Trinummus* e nei *Captivi*<sup>13</sup>. Ma addirittura in un passo dell'*Hecyra* terenziana la parola *transigere* compare per la prima volta nel significato che si affermerà definitivamente, come attestato dagli usi ciceroniani, volto ad esprimere un fenomeno di grande importanza nella struttura dei rapporti sociali di produzione del mondo antico a partire dal I sec. a.C. e della cultura che vi si modella sopra: quello dell'accordo mediante

---

<sup>13</sup> *Merc.* 256 "... postquam id quod volui transegi", *Trin.* 387 "Ly. nimio citius transiges: firmum omne erit quod te egeris"; *Capt.* 345 "Hunc mitte, hic transactum reddet omne, si illum venerit", per la cui esegesi v. *supra*.

trattative idonee alla regolamentazione di una *res dubia* o di una *lis non finita* e che determina uno spostamento di ricchezze attraverso uno scambio di prestazioni. Il passo in questione è il seguente: (*Hecyra* 510-513):

"La. Phidippe, ades, audi pacis abiit. Quid mea? Postremo *inter se transigant* ipsi ut lubet, quando nec gnatu' neque hic mi quicquam obtemperant, quae dico parvi pendunt ...".

In esso Lachete, dopo avere constatato l'inutilità del proprio tentativo di convincere il figlio Fidippo a rimanere, prova a consolarsi pensando che in definitiva la questione può non riguardarlo ("*Quid mea?*") e poi dicendo "Si accordino tra di loro, Fidippo e Panfilo, come a loro piace ("*inter se transigant ipsi ut lubet*") dal momento che né mio figlio, né costui mi ubbidiscono o tengono in poco conto le cose che dico". Tale testimonianza, contenuta nell'*Hecyra* terenziana, è di grande importanza perché segna un ulteriore allargamento dell'area semantica del *transigere* che, dal concludere o chiudere un affare passa ad indicare la "conclusione di un

accordo", significato che costituirà un punto fermo tra i valori di *transigere* in Cicerone e nei giuristi ancora nel secolo successivo<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> BERTOLINI, *Della transazione nel Diritto Romano*, cit., 54 ss.; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da La-beone ad Ulpiano*, cit., 23 ss..



### **3. ANALISI DEL TRANSIGERE IN CICERONE**

Ed è proprio attraverso l'analisi degli impieghi ciceroniani del *transigere* che si ha un'ulteriore conferma di come il vocabolo, riflettendo i modelli operativi ed ideologici legati alla nuova struttura socio-economica, sia venuto via via a fissare contenuti espressivi diversi, senza perdere completamente il nesso con quelli testimoniati per l'età di Plauto e Terenzio. Così vi sono alcuni passi dell'Arpinate nei quali la parola esprime, come nei documenti più antichi, il significato originario relativo al dispiegamento di un'attività fisica o mentale, di un comportamento che richiede comunque un certo sforzo, adattandolo a momenti della realtà diversi da quello puramente fisico. Si veda, ad esempio, il passo tratto dalle Verrine:

"Is mihi etiam queritur quod a nobis IX solis diebus  
prima actio sui iudici transacta sit, cum apud ipsum

tribus horis Q. Opimius senator populi Romani bona,  
fortunas, ornamenta omnia amiserit?' (II, 1.60.156),

nel quale il *transigere* ("*IX solis diebus prima actio sui iudici transacta sit*") è impiegato nel senso di "concludere" o "portare a termine" con riferimento ad un'operazione giuridica (la prima azione giudiziaria contro il famigerato magistrato e conclusa, cioè "*transacta*" in appena nove giorni); oppure si pensi al passo tratto dalle *Philippicae*:

"... Quidnam hominis putarent, si tum occisus esset,  
cum tu illum in foro inspectante populo Romano  
gladio, insectus es negotiumque transegisse, nisi ..."  
(2.9.21),

nel quale il *transigere* viene utilizzato sempre nel significato di "concludere" o "portare a compimento", ma con riferimento ad una mera operazione materiale (nella fattispecie, l'assassinio di Clodio, tentato da Antonio e poi compiuto da Milone); o ancora si pensi al passo del *De Oratore*:

"... Sed hoc tamen cecidit mihi peropportune, quod

transactis iam meis partibus ad Antonium audien-  
dum venistis" (2.4.15.),

nel quale il "*transigere* - portare a compimento", è utilizzato con riferimento ad un'attività intellettuale, (nella fattispecie, il discorso su questioni di carattere puramente dottrinale tenuto da Crasso a dei giovani). Ma vi è poi tutta una serie di altre testimonianze ciceroniane nelle quali il dato linguistico "*transigere*" è utilizzato nel senso di "accordarsi". di "portare a compimento un accordo". A titolo esemplificativo si vedano *Pro Sex. Rosc.* 39.114:

"... Si hanc ei rem privatim Sex Roscius mandavisset ut cum Chrysogono transigeret atque decideret ...",

nel quale Cicerone, impegnato nella difesa di Sesto Roscio, già spogliato dei suoi poteri e ora accusato di parricidio per essere definitivamente tolto di mezzo, cerca di dimostrare come il suo assistito non possa avere affidato all'amico Capitone il compito di venire ad un accordo e trattare l'affare ("*... ut ... transigeret atque decideret ...*") con

Crisogono l'accusatore e *Pro Quinct.* 31.97:

"Denique ... ipsius Sex Naevi lacrimans manum  
prehendit ... obsecravit ... Ut secum aliquid integra  
sua fama qualibet, dummodo tolerabili, condicione  
transigeret",

nel quale l'Arpinate ricorda come il suo assistito P. Quinzio, una volta spogliato ingiustamente dei beni, sia giunto a rivolgersi al suo stesso avversario Nevio, supplicandolo di avere compassione e di venire ad un accordo a qualsiasi condizione purché accettabile ("... *qualibet, dummodo tolerabili, condicione transigeret*").

In essi ed altri ancora che si potrebbero elencare<sup>15</sup> l'accordo

---

<sup>15</sup> *Verr.* II 3.28.69: "... Summitebat iste Timarchidem qui moneret eos, si saperent, ut transigerent"; nel quale l'Arpinate mostra come Verre, approfittando della sua carica pubblica (nel tempo proquestore del console Dolabella), ebbe la possibilità di depredare gli abitanti della provincia affidatagli, minacciando i governatori di quella che se non fossero venuti ad accordo con lui ("... *ut moneret eos, si saperent ut transigerent*"), avrebbe designato i *recuperatores*, chiamati a giudicare, tra le persone del suo seguito; cfr. anche *Ad Quintum* fr. 3.1.2.3.: "Mescidium mecum habui; in sese ternis nummis in fedem tecum transegisse dicebat ..."; *Ad Attic.* 4.17.7.: " ... Cum privatis non poterat transigi minore pecunia".

espresso dal *transigere*, presuppone sempre un'operazione economica consistente in uno scambio di reciproche concessioni: normalmente il versamento di una somma di denaro o, comunque, il compimento di un'altra prestazione patrimoniale in cambio di una. controprestazione, spesso semplicemente promessa, ai fini del conseguimento di un risultato utile ad entrambe. In definitiva, sembrerebbe che il vocabolo *transigere* sia andato progressivamente perdendo quella sua capacità originaria di sottintendere qualunque genere di attività finalizzata ad una conclusione per assumere quella più specifica volta ad individuare la conclusione di un accordo (e tale collegamento semantico con il *pacisci* sarà ancora una volta fondamentale per la storia giuridica dell'istituto), quasi sempre annesso ad un'operazione socio-economica.

#### **4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

Il discorso fin qui svolto conduce, da un lato, ad una ricapitolazione dell'evoluzione semantica del *transigere* negli ultimi due secoli della Repubblica e, dall'altro, ad alcune riflessioni preliminari sul tipo di risposta apprestata per arrivare al riconoscimento giuridico di quei nuovi rapporti che andavano nascendo nella società del tempo.

In ordine ai punti fermi conclusivi si può dire che:

a) Il dato lessicale del *transigere* e lo spessore semantico di cui esso si è venuto caricando negli impieghi operati dalla cultura giuridica e non giuridica è elemento decisivo per ricostruire la storia dell'istituto, in quanto attraverso di esso è possibile individuare il momento in cui si è realizzato il passaggio dal pregiuridico al giuridico dell'uso del verbo. In particolare si è visto come gli usi ciceroniani del *transigere*

testimonino un utilizzo ormai maturo e consolidato del vocabolo finalizzato ad individuare con valenza giuridica un accordo (cioè un patto, il *pactum transattivo*)<sup>16</sup>.

b) Su questa evoluzione ed allargamento del campo semantico del *transigere* un ruolo decisivo è stato giocato dalla nuova struttura economico-sociale della realtà romana. Si è visto trattarsi di una realtà economica in forte espansione che organizza una fittissima rete di scambi e di traffici attraverso i quali circolano quantità sempre maggiori di merci e tende a fissare stabilmente nel proprio linguaggio i momenti peculiari delle proprie vicende più rappresentative. All'interno di questo fenomeno si inseriscono le nuove valenze semantiche del *transigere* volte a cogliere il momento dello scambio di prestazioni per raggiungere un accordo-intesa produttivo di modificazioni nell'assetto

---

<sup>16</sup> Anzi, come si vedrà nel capitolo successivo, in alcuni passi dell'orazione *Pro Q. Roscio*, è possibile far emergere un impiego del *transigere* non soltanto quale espressione equivalente del *pacisci* (= accordarsi), ma a designare, sempre all'interno dei *pacisci*, però in maniera più tecnica, un vero e proprio scambio di prestazioni destinate alla regolamentazione negoziale di una situazione controversa.

socio-economico e poi anche in quello giuridico; in altri termini, gli accordi con causa e finalità transattive dovettero con tutta probabilità ricevere notevole impulso ed incremento dall'intensificarsi dei contatti tra i vari *mercatores*, *negotiatores* ed *officinatores* portatori di interessi distinti e dal conseguenziale incremento delle possibilità di liti e conflitti tra gli stessi.

c) L'analisi del dato terminologico attesta anch'esso come la transazione, ancora nella prima parte dell'età commerciale (fino ad adesso si è giunti ai dati ciceroniani sul *transigere*, cioè fino al I sec. a.C.), presupponga comunque la conclusione di un accordo, di un *pactum* a scopo di composizione del conflitto; ad esempio, si è visto come nella *Pro Sex Rosc.* 39.114<sup>17</sup> il *transigere* sia utilizzato come sinonimo di decidere o di porre in essere un *pactum*. Questo è un dato importantissimo perché, da un lato, consente anche per via terminologica di trovare una ulteriore conferma di quel nesso tra *transigere* e

---

<sup>17</sup> *Pro Sex. Rosc.* 39.114: "... Si hanc ei rem privatim Sex. Roscius mandavisset ut cum Chrysogono transigeret atque decideret ...".



*pacisci*, concordemente accolto da tutti gli studiosi che si sono occupati dell'istituto e ricollegato nella presente indagine già al primo apparire del *pacisci* (anzi, si è sostenuto che in quei *pacta* testimoniati dalla disposizione decemvirale, Tab. I,6-7, siano rintracciabili le caratteristiche di una vera e propria transazione)<sup>18</sup>; dall'altro, porta ad impostare anche altri temi fondamentali che si dovranno poi sviluppare nel corso dello studio.

Da queste brevi considerazioni preliminari si delinea il problema centrale del nostro studio: quello di vedere come quei fenomeni rappresentativi dell'essenza stessa della nuova società ed espressi dagli impieghi del *transigere* abbiano trovato riconoscimento e validità giuridiche. E ciò nella linea evolutiva che si seguirà significa esaminare:

1. l'adattamento dei nuovi fenomeni, produttivi di effetti economici. entro nuove formule negoziali e schemi già esistenti; le applicazioni dei *pacta* e della *stipulatio* saranno la riprova più evidente;

---

<sup>18</sup> V. *supra*, cap. I.

2. il delinarsi di un utilizzo autonomo, anche dal punto di vista semantico, della *transactio* rispetto ai *pacta* (il delinarsi di un *pactum transactionis* con connotati peculiari rispetto al *genus* dei *pacta*);
3. infine la tutela processuale autonoma della transazione attraverso la protezione non soltanto dell'incontro delle volontà delle parti confliggenti, ma dello scambio economico che vi è dietro; in altri termini, il problema dell'inquadrabilità della transazione all'interno dei cd. contratti innominati.

## CAPITOLO SECONDO

### ***LO SVILUPParsi DEL RAPPORTO PACISCI-TRANSIGERE ED IL SORGERE DEL SOSTANTIVO TRANSACTIO.***

1. *L'impiego del transigere, intesa ad individuare la transazione nel senso dogmatico-giuridico moderno. Esegesi dell'orazione Pro Q. Roscio di Cicerone (I sec. a.C.) - 2. I punti evidenziati nell'orazione ciceroniana trovano riscontro nelle fonti giuridiche.- Esegesi di D. 2.15.12 (Celsus lib. 3 digestorum). - 3. Le applicazioni della transazione in materia ereditaria, trovano specifica identità tra D.2.15.12 e D.2.15.3. Esegesi del frammento 3. - 4. La ricostruzione del rapporto transigere-pacisci, con particolare riferimento al passaggio dal transigere alla transactio nelle fonti.*

MELILLO, voce *Patti (Storia)*, in *Enc. del Dir.*, cit., 479 ss.; MELILLO, voce *Patti (Storia)*, in *Enc. del Dir.*, cit., 479 ss.;

**1. IL PRIMO IMPIEGO DEL TRANSIGERE A DESIGNARE  
UNA TRANSAZIONE INTESA NEL SENSO DOGMATI-  
CO-GIURIDICO MODERNO. ESEGESI DELL'ORAZIONE  
PRO Q. ROSCIO DI CICERONE (I SECOLO a.C.)**

In precedenza l'istituto in esame era collegato alla conclusione di un accordo, ad un *pacisci* e non presupponeva una figura negoziale autonoma.

Da alcune testimonianze di Cicerone<sup>19</sup>, sembra potersi ricavare come il *transigere*, fosse utilizzato non soltanto quale espressione equivalente del *pacisci*<sup>20</sup>, ma altresì come scambio di prestazioni

---

<sup>19</sup> A differenza di altre fonti storico-letterarie analizzate nel capitolo precedente, la produzione ciceroniana è di maggiore interesse giuridico; non si deve dimenticare del resto che l'Arpinate svolgeva professione di avvocato e le sue arringhe vertevano, dunque, su questioni giuridiche concrete.

<sup>20</sup> V. *supra*, cap. I.

destinato alla regolamentazione negoziale di una situazione controversa, di una *res dubia* o di una *lis non finita* per dirla alla maniera di Ulpiano<sup>21</sup>. Tali testimonianze sono tutte contenute nell'orazione *Pro Q. Roscio*<sup>22</sup>, pervenutaci solo in parte; in particolare si analizzeranno i seguenti passi per comprendere i quali è necessario tenere conto del contesto generale in cui si inserivano:

"Ergo huc universa causa deducitur utrum Roscius cum Flavio de sua parte an de tota societate fecerit pactionem. Nam ego Roscium, si quid commune tetigit, confiteor praestare debere societati. - Societatis non suas litis redimit, cum fundum a Flavio accepit. - Quid ita satis non dedit amplius assem

---

<sup>21</sup> V. *infra*, esegesi 13.2.151 (Ulp. lib. 50 ad ed.): "Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitatem remittit".

<sup>22</sup> L'orazione per i diversi problemi sostanziali e processuali sollevati è stata da sempre oggetto di studio da parte della dottrina romanistica. In particolare v. ARANGIO-RUIZ, *Orazione per l'attore comico Q. Roscio*, in *Tutte le opere di Cicerone*, I, Verona 1964, 283 e 303 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 31 ss.; COSTA, *Cicerone giureconsulto, Orazioni*, Bologna 1911, vol. I, 24 ss.; GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cicerone, Pro Q. Roscio, sui Iudicia legitima di Cicerone a Gaio e sull'origine dei bonae fidei iudicia*, in *Studi Segni*, 2, Milano 1961, 483 ss.

neminem petiturum? Qui de sua parte decedit, reliquis integram relinquit actionem, qui pro sociis transigit, satis dat neminem eorum postea petiturum" (12, 34-35).

e

"Defensio mea quae est? Roscium pro sua parte cum Flavio transegisse." (12, 37).

La vicenda giudiziaria si svolgeva tra il convenuto Q. Roscio, celeberrimo attore comico, difeso da Cicerone ed un certo Fannio Cherea, i quali, anni prima del sorgere della controversia in atto, avevano concluso un contratto di società avente ad oggetto uno schiavo di nome Pantirgo. In base al contratto di società Roscio si obbligava ad ammaestrare lo schiavo nell'arte teatrale e Fannio a mettere appunto Panurgo in comunione: i guadagni ricavati dal locare le opere del nuovo artista sarebbero stati divisi tra l'antico padrone, Fannio, ed il maestro Roscio. L'affare concluso proseguì nel giusto verso fino a quando Panurgo, che ormai aveva cominciato a calcare le scene con il favore del pubblico, fu ucciso da un tal Q. Flavio, nativo di Tarquinia,

il quale per questo motivo fu convenuto in giudizio da Roscio *ex lege Aquilia*. Trattandosi di due soci che avevano in condominio lo schiavo, in teoria ognuno avrebbe potuto agire, anche senza accordo preventivo con l'altro, per la sua quota di comproprietà; oppure avrebbero potuto intentare insieme le due azioni, scegliendo per entrambe lo stesso giudice; nel nostro caso dalla difesa di Cicerone si ricava che Roscio intentò l'azione da solo, naturalmente per la sua quota e Fannio lo rappresentò in giudizio quale *cognitor*, quasi che essi si fossero messi d'accordo per potere riprendere la controversia, attraverso l'esercizio dell'azione che si era riservato Fannio ove il risultato non fosse stato del tutto soddisfacente. Il processo non fu portato innanzi fino alla sentenza, perché ad un certo momento fu concluso un accordo transattivo tra Roscio e Flavio, in virtù del quale l'uccisore trasferiva all'altro contraente un fondo dietro impegno a rinunciare ad ogni ulteriore pretesa. In questo contesto si inseriscono i frammenti in esame, già prima dei quali Cicerone, riportando delle espressioni di Fannio<sup>23</sup>, faceva riferi-

---

<sup>23</sup> *Pro Q. Roscio*, 12, 32 "... Lite contestata iudicio damni iniuria constituto tu

mento alla transazione conclusa utilizzando il lessema *decidere* poi in maniera univoca (paragrafi 34-35) sottolineava come il nocciolo della questione ("*Ergo huc universa causa deducitur ...*") fosse quello di stabilire se la transazione conclusa da Roscio impegnasse soltanto lui, fermo restando il diritto di Fannio Cherea a rivalersi nei confronti di Flavio, o valesse per entrambi i soci ("*... utrum Roscius cum Flavio de sua parte an de tota societate fecerit pactionem ...*"). Il difensore di Roscio specificava subito dopo perché a suo parere quello dovesse considerarsi il problema centrale della causa in corso: in base ai principi vigenti, infatti, chi avesse transatto soltanto per la propria parte lasciava integra l'azione agli altri interessati ("*Qui de sua parte decidit, reliquis integram reliquit actionem ...*") mentre chi avesse transatto anche per i soci doveva dare garanzia che nessuno di loro avrebbe agito successivamente ("*... qui pro sociis transigit, satis dat neminem eorum postea petiturum*").

---

sine me cum Flavio decidisti ... Sed hanc decisionem Rosci oratione et opinione augere licet, re et veritate mediocrem ...".



Tutta l'arringa ciceroniana, a difesa di Roscio, ruotava intorno ad alcuni punti chiave: *a)* che Fannio non avrebbe potuto esperire quell'azione, in quanto la somma alla quale era stato condannato Roscio era dovuta a titolo accessorio (come indennizzo del lavoro prestato da Fannio quale *cognitor* nel vecchio processo), non per inadempimento delle obbligazioni di socio; *b)* che, nel frattempo, lo stesso Fannio aveva transatto con Flavio per centomila sesterzi, dei quali avrebbe dovuto versare la metà a Roscio, con la conseguenza di determinare una sorta di compensazione tra i crediti; *c)* che la prima transazione conclusa tra Roscio e Flavio avrebbe impegnato soltanto il suo cliente e non anche Fannio, essendo a quest'ultimo rimasta integra la possibilità di escutere l'uccisore di Panurgo: nel frammento riportato Cicerone, infatti, affermava: "*Defensio mea quae est? Roscium pro sua parte cum Flavio transegisse ...*" e successivamente, in 14,40, richiamandone la centralità per la soluzione della causa ("*id quod vehementer ad rem pertinebat*"), specificava perché Roscio non aveva transatto per l'intero rapporto.

Ci siamo soffermati così a lungo sull'orazione ciceroniana, sia

perché non pensiamo che possa qualificarsi come fonte semplicemente letteraria (Cicerone era un grande avvocato e doveva certo ben conoscere il diritto processuale e privato della sua città), sia perché consente, in assenza di testimonianze di giuristi dello stesso periodo, di fare alcune considerazioni sullo stato dell'istituto in esame per il I sec. a.C.

1) in primo luogo è testimoniato ancora una volta il collegamento *transigere-pacisci*, nel passo 12,34, per indicare l'accordo transattivo concluso da Roscio con Flavio, Cicerone utilizzava prima l'espressione *facere pactionem*, poi nel prosieguo dello stesso paragrafo *transigere*, e così in altri passi prima analizzati: *transigere* e *facere pactionem* erano sinonimi, in quanto l'istituto transattivo rientrava ancora nel *genus dei pacta*, era un *pactum*.

2) All'interno dei patti, continuava<sup>24</sup> ad isolarsi sempre più chiaramente la finalità transattiva, diretta a realizzare uno scambio reci-

---

<sup>24</sup> Abbiamo detto "continuava", perché si è dimostrato in precedenza come già le applicazioni del *pacisci*, attestate dalle XII tavole, fossero indirizzate a fini transattivi.

proco di prestazioni per evitare una normale procedura giuridica a composizione di una lite. Nella fattispecie contemplata dall'orazione ciceroniana in particolare la questione era stata già portata innanzi ad un giudice: si trattava quindi di una lite giudiziale. Questo emergere della causa transattiva è ormai evidenziato dal dato terminologico: non occorre più farla emergere faticosamente per via esegetica e logica, dal *pacisci* o dal *pacere* arcaico delle XII Tavole, ma si ricava dall'impiego ormai maturo di *transigere*, destinato ad evidenziare l'onerosità di un *pactum*.

3) Come tutte le *privatae pactiones* anche quella con finalità transattiva produceva effetti soltanto tra le parti; nel caso specifico l'arringa ciceroniana era intesa infatti a dimostrare che l'accordo transattivo concluso tra Roscio e Flavio non avrebbe impegnato anche Fanio, *socius* di Roscio; infatti in *Pro Q. Roscio* 18,55 si legge: "... *cum de sua parte Roscius transegit cum Flavio, actionem tibi tuam reliquit ...*"

**2. RISCONTRI GIURIDICI A QUANTO EVIDENZIATO DALL'ORAZIONE CICERONIANA. ESEGESI DI D. 2.15.12 (CELSUS LIB. 3 DIGESTORUM), IL PIÙ RISALENTE NEL TEMPO TRA QUELLI FUSI NEL TITOLO "DE TRANSACTIONIBUS".**

Per quanto attiene, il contenuto semantico degli impieghi del *transigere*, c'è un testo di Celso, giurista vissuto tra la fine del I e gli inizi del II secolo d.C., che conferma l'uso, ormai sicuro e consolidato ai suoi tempi, del *transigere* nello stesso senso e con lo stesso spessore semantico attestato da Cicerone nell'orazione *Pro Q. Roscio*. Il frammento è, altresì, interessante perché è il più antico tra quelli contenuti nel titolo del Digesto relativo alla transazione.

Il passo è in D. 2.15.12 (Celsus lib. 3 digestorum):

"Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei

relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur".

Celso, fissava il principio secondo il quale una transazione in materia ereditaria, avente ad oggetto diritti derivanti da un testamento ("*... in his, quae testamento ei relicta sunt transegerit ...*") non si estendeva ai diritti che provenivano da un codicillo redatto dopo la confezione dello stesso ("*... si tamen postea codicilli proferuntur ...*"). In armonia con questa considerazione di principio, Celso precisava che non si sarebbe prestato ascolto a chi, avendo transatto in genere sulle cose lasciategli nel testamento, avesse preteso successivamente di essersi voluto riferire soltanto a quanto gli era stato lasciato nella prima parte del testamento e non anche alle liberalità a suo favore contenute nella seconda. Dalla casistica esposta in D. 2.15.12., si può, quindi, desumere che, quando si raggiungevano delle intese transattive, gli effetti non si estendevano a quanto non era noto al momento della conclusione della transazione; nella singola fattispecie entrava in considerazione il *codicillum postea repertum*, in quanto atto che fondava un di-

ritto distinto da quello del testamento che era oggetto della transazione. Su quest'ultimo punto in particolare ha insistito sia la dottrina più antica, con a capo il Bertolini<sup>25</sup>, che quella più recente<sup>26</sup> per sottolineare come l'analogia spesso accentuata tra il frammento in esame e altri due, riportati in D. 36.1.80 (78).16<sup>27</sup> e C. 2.4.19<sup>28</sup>, fosse in realtà frutto di un equivoco di fondo, in quanto gli instrumenta reperta postea di cui parlavano questi due frammenti rappresentavano soltanto prove, ritrovate dopo la conclusione della transazione, pertinenti al diritto su cui si era transatto, mentre il *codicillum postea reper-*

---

<sup>25</sup> BERTOLINI, *Della transazione secondo il Diritto Romano*, cit., 292-293.

<sup>26</sup> In particolare FREIXAS, "Una contribución al estudio de Ulpiano 50 ad ed. D. 2.15.1 (De Transactionibus)," in *Estudios en honienaje al profesor Iglesias*, vol. I, Madrid 1988, 225 ss.; lo richiama brevemente nel corso di un discorso più ampio.

<sup>27</sup> D. 36.I. 80 (78). 16 (Scaev. lib. 21 dig.): "Heres eius, qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his quibus fideicommissum debebatur restituit: *postea repertis instrumentis* apparuit quadruplo amplius hereditate fuisse quaesitum est, an in ...".

<sup>28</sup> "C. 2.4.19 (Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Irenaeo a. 293): "Sub praetextu *instrumenti post reperti transactionem* bona fide finitam rescindi iure non patiuntur ..." per la cui esegesi si rimanda al capitolo relativo al profilo processuale della transazione.

*tum*, di cui a D. 2.15.12, costituiva un nuovo titolo al di fuori del testamento che era stato oggetto della transazione.

L'oggetto della transazione includeva quelle cose, quei diritti per i quali vi era nelle parti l'intenzione di *transigere*, non anche quelli per i quali tale intenzione mancava: in definitiva era l'intenzione, la *cogitatio* delle parti che determinava l'ampiezza oggettiva di una transazione<sup>29</sup>. Su quest'ultimo punto non si deve dimenticare, per completezza di indagine, la posizione di alcuni studiosi<sup>30</sup> che hanno ritenuto interpolato dai compilatori tale frammento proprio per la considerazione in esso attribuito all'intenzione delle parti. Più precisamente il testo nella redazione originaria sarebbe stato più ampio, quale attestato in uno scolio di Cirillo a Bas XI, 2, 12:

---

<sup>29</sup> E' una questione che in particolare ha interessato gli studiosi del secolo scorso; per la tesi dell'interpretazione restrittiva, v. DONELLO, *Tractatus de Pactis et Transactionibus*, in *Opera Omnia*, Firenze 1840-1848, vol. VII, 249 ss.; per una più ampia bibliografia sul punto, v. per tutti BERTOLINI, *Della transazione nel Diritto Romano*, cit., 297.

<sup>30</sup> RICCOBONO S., *Stipulatio et instrumentum nel Diritto giustiniano*, in *Z. Sav. St.* 43 (1922), 285 ss., PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 106 e 251 ss..

oJ genicw" dialusavmeno"] ejavn tini lhgavton kataleifqh' ejn diafuvroi" th" diaqhvkx" mevresi, kai; genikw" ou|to" dialuv-shtai pro;" ton klhronovmon peri; tw'n ejn auj-th'/ th'/ diaqhvkx kataleifqevntwn aujtw'/ lhgavtwn, oujk e[sti forhto", ou[te duvnatai meta; tau'ta levgein o{ti peri; movnwn tw'n e]n tw'/ protw'/ mevrei th" dia-qhvkx", kai; ouj-kevtai de kai; peri; tw'n ejn tw'/ katwtevrw mevrei th" dia-qhv-kh" moi kataleivmmenon dielusav-mhn eij mevntoi hwdivkelloi meta; tau'-ta pronenecqw'sai, ejn oi|" e{teron ti aujtw'/ katalevlei-ptai, oujk ajnaidw" oJ toiu'-to" duvnatai levgein peri; ejkeivnou movnou kata; to;n th" dialuv-sew" ejntequmh'nqai kairo;n, o{per th'/ grafh' periecevtai tw'n diaqhw'n a" kai; movna" ejgivgnw-sken uJpei'nai ka-ta; to;n th" dialuvsew" crownon.

"Si cui legatum in diversis testamenti partibus relictum sit, et hic cum herede de legatis eodem testamento sibi relictis generaliter transegerit, ferendus non est, nec dicere postea potest, sed de his tantum, quae in prima parte testamenti, nec vero de iis, quae in inferiore testamenti parte ip ipsi relictas fuissent, transegisse. Si tamen codicilli postea proferuntur, in quibus aliquid quid ipsi relictum est, non improbe talis homo dicere potest, de eo solum tempore transactionis ineundae se cogitasse, quod scriptura testamenti, quod tempore transactionis solum, subesse noverat., contineretur<sup>31</sup>"

Stando alla ricostruzione della critica interpolazionistica, Celso avrebbe affermato che una transazione conclusa da un legatario *generaliter* sulle cose lasciategli nel testamento ("... *de legatis eodem testamento sibi relictis generaliter transegerit ...*") non consentiva di agire per una parte soltanto di queste. In altri termini, la transazione conclusa dal legatario con l'erede si estendeva a tutti i lasciti e le liberalità a fa-

---

<sup>31</sup> Nel testo si riporta la traduzione latina dello scolio M ed. Heimb. I, 686.



vore del legatario stesso contenute nel testamento, che erano perciò considerate cumulativamente; ma non comprendeva anche i diritti fondati su un codicillo non conosciuto al momento della transazione.

Ai tempi di Celso la transazione non era ancora venuta ad assurgere ad autonoma figura negoziale, con una propria causa e specifici rimedi processuali; tuttavia è evidente come il *transigere* fosse comunemente utilizzato, con valenza chiaramente giuridica, a designare uno scambio reciproco di prestazioni (si potrebbe dire un'*ultra citroque obligatio*) necessario per il raggiungimento di un'intesa di pacificazione anche in materie complesse, come quella ereditaria. Per quanto poi nel I sec. d.C. si fosse di certo già affermata la pratica di rivestire l'accordo transattivo con la forma della *stipulatio Aquiliana*<sup>32</sup> che vincolava le parti *verbis*, la grande rilevanza data nel frammento all'elemento soggettivo volontaristico e la mancanza assoluta di cenni ad un'eventuale forma stipulatoria possono essere intesi quali indici

---

<sup>32</sup> Per la transazione conclusa nella forma della *stipulatio Aquiliana*, v. *infra*, esegesi D. 2.15.2, D. 2.15.4, D. 2.15.5, D. 2.15.15; ai fini che ora interessano, basti ricordare che il negozio fu introdotto da Aquilio Gallo, pretore nel 66 a.C.

rivelatori del fatto che l'accordo transattivo, concluso dall'erede con il legatario, avesse la forma di un semplice *pactum*; anzi più precisamente, ancora per i tempi in cui scriveva Celso, si dovrebbe dire che la causa transattiva operasse come causa del *pacisci* in tema di situazioni dubbie e controverse. A tale ultimo proposito, anticipando qui alcuni risultati della presente indagine che si dimostreranno per via esegetica successivamente<sup>33</sup>, non si deve dimenticare, come ebbe giustamente a notare il Magdelain<sup>34</sup>, che un passaggio fondamentale per la configurazione della transazione quale autonomo contratto, a partire forse dal II sec. d.C., fu costituito dall'inquadramento dell'accordo transattivo all'interno della più ampia categoria dei *pacta*, che permise di dare rilevanza, accanto all'elemento oggettivo della corrispettività delle

---

<sup>33</sup> V. *infra*, cap. V.

<sup>34</sup> BURDESE, *Recensione (Magdelain: Le consensualisme)*, GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 41 ss.; su posizioni diverse in *IURA* 10 (1959), 207 ss.; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, cit., 70 ss., seguito sul punto da SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 163 ss., e TALAMANCA, *Contratto e patto nel Diritto Romano*, estratto dal *Digesto IV*, Torino 1989, 58 ss.

prestazioni individuata dagli im-pieghi del *transigere*, anche all'elemento soggettivo del *consensus*. In altri termini, per la transazione si ripropose lo stesso schema logico dei contratti innominati<sup>35</sup>; cioè affinché lo schema dell'*ultra citroque obligatio* potesse solidificarsi entro strutture negoziali precise, ciascuna con un proprio *nomen* sia pure non edittale, occorreva che si verificassero quelle condizioni per le quali fosse possibile inserire un ulteriore elemento specificativo a livello del generico schema della bilateralità delle prestazioni: tale elemento era quello volontaristico-soggettivo fondato sul *consensus*.

---

<sup>35</sup> Sul punto in particolare insiste SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 157 ss..

**3. LE APPLICAZIONI DELLA TRANSAZIONE IN MATERIA  
EREDITARIA HANNO SPECIFICHE IDENTITA' TRA  
D.2.15.12 E D.2.15.3. ESEGESI DEL FRAMMENTO 3 E  
RELATIVO COMMENTO.**

Simile al pensiero di Celso D. 2.15.12 è quanto affermato da  
Scevola, *lib. I dig.*, in D. 2.15.3:

Pr "Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: Privatis pac-  
tionibus non dubium est non laedi ius ceterorum. Quare transactione  
quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum  
rescissum videri posse, neque manumissis, vel legatariis actiones suae  
ademptae. Quare quidquid ex testamento petunt scriptum heredem  
convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro one-  
ribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alie-  
nam iniuriarn referre".

*l.* "Cum transactio propter fideicommissum facta esset et postea co-  
dicilli reperti sunt: quaero, an quanto minus ex transactione consecuta  
mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id est fideicommissi

causa consequi debeat? Respondit, debere".

2. "Debitor cuius pignus creditor distraxit cum Maevio, qui se legitimum creditoris heredem esse iactabat, minimo transegit: postea testamento prolato, Septicium heredem esse apparuit: Quaesitum sit, si agat pignoratitia debitor cum Septicio, an is uti possit exceptione transactionis factae cum Maevio, qui heres eo tempore non fuerit: possitque Septicius pecuniam quae Maevio, ut heredi, a debitore numeranda est, conditione repetere, quasi sub praetextu hereditatis acceptam? Respondit secundum ea quae proponeretur non posse: quia neque cum eo ipse transegit, nec negotium Septicii Maevius gerens accepit. "

Il giurista confermava pienamente in tema di fedecommesso quanto già attestato da Celso: la transazione conclusa su diritti derivanti da fedecommesso, così come quella su diritti da testamento<sup>36</sup>, non si estendeva ai diritti nascenti da un codicillo scoperto dopo la conclusione della stessa.

In secondo luogo, il testo di Scevola è importantissimo perché consente delle deduzioni sull'efficacia e sulla configurazione dell'istituto in piena età commerciale. Infatti nel *rescriptum* riportato si affermava quale principio generale che le convenzioni, qualificate

---

<sup>36</sup> V. *supra*, esegesi di D. 2.15.12.

tecnicamente *privatae pactiones*, non estendevano i propri effetti alla sfera giuridica di soggetti terzi estranei all'accordo, ma limitavano gli effetti solo tra le parti contraenti; e a questo principio non sfuggiva neppure la transazione. nella fattispecie conclusa tra la madre del defunto e l'erede istituito, che non poteva recare danno né ai soggetti onorati di un legato ("... *vel legatariis* ..."), né agli schiavi manomessi ("... *neque manumissis* ...") nel testamento, che, nonostante l'accordo, rimaneva intatto ("... *neque ... testamentum, rescissum* ...")<sup>37</sup>.

In perfetta sintonia con l'affermazione di principio, contenuta nel *principium*, era poi la chiusura del frammento al paragrafo 2<sup>38</sup>. L'ipo-

---

<sup>37</sup> Per l'esegesi della parte finale di D. 2.15.3.pr "quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis, aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre", v. *infra*, cap. VII a confronto con D. 2.15.14.

<sup>38</sup> "Debitor cuius pignus creditor distraxit cum Maevio, qui se legitimum creditoris heredem esse iactabat, minimo transegit: postea testamento prolato, Septicium heredem esse apparuit: Quaesitum sit, si agat pignoratitia debitor cum Septicio, an is uti possit exceptione transactionis factae cum Maevio, qui heres eo tempore non fuerit: possitque Septicium pecuniam quae Maevio, ut heredi, a debitore numeranda est, conditione repetere, quasi sub praetextu hereditatis

tesi contemplata presupponeva l'esistenza di un creditore pignoratizio, il quale aveva proceduto a vendere illegalmente<sup>39</sup> la cosa datagli in pegno dal proprio debitore.

Morto il creditore, il debitore, ignorando l'esistenza di un erede testamentario, concluse una transazione con un tale Mevio, che si spacciava erede legittimo del creditore morto, avente ad oggetto il suo debito e la vendita illegale del pegno; in base all'accordo transattivo il debitore veniva a trasferire una piccola somma supplementare. Successivamente il debitore transigente prese conoscenza dell'esistenza del testamento che nominava erede un tale Setticio. Essendo le cose in questi termini, per Scevola si ponevano due interrogativi di fondo: *a)* il primo se, una volta intentata dal debitore l'*actio pigneraticia* contro Setticio, quest'ultimo potesse opporgli la transazione conclusa dal debitore con Mevio che non era a quel tempo erede; *b)* secondo se

---

acceptam? Respondit secundum ea quae proponeretur non posse: quia neque cum eo ipse transegit, nec negotium Septicii Maevius gerens accepit".

<sup>39</sup> Lo si desume dal testo, perché il debitore poteva intentare contro di lui l'*actio pigneraticia*.

Setticio poteva ripetere da Mevio la somma pagata a quest'ultimo, in base alla transazione dal debitore che lo aveva reputato il vero erede. Ebbene Scevola dava risposta negativa ad entrambi gli interrogativi, al primo per il fatto che non era stato Setticio bensì Mevio a transigere con il debitore, al secondo per il fatto che Mevio non aveva ricevuto il denaro come gestore di Setticio, ma agendo nel proprio interesse.

A completamento di quanto visto in via esegetica, altre considerazioni possono aggiungersi in via logica; il fatto che, ad esempio, il debitore potesse intentare l'*actio pigneraticia* contro l'erede istituito (Setticio) induce a ritenere che la vendita del pegno fatta dal creditore non fosse stata regolare e la transazione convenuta con l'erede putativo destinata di conseguenza a venire meno. Infatti l'*actio pigneraticia* non avrebbe potuto essere esperita se la questione del pegno fosse stata validamente transatta<sup>40</sup>. Proprio in virtù di quest'efficacia della

---

<sup>40</sup> Dal contesto si ricava altresì che la transazione aveva riguardato il rapporto complessivo, il debito e la vendita del pegno. Questo permette di giustificare anche come mai il debitore, che aveva subito una vendita fatta in qualche modo *contra ius*, facesse tuttavia un pagamento all'erede putativo anziché ricevere un compenso per la sua rinuncia ad intentare l'*actio pigneraticia*.



transazione conclusa tra il debitore e l'erede putativo, nella fattispecie non si attribuiva eccezione all'erede vero, il quale avrebbe potuto agire contro il debitore con l'azione del rapporto principale, alla quale aveva rinunciato l'erede apparente con la transazione; a sua volta il debitore avrebbe potuto agire contro l'erede putativo per la restituzione di quanto gli aveva dato a titolo di transazione.

La testimonianza di Scevola è forse la più importante tra quelle sinora passate in rassegna, perché non soltanto consente di fare il punto della situazione su molteplici aspetti dell'istituto in esame nel II sec. d.C., ma analizzata congiuntamente ai passi di Celso in D. 2.15.12. e Cicerone, *Pro Q. Roscio* 12,34-35, permette di tracciare delle ipotesi<sup>41</sup> sulle linee evolutive dell'istituto dal I sec. a.C. al II sec. d.C.

1) In primo luogo, risulta confermata la larga applicazione degli accordi transattivi in maniera ereditaria; il che non sorprende tenendo

---

<sup>41</sup> Ci limitiamo a parlare di mere ipotesi ricostruttive, perché, come si è già sottolineato in precedenza, c'è un vero e proprio "salto" nelle fonti dal I sec. a.C. alla fine del I sec. d.C.; e quindi talora si dovrà fare ricorso ai risultati raggiunti dalla dottrina più recente in tema di evoluzione dei *pacta* e dei contratti.

conto della sua complessità e delle lungaggini con le quali le questioni venivano risolte, a prescindere dall'eventualità che avessero dato origine a liti giudiziali; in tal caso poteva rivelarsi decisamente opportuno un accordo di tipo transattivo che consentiva alle parti di guadagnare tempo e superare lo stato di incertezza dietro rinuncia a parte delle proprie pretese. In particolare, sul punto si è evidenziata la perfetta cor-rispondenza tra D. 2.15.12. e D. 2.15.3.1 a sancire il principio che l'oggetto di una transazione poteva riguardare soltanto diritti e cose note al momento della conclusione della stessa e che le parti avevano tenute presenti; nei loro testi Celso e Scevola affermavano che una transazione conclusa su diritti derivanti da testamento o da fedecommesso non si estendeva anche ai diritti nascenti da codicilli scoperti successivamente al compimento della stessa.

2) In secondo luogo, dal punto di vista dell'efficacia soggettiva dell'accordo transattivo, Scevola ribadiva che la transazione produceva effetti soltanto tra le parti contraenti e non poteva, invece, pregiudicare né avvantaggiare soggetti terzi estranei all'accordo. Tale efficacia limi-

tata emergeva, già, nell'orazione ciceroniana *Pro Q. Roscio* del I sec. a.C.<sup>42</sup> Lungo la stessa linea in D. 2.15.3.pr si confermava che la transazione tra l'erede e la madre del defunto non poteva pregiudicare né i legatari, né gli schiavi manomessi nel testamento, così come non li poteva neppure avvantaggiare, in quanto terzi rispetto al negozio; ed ancora in D. 2.15.3.2 la transazione tra l'erede apparente ed un debitore non poteva procurare diritti al vero erede.

Anzi Scevola nel mettere in luce che la transazione in esame non aveva effetto utile per il vero erede, terzo rispetto all'accordo concluso tra l'erede putativo ed il debitore, si adeguava al principio generale affermato nel *rescriptum* imperiale: "*Privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum*". Quindi per sillogismo, non è certo difficile inferire che la transazione rientrasse anch'essa nelle *privatae pactiones*. Anzi si riportava una fattispecie transattiva ad esemplificazione di come operassero i principi generali in tema di convenzioni.

Il frammento in esame in particolare il *principium* ed il paragrafo

---

<sup>42</sup> V. *supra*, § 1.

1 consentono ulteriori considerazioni in ordine ai soggetti che potevano addivenire alla conclusione di una transazione<sup>43</sup>. Infatti si riporta il caso di un simile negozio intervenuto tra l'erede istituito e la madre del defunto, a testimonianza di come alla donna, almeno in età imperiale, fosse riconosciuta la capacità di compierlo. Per quanto Papiniano, di poco posteriore a Scevola, affermasse ancora che "*in multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*"<sup>44</sup>, le fonti a disposizione<sup>45</sup> sull'istituto in esame attestano concordemente come l'essere di sesso femminile non costituisse più elemento ostativo alla conclusione di una transazione, purché non concorresse qualche particolare difetto che potesse menomare la volontà del contraente,

---

<sup>43</sup> Si ricordi che l'obiettivo prefissato all'inizio dello studio è quello di tracciare le linee evolutive dell'istituto dalle origini fino al suo configurarsi quale autonomo contratto sullo scorcio dell'età commerciale, rifuggendo da ogni impostazione manualistico-sistematica. Per cui dei vari ambiti applicativi della transazione, dei profili processuali, della capacità a transigere si tratterà non in maniera dogmatica, ma in sede di esegesi delle fonti, di volta in volta oggetto d'esame.

<sup>44</sup> Cfr. D. 1.5.9.

<sup>45</sup> Cfr. C. 2.4.2, C. 2.4.3., C. 2.4.10., C. 2.4.15, e *infra*, esegesi D. 2.15.3pr. e D. 2.15.3.2

fosse esso di sesso femminile oppure maschile<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Così dall'esegesi di alcuni passi è possibile dedurre come anche in tema di transazione l'infermità di mente rappresentasse un impedimento assoluto; i soggetti affetti da tale infermità, i *furiosi*, come erano ritenuti incapaci di provvedere a sé stessi e quindi di compiere validamente degli atti giuridici, così non potevano neppure *transigere*. Mentre per i negozi in genere l'incapacità dei furiosi era esplicitamente affermata in diversi passi, così da Gaio 3106, in cui espressamente si dichiarava "furiosum nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat", o da D. 44.7.I.12. "Furiosum sive stipuletur sive promittat, nihil agere, natura manifestum est"; per il negozio di transazione, in particolare, l'incapacità dei *furiosi*, pur rappresentando sempre un qualcosa di indiscusso, si può argomentare soltanto *a contrario* dalla costituzione riportata in C. 2.4.27 (Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Catoni, a. 294) "Sanum mente, licet aegrum corpore, recte transigere manifestum est, nec postulare debueras improbo desiderio placita rescindi valetudinis corporis adversae velamento", da cui si deduce che mentre come principio generale era richiesta la capacità di intendere a pieno, sarebbe stato contrario ai principi di giustizia ("*improbo desiderio ...*") chiedere, con il pretesto di una malattia corporale (*valetudinis corpore adversae velamento ...*), la rescissione di una transazione, trattandosi di una malattia che non influiva sulla volontà.

#### **4. LA RICOSTRUZIONE DEL RAPPORTO TRANSIGERE-PACISCI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PASSAGGIO DAL TRANSIGERE ALLA TRANSACTIO NELLE FONTI.**

In maniera prevalente si cercò di verificare se i rapporti tra *transigere* e *pacisci*, ai tempi di Scevola, si ponessero negli stessi termini del periodo ciceroniano. In tal senso un valido fu apportato dall'analisi del dato terminologico; non si potè fare a meno di notare come nel *rescriptum* imperiale non si fece più ricorso al *pacisci pactum*, né alla forma verbale del *transigere*, bensì al sostantivo *transactio*<sup>47</sup>. Su tale punto, la dottrina più recente<sup>48</sup> si è soffermata, al

---

<sup>47</sup> D. 2.15.3. pr.: "... quare *transactione* inter heredem et matrem defuncti facta est ..." qui in "*transactione* hereditatis..."; D. 2.15.3.I "*transactio* propter fideicommissum facta esset ... an quanto minus ex *transactione* consecuta mater defuncti fuerit ...".

punto tale da considerare il *rescriptum* degli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero, collocabile tra il 161 e il 169 d.C., come il primo momento legislativo di riconoscimento della transazione quale negozio tipico.

Il sostantivo *transactio* si trova testimoniato già in Pomponio, giurista di poco anteriore a Scevola, dell'inizio del II sec. d.C., in due passi, il primo in D. 41.3.29.22 (Pomp. 22 *ad Sab.*):

"Cum solus heres essem, existimarem autem, te quoque pro parte heredem esse, res hereditatis pro parte tibi tradidi: proprius est, ut usu eas capere non possis; quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque aliam ullam habes causam possidendi; ita tamen hoc verum est, si non *ex transactione* id factum ...";

---

<sup>48</sup> BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti nominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale*, Milano 7-9 aprile 1987, MELILLO, *Voce Transazione*, in *Enc. del Dir.*, cit. 777, e dello stesso Autore *Il negozio bilaterale romano*, Napoli 1986, 167 ss. Milano 1988, 15 ss. .;; SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA* 1987, XXXVIII, 289 ss.; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani da Labeone ad Ulpiano. Nova negotia et transactio*, cit. 167 ss.

nel secondo D. 12.6.23.pr Pomponio è citato da Ulpiano e quindi regna maggiore incertezza sull'autenticità del linguaggio pomponiano. La rilevanza dei passi è limitata alla ricostruzione cronologica del comparire del sostantivo *transactio* e alla materia, quella ereditaria, in cui l'istituto trovava applicazione.

Si può anche non essere d'accordo con questa ricostruzione e con il far risalire all'età antoniniana il configurarsi della transazione quale autonomo contratto, ma il passaggio dalla forma verbale *transigere* alla forma sostantivata *transactio* non può essere semplicisticamente considerato come mera evoluzione nei lessemi utilizzati ad indicare l'accordo transattivo; a nostro parere<sup>49</sup>, può essere, invece, inteso quale indice rivelatore di un'ulteriore fase nella storia dell'istituto che qui è già possibile avanzare sia pure anticipando alcune delle conclusioni cui si approderà successivamente per via esegetica<sup>50</sup>. Una volta affermatosi

---

<sup>49</sup> Ci si ricollega alle conclusioni degli studiosi riportati *supra* in nota 34.

<sup>50</sup> Manca chiaramente ancora tutta la parte dell'indagine relativa alle applicazioni, già classiche, della *stipulatio Aquiliana* in funzione transattiva, a cui si



l'impiego giuridicamente rilevante del lessema *transigere*<sup>51</sup> a designare quel fenomeno di scambio di prestazioni, spesso annesso all'inizio dell'età commerciale (III sec. a.C./I sec. a.C.) a delle operazioni socio-economiche, si è visto come quegli impieghi fossero comunque ricollegati a degli accordi e presupponessero dei patti che realizzassero quello scambio oggettivo di prestazioni, designato linguisticamente dal vocabolo *transigere*. Anzi, in diversi passi dell'orazione *Pro Q. Roscio*, Cicerone indica quelle convenzioni caratterizzate dalla peculiarità transattiva, ora con *transigere* ora *facere pactionem*, questo perché con tutta probabilità l'istituto in esame rientrava ancora nel *genus* dei *pacta* e operava come causa di quei negozi più ampi, con alcune differenze di fondo, però, rispetto all'età precedente. Mentre la finalità transattiva degli impieghi decemvirali dei pacisci si deduce soltanto per via logica e dopo articolata esegesi degli stessi, a partire dal I sec. a.C. emerge chiaramente dal ricorso frequente del lessema *transigere*;

---

rimanda in sede di esegesi di altri frammenti, in particolare D. 2.15.2, D. 2.15.4, D. 2.15.15 etc.

<sup>51</sup> V. *supra*, cap. II.

questo perché forse all'interno del genere ampio delle convenzioni-patti si era venuto facendo strada il *pactum transactionis*, idoneo alla regolamentazione negoziale della *res dubia* o della *lis incerta neque finita*: in piena età commerciale, dunque, l'istituto, non era più destinato a sanzionare delle reciproche rinunce, ma aveva, come i patti in cui rientrava, valenza positivo-costitutiva.

Decisamente in linea con quanto emergente dall'esegesi dei testi in tema di transazione sono le conclusioni alle quali è approdata la dottrina più recente<sup>52</sup> in tema di patti, ed in particolare il dato ormai pacifico che dalla media età repubblicana i patti non avevano soltanto efficacia estintiva di diritti sostanziali e processuali, ma producevano anche effetti costitutivi<sup>53</sup>. Le applicazioni dell'istituto evidenziate dalle

---

<sup>52</sup> FERRINI C., *Sulla teoria generale dei patti*, in *Opere*, Milano 1929, vol. III, 243 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 41 ss.; per la dottrina meno recente; MANENTI, *Contributo alla teoria generale dei patti secondo il Diritto Romano. Pacta conventa*, in *Studi senesi*, VII, 1913, 2 ss. MELILLO, voce *Patti (Storia)*, in *Enc. del Dir.*, cit., 479 ss.; TALAMANCA, *Contratto e patto nel Diritto Romano*, cit., 58 ss.

<sup>53</sup> Già in Cicerone in *De inv.* 2.2.68: "... pactum est quod inter quos convenit ita istum putatur, ut iure praestare dicatur ..." o *Rhet. ad Heren.*: "Pacta sunt quae

esegesi, trovano precisa rispondenza in quella che è stata l'evoluzione dei *pacta*, ed in particolare nel progressivo riconoscimento giuridico, accanto al vecchio *pactum* decemvirale tecnico o cd. negativo, del *pactum* cd. positivo, onde il primo si distinse come patto liberatorio<sup>54</sup>. Si affermò presso i giuristi l'utilizzo dell'espressione *pactum* ad indicare l'accordo puro e semplice, il più delle volte per mettere in rilievo l'inettitudine di siffatti accordi, o convenzioni, comunque non rivestite di forme particolari, a produrre certi effetti<sup>55</sup>.

Così in ordine allo sviluppo dell'istituto attraverso il dato terminologico, *pacere-pacisci* delle XII Tavole (V sec. a.C.) - *transigere-pacisci* della *Pro Q. Roscio* e di Celso in D. 2.15.12. (I sec. a.C./I sec. d.C.) - *transactio* di Scevola in D. 2.15.3. (II sec. d.C.),

---

legibus observanda sunt hoc modo ... sunt item pacta quae sine legibus observantur ex convento quae iure praestare dicuntur..."; per un'analisi più particolareggiata v. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 38 ss..

<sup>54</sup> Per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, XIV, cit., 400 ss.

<sup>55</sup> Così Paolo poteva osservare, a proposito dell'obbligo di pagare gli interessi contrapponendo il *nudum pactum* alla *stipulatio*, che "ex pacto ... actio non nascitur".

l'emersione di quest'ultima quale autonomo contratto a partire dall'età antoniniana dal genere più ampio dei patti trova ulteriore sostegno in quanto da più parti<sup>56</sup> evidenziato sul ruolo importantissimo svolto dal *pacisci* prima dell'affermarsi della categoria del *contractus*.

Il sostantivo *transactio* del *rescriptum* antoniniano rispondeva all'esigenza di fondo di trovare un termine che, da un lato, permettesse di distinguere gli accordi con finalità transattiva dalle altre categorie di *privatae pactiones* e, dall'altro, consentisse di adattarlo tanto nella forma del semplice accordo difeso dal pretore quanto nella forma solenne della *stipulatio*<sup>57</sup>.

Rimanendo sempre aderenti al dato terminologico, pienamente in linea con la ricostruzione appena proposta è un'altra testimonianza del periodo antoniniano, relativa a un intervento di Marco Aurelio in Se-

---

<sup>56</sup> In particolare GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, III, Torino 1971, 167 ss.; TALAMANCA, *Contratto e patto*, cit., 46 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 44 ss..

<sup>57</sup> Non si dimentichi, v. *infra*, esegesi D. 2.15.2, che la forma che l'accordo transattivo venne a rivestire per acquistare efficacia per il *ius civile*, fu quella della stipulazione, nella veste di *stipulatio Aquiliana*.

nato, e riportata in D. 2.15.8.pr. (Ulp. 5 de omn. trib.):

"Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesenti: Marcus Divus oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta".

In seguito a quell'intervento era stato emanato un senatoconsulto che richiedeva l'autorizzazione del pretore perché un beneficiario ("*hi quibus alimenta relicta erant*") potesse validamente concludere una transazione sugli alimenti lasciati in suo favore.

Ci soffermeremo brevemente sul contenuto del *principium*, prima di metterne in luce gli aspetti rilevanti ai nostri fini. Poiché gli alimentandi erano persone spesso bisognose e imprevedibili, onde evitare che essi superficialmente scambiassero il loro diritto ad una serie più o meno lunga di rate alimentari con una somma di denaro da pagarsi una volta soltanto alla conclusione della transazione, tali accordi venivano sottoposti all'autorizzazione necessaria del pretore, il quale doveva verificare se nel caso concreto fosse da temersi siffatto

pregiudizio e, quindi, permettere o meno il negozio a seconda del risultato del suo esame. L'*oratio* di Marco Aurelio fu dettata dall'esigenza di tutelare contemporaneamente l'interesse del singolo e dello Stato; infatti l'occasione di avere a disposizione una somma di denaro portava spesso gli alimentandi a rinunciare con facilità al proprio credito anche per poco prezzo, per consumare il capitale ottenuto e ricadere nella miseria, favorendo in tal modo l'aumento di coloro a favore dei quali le casse pubbliche dovevano provvedere.

Ebbene ai fini che maggiormente ora interessano, l'intervento di Marco Aurelio in Senato sembrerebbe rappresentare una applicazione particolare dei principi fissati nel *rescriptum* riferito da Scevola: confermava l'operatività dell'istituto, denominato ormai *transactio*, in materia ereditaria, precisando che, se a transigere fosse stato un alimentando, sarebbe stata necessaria l'autorizzazione del magistrato. Sulla base di siffatto impiego del termine *transactio* da parte della cancelleria dell'imperatore Marco Aurelio e di quello più maturo e consolidato da parte della giurisprudenza severiana (a cavallo tra il II ed il

III sec. d.C.)<sup>58</sup>, non è fuori luogo ipotizzare che forse già sul finire del II sec. d.C., prima dunque delle grandi sistemazioni operate in età severiana, il negozio transattivo abbia assunto delle caratteristiche sue proprie, anche se non definitive. Non lo si può affermare con certezza, perché si deve riconoscere che non tutti gli impieghi di *transactio*, ancora nell'età dei Severi, rivelavano l'esistenza di uno specifico *contractus-transactio*. Talvolta, infatti, il sostantivo e più spesso la forma verbale del *transigere* continuavano soltanto ad individuare l'attività socio-economica delle parti che si traduceva in un qualcosa di certo rilevante per il diritto, ma non inquadrabile negli schemi del *contractus*<sup>59</sup>. La presenza di questi altri impieghi non basta, tuttavia, a negare l'emersione di una nuova figura contrattuale che soltanto poteva giustificare la nascita del nuovo termine; né ad impedire la collocazione

---

<sup>58</sup> V. *infra*, esegesi dei passi dei giureconsulti severiani riportati nel titolo del Digesto relativo alla transazione.

<sup>59</sup> V. *supra*, nt. 35 a proposito degli impieghi pomponiani del *ius iurandum* finalità transattive, confermati successivamente da Gaio, in D. 12.2.31: "... quod si alias inter ipsos iure iurando transactum sit negotium non conceditur eandem causam retractare" e ancora dopo da Paolo in D. 12.2.2: "Iusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata".

temporale nello scorcio finale dell'età commerciale. Una parte della dottrina sulla scia della Peterlongo continua a ritenere l'accordo transattivo, per questa fase, rientrante solo nel più vasto *genus dei pacta*. In particolare quest'ultima studiosa, sulla base di logiche interpolazionistiche sostiene che l'intera rubrica "*De Transactionibus*" (e non soltanto, come pure si deve ritenere, il titolo della stessa) sarebbe opera dei compilatori e ricomposta con frammenti dei giuristi di età commerciale pesantemente interpolati. A parte i dubbi sulle ragioni interpolazionistiche<sup>60</sup>, nello studio della Peterlongo non si prende assolutamente in considerazione l'uso del termine *transactio* da parte della cancelleria di Marco Aurelio, anche se si riconosce che già nei Codici Ermogeniano e Gregoriano si avvertì la necessità di delineare un'autonoma normativa per la transazione (e con quelle compilazioni siamo poco dopo la grande sistematica severiana e molto prima del lavoro giustiniano).

Altri elementi sono stati portati a sostegno di un maturo

---

<sup>60</sup> PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 129 ss.



delinearsi dalla transazione quale negozio autonomo a partire dall'età dei Severi (forse già dagli Antoniniani). Così, ad esempio, il Melillo<sup>61</sup> ricava ulteriori argomentazioni dall'analisi della struttura delle compilazioni giustinianee, facendo notare come nella struttura del titolo del *Codex Iustiniani*, dedicato alla transazione, delle 43 *constitutiones* riportate in ordine cronologico dal 211 al 500, le prime si collocavano esattamente nel periodo severiano e parallelamente nella struttura del titolo del Digesto (D. 2.15.) dei 17 frammenti riuniti dai compilatori ben 11 appartenevano ad autori della giurisprudenza severiana, mentre la giurisprudenza dell'età precedente è rappresentata da un frammento di Celso<sup>62</sup>, da uno di Gaio<sup>63</sup> e da due di Scevola<sup>64</sup>. Dalla considerazione poi che il sostantivo *transactio* compare soltanto in Scevola e non in Gaio né in Celso, che continuano ad adoperare forme del verbo

---

<sup>61</sup> MELILLO, *Il negozio bilaterale romano*, cit., 167, e *Transazione*, in *Enc. del Dir.*, cit., 774 ss..

<sup>62</sup> V. *supra*, esegesi D. 2.15,12.

<sup>63</sup> D. 2.15.6. (Gai. 17 ad ed. prov.): "De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur neque transegi, neque exquiri veritas; aliter potest quam inspectis, cognitisque verbis testamenti".

<sup>64</sup> V. *supra*, esegesi D. 2.15.3; v. *infra*, D. 2.15.14, in cap. VII.

*transigere*, lo studioso trae un ulteriore elemento a sostegno della tesi che vuole l'uso sostantivale comparire con Scevola nel suo riferimento del rescriptum di Marco Aurelio e Lucio Vero riportato in D.2.15.3.pr. In ogni caso l'uso di *transactio* è presente più volte in Scevola<sup>65</sup>, come, ad esempio, in

D. 20.2.10: "Tutoris heres cum herede pupilli *transactione* facta, cui ex ea maiorem partem solvisset, in residuam quantitatem pignus obligavit: quae-situm sit, an in *veterem contractum* iure res obligata esset. Respondit secundum ea quae proponerentur obligatam esset".

A parte la questione controversa in dottrina<sup>66</sup> se i responsi del giurista si riferissero alla *fiducia* o al *pignus*, quanto ai nostri fini interessa rilevare è che Scevola confrontava il negozio di garanzia con la transazione ("*transactione facta*") e qualificava quest'ultima come un *contractus* ("*an in veterem contractum*"). Quindi fin dal suo primo

---

<sup>65</sup> V. *supra*, nt. 60.

<sup>66</sup> V. per tutti SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der "Responsa" de C. Scevola*, in *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel*, in particolare 145-150.

apparire la potenzialità di contenuti del nuovo vocabolo *transactio* restava individuata rispetto alla nozione di *contractus*, quale si era venuto ad elaborare sul concetto di *conventio*, e dunque in grado di produrre al suo interno nuove figure, oltre quelle edittali, attraverso quello schema logico in precedenza evidenziato: cioè l'esistenza di una generica *ultra citroque obligatio* e la presenza di una specifica *conventio* che ne assicurava il *nomen* sia pure non edittale (struttura logica entro la quale si inseriva la nuova *species transactio*)<sup>67</sup>. Ormai era giunto a compimento il processo di individuazione all'interno del genere dei *pacta*, del *pactum transactionis*<sup>68</sup> cioè di una convenzione con una specifica causa *transigendi* e con mezzi giurisdizionali adeguati a garantire la finalità transattiva, seppure ancora costitutiva

---

<sup>67</sup> Sul punto sono valide le conclusioni dello SCHIAVONE, *Lo schema logico dei giuristi romani da Labeone ad Ulpiano. Nova negotia et transactio*, cit., 157 ss..

<sup>68</sup> MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'edit du préteur*, cit., 8 ss., il quale sottolinea come il riferimento al *pactum* accentuasse il risalto al momento convenzionale dei rapporti.

con il *pactum* e, come si vedrà, con la *stipulatio Aquiliana*<sup>69</sup>.

## CAPITOLO TERZO

### ***LA STIPULATIO AQUILIANA E LE STIPULATIONES***

#### ***POENALES IN FUNZIONE TRANSATTIVA***

*1. La tradizione testuale di D. 2.15.1. – 2. Elementi del negozio di transazione ricavabili dall'esegesi di D. 2.15.1. - 3. Il comparire nelle fonti della stipulatio Aquiliana applicata a finalità transattive. Lo schema operativo del negozio risultante da D. 2.15.4. - 4. Rapporto*

---

<sup>69</sup> V. *infra*, esegesi di D. 2.15.2. e D. 2.15.4.; per ora quello che si è voluto dimostrare è che l'istituto in esame non era più un *nudum pactum*, ma una *conventio* che determinava il sorgere non solo di *exceptiones*, ma anche di *actiones* diverse dall'*actio ex stipulatu*, quali l'*actio praescriptis verbis* e altre tendenti a ripristinare l'equilibrio sinallagmatico che le parti hanno determinato.

*tra stipulatio Aquiliana e pactum conventum nelle fattispecie transattive. Esegesi di D. 2.15.2 - 5. Testimonianze di transazioni tutelate da una stipulatio poenalis. Esegesi di D. 2.15.15 e D. 2.15.16. Considerazioni relative.*

## 1. LA TRADIZIONE TESTUALE DI D.2.15.1

Si sono tracciate nel capitolo precedente alcune<sup>70</sup> linee evolutive della transazione dalla fase iniziale dell'età commerciale al periodo antoniano (dal III sec. a.C. - II sec. d.C.), mettendo più volte in rilievo come la notevole difficoltà nell'approdare a dei punti fermi sia dovuta in parte alla scarsità delle fonti giuridiche sull'argomento, in parte alla complessità propria dell'istituto, che si vede spesso oscillare tra la zona ampia e indeterminata dei *pacta* e, ad un certo momento, quella del *contractus*. In particolare, attraverso l'analisi del dato terminologico e del comparire del sostantivo *transactio* a partire dalla fine del II sec. d.C. si è colta l'individuazione all'interno dei patti, di quello destinato a

---

<sup>70</sup> Si sono, infatti, tralasciate le applicazioni della *stipulatio Aquiliana* in materia transattiva, che saranno tra gli oggetti del presente capitolo.

finalità transattiva, il *pactum transactionis*, che venne a rivestire sempre maggiore importanza fino ad assurgere ad autonomo contratto<sup>71</sup>. Alla luce delle linee tracciate è possibile accingersi all'analisi delle altre fonti, risalenti per la maggior parte all'età Severiana (fine II sec. d.C./prima metà del III sec. d.C.)<sup>72</sup>, che, rappresentando il punto di arrivo di certe trasformazioni dell'istituto, da un lato, consentono di trarre conferme a quanto sostenuto e, dall'altro, di aggiungere ulteriori tasselli. Così, per il delinearsi della transazione quale autonoma figura contrattuale, con una propria ben individuata causa e specifici atti

---

<sup>71</sup>Si è approdati ad una soluzione in un certo senso di mediazione tra le varie proposte in ordine ai rapporti *pacta-contractus* e che del resto è quella seguita dalla dottrina più recente: GUARINO, *Diritto Privato Romano*, cit., 842 ss.; MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 772 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 643 ss.; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 257 ss..

<sup>72</sup> Si è già detto in precedenza come dei 17 frammenti del titolo "*De Transactionibus*", base della presente indagine, ben undici appartengono ad autori di questo periodo; la giurisprudenza dell'età precedente è rappresentata da un frammento di Celso (D. 2.15.12), da uno di Gaio (D. 2.15.6) e da due di Scevola (D. 2.15.3 e D. 2.15.14); della giurisprudenza successiva si ha un solo frammento, D. 2.15.16 (Hermogen. lib. 1 epit.).

costitutivi con i quali ormai non veniva più a confondersi, appare estremamente significativa la collocazione in apertura del titolo "*De transactionibus*" di due testi ulpiane, uno tratto dal libro 50 *ad edictum* e l'altro dal 74°. Il primo D. 2.15.1 è il seguente:

"Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit";

nel quale si distingue la transazione dal *pactum* in relazione al carattere incerto della *res* o della *lis* transatta, per poi nel frammento successivo, D. 2.15.2, descriverne i fondamentali negozi costitutivi, *pactum* e *stipulatio* nella forma di *stipulatio Aquiliana*:

"Transactum accipere quis potest non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum factum fuerit".

Prima di esaminarne gli aspetti più rilevanti per il nostro studio, non si può dimenticare che il primo passo ha dato luogo a diversi dubbi



interpretativi, sia sotto il profilo della forma, per la ripetizione "*transigit ... transigit*", che è apparsa di notevole rilevanza alla critica interpolazionistica<sup>73</sup> per dichiarare alterato il testo, sia per la generalità dell'affermazione secondo cui il *pactum* interveniva quale atto *donationis causa*<sup>74</sup>, sia soprattutto per l'evidente contrasto con quanto lo stesso Ulpiano sosteneva nel frammento successivo, nel quale venivano indicati come negozi costitutivi la *stipulatio Aquiliana* ed il *pactum conventum*. A favore o meno della genuinità ulpiana del testo come un argomento fondamentale è stato ritenuto la sede originaria del frammento all'interno del libro 50 *ad Edictum*, in quella parte in cui Ulpiano trattava dell'*instrumentum testamenti*<sup>75</sup>. Ebbene ai sostenitori<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 9 ss.; KASER, *Voce transactio*, in *P. W. R. ENC. XII* cit., 2139 ss..

<sup>74</sup> Sul punto ha insistito in particolare FREIXAS, *Una Contribución al estudio de Ulpiano 50 ad edictum, D. 2.15.1 (De transactionibus)*, in *Estudios en homenaje al profesor Iglesias*, cit., 225 ss..

<sup>75</sup> Il passo intero sarebbe stato quello riportato in D. 29.3.2 (Ulp. 50 ad ed.): "Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum: quin potius publicum est instrumentum. Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est; Sed abusive te-

della natura interpolata del testo, tale provenienza è parsa significativa per dimostrare come la materia in esso trattata non fosse la più adatta a fornire l'opportunità per dare la definizione della transazione<sup>77</sup>. Circa la struttura formale del frammento, da parte della critica interpolazionistica si è posto l'accento sulla forma sintattica "*lite incerta neque finita*" che dipendendo da "*transigit*" avrebbe dovuto essere retta più correttamente da un *de*, sull'avverbio *quasi*<sup>78</sup>, difficilmente collocabile nel contesto e soprattutto sulla ripetizione "*transigit ... transigit*", ritenuta non ascrivibile ad un autore del II sec. d.C.. Inoltre, dal punto di

---

stamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta: Itemque imperfecta testamenta solemus dicere".

<sup>76</sup>PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in *Z. Sav.-St.* 42 (1921), 273 ss., in particolare 282-290; PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 9 ss.

<sup>77</sup> In particolare secondo tali studiosi, anche a voler ammettere che Ulpiano avesse parlato della transazione, in ogni caso si sarebbe limitato a farne un semplice accenno, come Gaio, per la stessa materia, in D. 29.3.1: "Omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur ... Ratio autem huius edicti manifesta est neque enim sine iudice transigi neque apud iudicem exquiri veritas ...".

<sup>78</sup> Per i vari significati proposti al *quasi*, v. GUARNERI - CITATI, *Indice delle parole e delle frasi interpolate nel "Corpus Iuris"*, cit., 72 ss.

vista del merito, si faceva notare come la contrapposizione tra *pactum* e *transactio* non fosse ammissibile, alla luce sia del frammento successivo, che delle caratteristiche dell'istituto al tempo in cui Ulpiano scriveva, rientrando la transazione nel *genus* ampio ed indiscriminato dei *pacta*. Sulla base di questo complesso di considerazioni si concludeva che D. 2.15.1 era opera dei compilatori giustiniane, i quali, nel realizzare una sistemazione che tra i suoi fini aveva anche quello didattico, vollero introdurre l'argomento con una definizione, traendo esempio dai manuali scolastici, che usavano premettere alla trattazione di un argomento la sua definizione. Tale corrente pecca di eccessivo radicalismo<sup>79</sup>; inoltre non convince l'impostazione metodologica che la caratterizza e che, a nostro parere, va esattamente capovolta: non si può infatti accettare la predeterminazione di alcuni punti fermi (in particolare ritenere che l'istituto, per tutta l'età commerciale, non ebbe una propria

---

<sup>79</sup>Come si desume anche dall'ulteriore argomentazione ormai abbandonata, per cui i classici non usavano dare definizioni, tant'è vero che Giavoleno in D. 50.17.202 affermava "Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti posset".

autonomia, ma si confuse con la figura del *pactum* e della *stipulatio*) e incasellare i testi in funzione degli stessi, ricorrendo allo strumento dell'interpolazione per giustificare, sia pure su basi logiche e non pienamente astratte, eventuali deviazioni e contrasti. A nostro parere, invece, bisogna mettere da parte le dispute sulla struttura sintattica del frammento, ritenuta elemento fondamentale dalla critica interpolazionistica ed invece di modesta rilevanza dai sostenitori della genuinità di D. 2.15.1<sup>80</sup>, ed insistere sul punto centrale per la comprensione del luogo ulpiano, che è la contrapposizione *pactum-donatio/transactio*, da analizzare tenendo conto anche dell'evoluzione dell'istituto<sup>81</sup> nel periodo precedente all'età severiana. In primo luogo, è da ritenere poco probabile che i compilatori giustiniane, ai quali doveva essere sicuramente noto il presunto

---

<sup>80</sup> BERTOLINI, *Della transazione nel Diritto Romano*, cit., 33 ss.; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 257 ss.; con alcune differenze FREIXAS, *Una contribución al estudio de Ulpiano 50 ad Ed D. 2.15.1 (De Transactionibus)*, cit., 225.

<sup>81</sup> V. *supra*, cap. III.

contrasto con il frammento successivo, abbiano modificato il testo originario di Ulpiano; è preferibile, pertanto, lasciarlo intatto e analizzarlo alla luce del libro 50 *ad edictum*, nel quale si trattavano problemi successori.

In quest'ottica la scarsa linearità, anche formale, di D. 2.15.1 può considerarsi dovuta non ad un lavoro di interpolazione, ma allo stralcio di una parte molto ridotta del contesto originario<sup>82</sup>, all'interno del quale probabilmente Ulpiano faceva una distinzione tra l'ipotesi di una lite giudiziaria o di una situazione incerta ("*de re dubia et lite incerta neque finita ...*") tra eredi, coeredi o legatari, rispetto alla quale era intervenuta una composizione fondata su reciproci sacrifici mediante ricorso al *pactum transactionis* o *transactio*, e l'ipotesi di una controversia destinata a chiudersi con una sostanziale rinuncia di una sola delle parti e dunque realizzata mediante ricorso ad un *pactum donationis*<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> V. *supra*, nt. 7.

<sup>83</sup> Si è seguita la lettura del frammento che non interpone alcuna virgola tra "pasciscitur" e "donationis causa", non ritenendo che in età severiana il *pactum* intervenisse quale atto negoziale con tale finalità limitata.

Di recente sulla specifica questione il Fino<sup>84</sup> ha avanzato un'ipotesi profondamente innovativa che merita uno specifico approfondimento. Secondo tale studioso, occorre partire dalla constatazione che una serie di dati vengono dagli studiosi presupposti: sia per quanto attiene il significato del verbo 'transigere' e del sostantivo 'transactio', sia per quanto riguarda il rapporto fra questi e le voci italiane «transigere» e «transazione». La ricostruzione storica parte sempre dalla percezione di un possibile ambito d'indagine, che, in questo caso, è rappresentato dalla corrispondenza semantica tra il verbo latino e quello italiano e, rispettivamente, tra il sostantivo latino e quello italiano: tale corrispondenza, nello studio del Fino non invece accolta come scontata.

Muovendo quindi dal sospetto dell'artificialità di questa equipollenza, egli sviluppa l'indagine secondo due filoni: l'uno, di carattere più squisitamente giuridico, volto a individuare nelle fonti romane gli

---

<sup>84</sup> M.A. Fino, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004.

elementi che giustificano, nelle trattazioni generali come in quelle monografiche, l'attribuzione alla 'transactio' di caratteristiche pressoché identiche alla moderna «transazione»; l'altro, di carattere più filologico, volto a far emergere nelle fonti latine, elementi utili a definire il corredo semantico di 'transigere' e, conseguentemente, di 'transactio'.

Ne emergerebbe, secondo tale autore, che, da quei frammenti del Digesto e costituzioni del Codex, da secoli considerati come il fondamento dei concetti di 'transigere' e 'transactio', non si ricava un impiego di questi segni per indicare un istituto cui si ricorre solo per eliminare o prevenire le situazioni dubbie e le controversie. Anzi, l'oratio divi Marci offre elementi utili a isolare un uso del verbo, e del sostantivo, con riferimento all'attività che pone fine a un rapporto non necessariamente litigioso, né controverso o connotato da incertezza.

E se, per quanto attiene la funzione del 'transigere', non vi sarebbe traccia di una limitazione del termine come finalizzato esclusivamente all'eliminazione o alla prevenzione delle controversie, non stupisce che nelle fonti manchi ogni attestazione circa la necessità di una struttura

particolare perché si possa parlare di ‘transigere’ o di ‘transactio’. Non c’è fonte romana che provi la necessità di reciproche concessioni, o di prestazioni che diano forza vincolante all’accordo, in caso di ‘transactio’. Certamente si trovano nelle fonti casi in cui concessioni reciproche sono testimoniate, ma nessuno in cui per il ‘transigere’ o la ‘transactio’ sia prescritta la struttura che, a esempio, i codici italiano e tedesco delineano.

Sembra, infine, sempre a dire del Fino, che nelle fonti del II sec. d. C., anche l’elemento convenzionale abbia un ruolo limitato: è possibile individuare un uso di ‘transigere’ che indica il prodotto della volontà di chi abbandona una propria prerogativa, non la conclusione di un negozio bilaterale. Un dato che sembrerebbe provare l’attenzione dei prudentes per quell’atto unilaterale, efficace senza bisogno dell’intervento dell’altrui volontà, individuato nella storia da diversi autorevoli giuristi con il gesto di colui che, ‘transigendi causa’, rinuncia a far valere giudizialmente le proprie ragioni.

Di qui la necessità, a dire del Fino, di una ricostruzione del corredo semantico di ‘transigere’, la cui risalenza è incomparabilmente



maggior rispetto a 'transactio' (che compare, nelle fonti cd. letterarie pervenute, solo una volta, in un frammento di M. Capella del V sec. d.C.), attraverso l'esame di tutte le ricorrenze del verbo nelle opere della letteratura latina, dal II sec. a. C. fino alla caduta dell'Impero d'Occidente: ne emerge una pluralità di significati di 'transigere', normalmente abbinati a diverse costruzioni del verbo (usato sia come transitivo, sia come intransitivo, in diverse costruzioni sintattiche), nessuno dei quali, tuttavia può dirsi rappresentare, in età romana, un'anticipazione del senso che il verbo «transigere» ha nel linguaggio giuridico moderno.

Sulla scorta di questo risultato, il Fino trae nuovi elementi dall'esame dei frammenti riconducibili a giuristi del II sec. d.C. (età durante la quale verbo e sostantivo entrano nella lingua dei prudentes), consentendo di evidenziare come la diversa sensibilità di ciascuno di essi abbia privilegiato uno o più degli aspetti che costituiscono la polisemia di 'transigere'. Tra questi, l'aspetto della rinuncia a una pretesa e della conclusione di un rapporto giuridico controverso (o della sua prevenzione) sembrano emergere come elementi che, insieme

o separatamente, si ritrovano nella riflessione di tutti i maestri antoniniani, al punto che è possibile individuare in essi le radici dello sviluppo futuro del significato di 'transigere' e 'transactio', nel senso di una specializzazione che ha perso per strada quello generico di «portare a termine», «concludere» una qualunque attività o un qualunque rapporto, anche non controverso.

Alla luce di quanto ricavato dalle ricorrenze di 'transigere' nelle fonti letterarie, il problema della tradizione testuale di D. 2,15,1 riveste un'importanza capitale, in considerazione del fatto che questo frammento, tratto dal libro 50 ad edictum di Ulpiano e collocato dai compilatori in apertura del titolo de transactionibus, rappresenta, secondo una tradizione che risale al Medioevo, uno dei due pilastri (l'altro è il rescritto diocleziano sinteticamente riportato in C. 2,4,38) dell'idea di 'transactio'-«transazione» condivisa a tutt'oggi dalla communis opinio.

Partendo dall'esame della littera Florentina, è parso possibile al Fino suggerire una ricostruzione testuale alternativa a quella resa ormai "canonica" da Mommsen:

Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit.

Si tratta di una ricostruzione che consente di battere vie esegetiche nuove, superando le perplessità e le suggestioni indotte dalla reiterazione di ‘transigit’ nella versione di D. 2,15,1 che tutti conoscono. Per l’autore, infatti, di fronte a certi dubbi sull’originale tenore del passo ulpiano, non si può affermare con assoluta certezza che in esso la distinzione fra ‘transigere’ e ‘pacisci’ sia basata, oltre che sull’oggetto delle due attività (res dubia et lis incerta neque finita e, rispettivamente, res certa et indubitata), sulla gratuità della seconda contrapposta alla (supposta) onerosità della prima.

L’interpretazione tradizionale, invero, sarebbe dovuta al fatto che si raccordano i verbi ‘transigit’-‘transigit’ da un lato e ‘paciscitur’-‘remittit’ dall’altro, anche se la distinzione ulpiana solo apparentemente riecheggia un modulo di definizione-distinzione che abbiamo riscontrato nella tradizione latina (con riferimento a Catone, Festo e Gellio), ricordata supra a proposito di ‘properare’ e ‘festinare’.

In effetti, la versione “ufficiale” di D. 2,15,1 impone alla dottrina di confrontarsi con il problema di quale valore definitorio sia da riconoscere all’espressione ‘qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit’ (ad esempio, vi è chi recentemente ha proposto la soluzione di interpretare la ripetizione del verbo come una calliditas stilistica e chi ha riproposto la sostituzione del secondo ‘transigit’ con un verbo diverso), lasciando forse in ombra il rapporto fra ‘donationis causa’, ‘liberalitate’ e ‘remittere’.

Se, come propone il Fino, si espunge il secondo ‘transigit’ – sulla scorta, perlomeno, della corretta osservazione che così sarebbe «*doch gutes Latein*» – ciò impone, comunque, di trovare una giustificazione teorica (non necessariamente giuridica in senso moderno, né certamente dogmatica) della distinzione ulpiana. Infatti, accogliendo una simile ricostruzione, si ottiene una definizione-distinzione che trova nell’oggetto la differenza specifica, e nell’attività – sussunta, tanto per il ‘transigere’ quanto per il ‘pacisci (donationis causa)’, nell’espressione ‘liberalitate remittere’ – il genere. Conseguentemente, ‘transigere’ dovrebbe indicare un’azione dovuta alla volontà di una

singola parte (con terminologia moderna, un negozio unilaterale) proprio perché non pare confutabile che ‘remittere’ indichi un’attività (descrivibile facendo ricorso a significanti quali «rinunciare», «diminuire», «indulgere») perfezionata e pienamente efficace in forza della volontà di una sola parte (pur non essendo certo escluso che, all’attività prodromica – ovvero alle trattative – che conduce finalmente al ‘remittere’, contribuiscano le volontà sia del rinunziante sia del beneficiario).

Per le ragioni già esposte non bisogna scrivere ‘remittere’ pensando a una ‘remissio’ o, peggio, a una «remissione». Tali scelte, non sembrano condivisibili sotto il profilo storico e anche sotto il profilo giuridico, offrendo nuovi argomenti all’opportunità di distinguere fra ‘transigere’, ‘transactio’, «transigere» e «transazione».

Il percorso di ricostruzione di un possibile pensiero ulpiano, sotteso al contenuto di D. 2,15,1, impone di spiegare in quale misura ‘transigere’ e ‘pacisci’ rappresenterebbero altrettante manifestazioni del ‘liberalitate remittere’, almeno nel contesto da cui è tratto il pensiero del giurista. Questo perché, come evidenziato, la scelta della tecnica

diaretica ulpiana risulta chiara, qualora si accolga la tesi che, fra ‘transigere’ e ‘pacisci donationis causa’, l’oggetto (del ‘remittere’) sia la sola differenza specifica.

Il problema è stabilire il significato di ‘liberalitate remittere’, che in questa prospettiva non può più considerarsi una ripetizione di ‘donationis causa’. Muovendo dall’ipotesi che in D. 2,15,1 si trovi la contrapposizione fra la donazione e un altro atto gratuito (qui rispettivamente rappresentati da ‘pacisci donationis causa’ e ‘transigere’), in quanto aventi oggetti diversi, e non invece – come ritiene la dottrina dominante – fra una donazione e una transazione, in quanto negozio gratuito e rispettivamente oneroso, devono venire in considerazione quegli elementi soggettivi che costituiscono la causa donationis e il significato del segno ‘liberalitas’: due questioni solitamente poco indagate. Tuttavia, l’elemento soggettivo (l’interesse a donare, lo scopo dell’atto gratuito), non è per nulla trascurato dalla dottrina moderna, a maggior ragione, quindi, non si può ritenere, con certezza, che fosse ignorato dai giuristi romani quando si confrontavano con concetti quali ‘liberalitas’ o ‘animus donandi’.

In definitiva, secondo Fino, in D. 2,15,1, 'transigere' viene impiegato con un significato generico, pur nel riferimento stabile a una «conclusione» (forse di una controversia in atto o temuta dal soggetto 'qui transigit') cui si perviene per il tramite di una «rinuncia» ovvero di una «riduzione» ('remittere de', appunto) alla propria tutela da parte del soggetto o dei soggetti titolari di prerogative in tal senso. Una rinuncia/riduzione che non è, e non può essere, intesa o trattata come una qualsiasi prestazione nell'ambito di un ipotetico schema contrattuale sinallagmatico applicato al 'transigere', ma è l'essenza del suo significato (non a caso quest'ultimo verbo è contrapposto a 'contrahere' in D. 2,14,1,3, dove la partizione diairetica 'contrahendi transigendique causa' esaurisce i possibili effetti di una qualsivoglia conventio, riprendendo, ad avviso di chi scrive, stile e contenuti gaiani).

La rinuncia effettiva alla difesa delle proprie ragioni, atto eminentemente unilaterale ed efficace indipendentemente anche dalla volontà di colui verso il quale si avanzarono le pretese che si abbandonano, pone fine alla controversia in atto o previene quella

temuta. L'assunzione di un obbligo a rinunciare, magari in forza di una 'stipulatio', può essere utile in qualche caso, ma non è sufficiente a raggiungere il fine, a realizzare la funzione di estinguere o prevenire la controversia. Comunque sia, o il titolare della pretesa 'liberalitate remittit', con un atto squisitamente unilaterale sebbene non donativo, oppure *transactum non est*.

Questo significa che chi effettua una simile rinuncia, non necessariamente deve farlo in vista di un corrispettivo (altrimenti, dall'insieme oggetto della partizione diairetica ulpiana, risulterebbe escluso il 'remettere' a titolo gratuito 'de re dubia', mentre ciò parrebbe possibile solo per una 'res certa') né, altrettanto necessariamente, si depauperava in virtù delle peculiarità dell'oggetto ('remittit de re dubia et lite incerta neque finita'), mentre sicuramente guadagna in tranquillità, evitando o concludendo il processo di cui risparmia del tutto o in parte i costi.

E se è un nuovo assetto di interessi a essere posto in essere transigendi causa, per cui la rinuncia di una parte sembra avere il carattere di una prestazione scambiata con un'altra, non si deve sottovalutare il peso



differente delle diverse volontà: l'accordo può (non «deve») fissare le condizioni per la rinuncia alle proprie prerogative processuali da parte di chi vi abbia diritto, ma solo il 'transigere', dovuto a una sola libera volontà – nella riflessione dei giuristi antoniniani come in quella di qualche autorevole processual-civilista moderno – produce l'effetto estintivo (o preventivo, quando è solo temuta) della controversia.

Ciò detto, se da D. 2,15,1 non emerge con la nitidezza normalmente presupposta il carattere oneroso del 'transigere' – proprio perché non si può stabilire un nesso sinallagmatico tra la rinuncia all'azione e un eventuale, mai richiesto come necessario, corrispettivo – lo stesso può dirsi, ad opinione del Fino,<sup>i</sup> per C. 2,4,38 ovvero C. 6,31,3 (poiché dalla costituzione, conservata in misura meno rimaneggiata in quest'ultimo luogo, è tratta la breve formulazione 'Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit', inserita dai compilatori nel titolo de quo), tradizionalmente ricordate come attestazioni dell'onerosità della transactio.

Il testo di C. 6,31,3 attesta l'inefficacia di una transactio posta in essere da parte di chi non può più rinunciare validamente alle proprie pretese.

I tre participi ‘nullo dato vel retento seu promisso’, secondo la tesi proposta nella monografia, non riguardano la controprestazione destinata al rinunciante, ma si riferiscono, piuttosto, con la coppia ‘dato seu promisso’ (‘vel retento’ sarebbe, secondo la ricostruzione proposta, un elemento insitico), proprio all’attività di chi rinuncia alle proprie pretese (o vi si impegna) per porre fine a una controversia.

Questa tesi non risulta avere precedenti in dottrina e si pone in contrasto con una tradizione plurisecolare, che ha voluto vedere, nei tre verbi del rescritto diocleziano conservato nel Codex, la conferma della necessità di un *vestimentum pacti*, prima, e, ancora nel codice del 1865, l’attestazione della necessità che le parti transigenti, ai fini della validità del negozio, procedano ciascuna a una dazione, una ritenzione o una promessa.

Risulta così che le due/tre fonti, tradizionalmente considerate come fondamento testuale dell’inserimento della ‘*transactio*’ fra gli atti onerosi, non consentono di affermare ciò. Piuttosto, l’esame delle ricorrenze del verbo e del sostantivo, nelle opere dei giuristi antoniniani, sulla scorta di questo dato “negativo”, conferma un

impiego degli stessi con una caratteristica che emerge evidente: il corredo semantico di 'transigere' o di 'transactio' non risulta ancora definito.

## **2. ELEMENTI DEL NEGOZIO DI TRANSAZIONE RICAVABILI DALL'ESEGESI DI D. 2.15.1**

La testimonianza di Ulpiano contenuta in D. 2.15.1 è illuminante sotto diversi profili. Innanzitutto permette di confermare lo stretto rapporto tra *pactum* e *transactio* e evidenzia come ad un certo momento si sia affermata l'esigenza di distinguere, all'interno delle diverse categorie di patti<sup>85</sup>, quello con finalità transattiva: nella

---

<sup>85</sup> La dottrina più recente, GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 191 ss.; TALAMANCA, *Contratto e patto nel Diritto Romano*, cit., 53 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 25 ss.; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 225 ss., (per una più ampia bibliografia v. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, cit., 590 ss.) riconosce diverse forme di applicazione del *pacisci-pactum*; si parla così di *pacta praetoria*, per indicare oltre tutti i negozi e non tipizzati, almeno fino al II sec. d.C., tutelati con rimedi pretori, anche alcuni istituti costitutivi solo di *obligationes* e non di diritti reali, in particolare il *ius iurandum voluntarium*, il *constitutum*, il *compromissum* e i *recepta*; si parla di *conventiones legitimae*, sulla base di D. 2.14.6. (Paul. lib. 3 ad ed.): "Legitima conventio est quae lege confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel

fattispecie particolare, dietro l'occasione di dare soluzione ad una singola questione, Ulpiano tracciava gli elementi differenziali tra la transazione ed il *pactum donationis*, con il quale un soggetto si impegnava ad un atto di liberalità nei confronti di un altro<sup>86</sup>. Inoltre proprio attraverso l'analisi di tali elementi è possibile risalire al nucleo essenziale di ogni negozio transattivo, che in precedenza<sup>87</sup>, nello studio dell'evoluzione degli impieghi del transigere, è stato messo in luce soltanto parzialmente in alcuni aspetti, o talora addirittura

---

tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuvatur") per indicare quei particolari fatti, la cui caratteristica era quella di essere tutelati da *actiones* previste da

qualche *lex*, si riconoscono altri patti, la *conventio pignoris* e le *pactiones et stipulationes*, rispettivamente idonei a costituire situazioni reali di garanzia e la piena titolarità di servitù e usufrutto; si parla di *pacta adiecta* per indicare clausole modificative degli effetti tipici di determinate fattispecie negoziali consolidate.

<sup>86</sup> In particolare, rientrava nelle *conventiones legitimae*: il donante rimaneva vincolato a quanto impegnato, sicché il donatario poteva giovare di un sistema di *actiones et exceptiones* per rendere effettivo l'atto di liberalità, delle quali si hanno testimonianze nel *Codex*, ad es. C. 8.53 (54).1. Per una più attenta analisi degli aspetti *pactum donationis*, che esulano dal presente studio, v. per tutti ARCHI, *La donazione*, Milano 1960, 195 ss..

<sup>87</sup> V. *supra*, cap. II e cap. III.

presupposto<sup>88</sup> allorché il dato terminologico del *transigere* era completamente assente.

A) Così Ulpiano, distinguendo la transazione dal *pactum donationis causa*, metteva l'accento sulla circostanza che, mentre attraverso quest'ultimo si rimetteva a titolo di liberalità una *res certa et indubitata*, un accordo transattivo poneva termine ad una *res dubia* o ad una *lis incerta neque finita*. Quindi mediante la contrapposizione *res dubia/res certa et indubitata* si sottolineava che per concludere una transazione era necessaria l'incertezza del rapporto che si voleva comporre. Tale dato è attestato concordemente dalle fonti: così nelle *Sententiae* di Paolo si trovava detto che "*de rebus litigiosis et convenire et transigere possumus*"<sup>89</sup>; in C. 2.4.12<sup>90</sup> si contrapponeva la transazione inter-

---

<sup>88</sup> V. *supra*, cap. I a proposito dell'esegesi della Tav. I,6-7.

<sup>89</sup> Pauli Sent. 1.1.5: "De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus; post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet".

<sup>90</sup> C. 2.4.12 (Impp. Galien. et Valer. Nobil. Caesar. AA. Primo a. 260): "Praeses provinciae examinabit, utrum *de dubia lite transactio* inter te et civitatis tuae administratores facta sit: an ambitiose id, quod *indubitate deberi posset*,

venuta "*de dubia lite*" alla rimessione di "*quod indubitate deberi*", ed ancora nel capo dei Basilici corrispondente a D. 2.15.1<sup>91</sup> la definizione di Ulpiano era preceduta dalla dichiarazione, a mo' di rubrica, *diavlusiv" ejstin ajmfiballovmenou pravgmato" = transactio est rei dubiae decisio*). Si tratta ora di vedere quali casi di rapporti controversi dovessero ritenersi compresi nell'espressione ulpiana "*res dubia et lis incerta neque finita*".

Per prima rientra l'ipotesi di una lite agitata tra le parti<sup>92</sup>, in relazione alla quale poteva emergere più chiaramente l'opportunità e l'uti-

---

*remissum sit: nam priore casu ratam manere transactionem iubebit: posteriore vero casu, nocere civitati gratiam non sinet.*".

<sup>91</sup>Bas. II,2,I, (ed. Heimbach I, 665); il testo integrale era il seguente: "Diavlusiv", ejstin ajmfiballovmenou pravgmato" tomh;: suvmforon dev oJmologoumenou crevou" succwrhsi". oJ me;n ga;r dialuovmenou" wJ" ajnei; peri pravgmato" ajmfibuvlou kai; divkh" ajdhv lou kai; mhvpw peraiw qeivsh" dialuetai: (= *Transactio est rei dubiae decisio: pactum autem certi debiti remissio. Qui enim transigit, quasi de re dubia et lite incerta necdum finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberaliter remittit*)".

<sup>92</sup> E' quanto emerge non solo dalle espressioni ulpianee in D. 2.15.1, ma anche dalla maggior parte dei testi pervenuti sull'argomento e che si analizzeranno in seguito.

lità di un accordo quale quello transattivo. Ciò, oltre che dimostrabile per via esegetica, è facilmente intuibile per via logica in quanto attinente all'essenza stessa della transazione. Per quanto, infatti, un soggetto potesse essere convinto delle proprie ragioni ed essere fiducioso in una decisione della causa in senso a lui favorevole, difficilmente avrebbe potuto prevedere con certezza il risultato della lite, potendo intervenire molti fatti, i cd. *incertus litis eventus*, per cui la causa era giudicata in senso a lui svantaggioso. Di fronte a tali eventi si capisce come l'accordo transattivo, anche se implicante una rinuncia ad una parte delle proprie pretese in favore dell'avversario, si presentasse come lo strumento più idoneo e duttile per sottrarsi all'incertezza<sup>93</sup>. Si

---

<sup>93</sup> E' un principio questo che è rimasto nel diritto moderno, tale da fondare alcuni noti motti popolari, riportati dal NEPPI-MODONA, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 32 ss.; tra i vari riportati valga per tutti come esempio del genere: "utiliorern esse malam concordam quam pinguis sententia", cioè "meglio un magro accordo che una grassa sentenza".



vedrà in seguito<sup>94</sup> il problema dell'individuazione dello stadio della lite entro il quale era consentito alle parti di *transigere*.

Inoltre non si può non tenere conto dell'altra possibilità implicitamente riconosciuta dall'espressione *lis incerta*. Ulpiano infatti ha certamente alluso anche all'ipotesi di concludere una transazione quando tra le parti vi fosse una questione contestata che in teoria avrebbe potuto dare luogo ad una lite, ma non era stata ancora portata in tribunale. In dottrina<sup>95</sup> spesso si parla, con riferimento a questo caso, di

---

<sup>94</sup> Se ne parlerà a proposito degli effetti della transazione ed in sede di analisi della figura della *transactio post rem iudicatam*, con relativa esegesi di D. 2.15.7 e D. 2.15.11.

<sup>95</sup> Nei manuali più recenti è, sia pure implicitamente, messo in rilievo, GUARINO, *Diritto Privato romano*, 8, cit., 842 ss.; MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 772; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 643, quando, in sede di definizione dell'istituto, si sottolinea che il negozio transattivo poteva intervenire non soltanto a porre termine amichevolmente ad una lite o ad una situazione giuridica incerta, ma anche a prevenirla; nello stesso senso, tra quanti hanno dedicato uno studio specifico all'istituto, sono BERTOLINI, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 42 ss.; PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 182 ss., la cui posizione è più sfumata, in quanto, pur essendo d'accordo sull'applicabilità della transazione in sede stragiudiziale, ritiene che ciò possa argomentarsi da altri passi e non da D. 2.15.1, poiché l'espressione *lis* poteva riferirsi solo a rapporti controversi discussi in giudizi.

transazione stragiudiziale o relativa ad una lite futura o semplicemente potenziale. In questo senso d'altronde vanno anche altre testimonianze pervenuteci. Si pensi a D. 12.6.65.1 (Paul. lib. 17 ad Plaut.):

"Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur".

Per esso va notato, ai soli fini che ora maggiormente interessano, come tutto ruoti intorno all'esatta interpretazione dell'espressione "*licet res dubia nulla media fuerit*", che va intesa non tanto nell'accezione più immediata di "pretesa senza fondamento" (cioè a dire "benché non vi fosse stata alcuna incertezza"), ma piuttosto alla luce della contrapposizione con l'espressione successiva "*nam lis non fuit*", come indicativa di una lite, cioè a dire letteralmente "benché non vi sia stata alcuna causa intermedia" (quindi *res=lis*). In altre parole, dal passo paolino spiccherebbero bene le ipotesi di applicabilità di una transazione sia ad una controversia rimasta allo stadio stragiudiziale, che a quella portata in giudizio. Si aggiunga al-

très a quanto detto la testimonianza degli inizi del III secolo d.C. contenuta nella costituzione dell'imperatore Caracalla riportata in C. 2.4.2<sup>96</sup>, nella quale si faceva esplicito riferimento ad una transazione conclusa per il timore di una lite giudiziale ("*tamen propter timorem litis transactione interposita ...*"). In relazione a quest'ultimo caso il Neppi-Modona<sup>97</sup> ha specificato come, per ragioni di equità, non si debba ritenere che il *timor litis* fosse di per sé elemento sufficiente a transigere, in quanto, ove fosse stato vero il contrario, si sarebbe dovuto riconoscere, con conseguenze molto pericolose per il diritto, la possibilità che un soggetto, approfittando del carattere più debole dell'avversario, minacciasse di intentare una lite sia pure ingiusta per poi ottenere delle concessioni tramite una transazione successivamente intervenuta. La precisazione dello studioso è indubbia-

---

<sup>96</sup>C. 2.4.2 (Imp. Anton. A. Luctatio): "Cum te proponas cum sorore tua de hereditate transegisse et ideo certam pecuniam ei te debere cavisse, etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interposita, pecunia recte causa intelligitur. Ex qua causa si fisco solvisses repetere non posses: si non solvisses, iure convenireris".

<sup>97</sup>NEPPI-MODONA, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 17 ss..

mente esatta, ma forse superflua alla luce di quella che si vedrà essere altro elemento essenziale del negozio transattivo: la *bona fides* di entrambi i contraenti. Da D. 2.15.1 è possibile desumere inoltre l'applicabilità della transazione non soltanto a rapporti giuridici controversi (abbiano essi dato origine o meno ad una lite giudiziale), ma anche a rapporti altrimenti incerti e dubbi ("... *de re dubia ... transigit*" ); anche in questi casi le parti di comune accordo potevano fare cessare la situazione giuridica incerta per via di reciproche concessioni. In questo senso, oltre a D. 2.15.1, vanno annoverati altri passi: D. 2.15.4 nella parte in cui si ammetteva la transazione conclusa nella forma della *stipulatio Aquilana* in materia di legati condizionali ("... *legata sub condicione relicta in stipulationem Aquilianam deducuntur*")<sup>98</sup>, D. 35.2.73. pr., ove si affermava la necessità che i legatari nel loro interesse transigessero con l'erede, quando c'era pericolo che questi, venendo a conoscenza di non poter ottenere nulla

---

<sup>98</sup> Il testo completo di D. 2.15.4 (Ulp. 46 ad Sab) è: "Stipulatio Aquiliana omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et perimit; ipsaque perimitur per acceptilationem: et de hoc iure utimur, ideoque etiam legata sub condicione relicta in stipulationem Aquilianam deducuntur", sulla cui esegesi cfr. *infra*, § 2.

dall'eredità, non ne chiedesse l'adizione ("*efficit ut necesse sit ne destituto testamento nihil consequatur, cum herede in portione legatorum pacisci*")<sup>99</sup>, ed ancora in maniera più chiara in D. 2.15.8 pr.<sup>100</sup>, in cui, in tema di alimenti lasciati *mortis causa*, si faceva riferimento ad una situazione di incertezza e di dubbio in senso lato, prescindendo completamente dalla sussistenza di una controversia tra le parti: nella fattispecie l'incertezza concerneva solo l'entità complessiva delle prestazioni periodiche (incerta in quanto incerta è la durata della vita) cui l'alimentando avrebbe potuto rinunciare dietro corrispettivo di una somma di denaro da prestarsi una sola volta senza ritardo.

---

<sup>99</sup> D. 35.2.73 pr. (Gai. lib. 18 ad ed. prov.): "In quantitate patrimonii exquirenda visum est mortis tempus spectari ... Si quis ex centum septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendis forte aut naufragiis aut more servorum, ut non plus quam septuaginta, quinque vel etiam minus reliquatur, solida legata debentur. Ne ea res damnosa est heredi cui liberum est non adire hereditatem: quae res efficit ut necesse sit legatariis ne destituto testamento ...".

<sup>100</sup> D. 2.15.8.3pr. (Ulp. lib. 5 de omn. trib.): "Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesenti: Marcus Divus oratione in senatu recitata effecit ut ne aliter alimentorum transactio rata esset quam si auctore praetore facta", per la cui esegesi *supra*, cap. III.

Quanto detto in ordine a situazioni dubbie o controversie oggetto della transazione rappresenta un dato ormai discusso in dottrina, che ribalta gli orientamenti risalenti al Donello<sup>101</sup>, diretti a limitare tale negozio soltanto all'ipotesi di un rapporto controverso, e quindi di una lite giudiziale o potenziale; d'altra parte, i frammenti o gli stralci di frammenti, attestanti l'applicazione della transazione a rapporti controversi, addotti da tali studiosi a sostegno della loro tesi, potevano semplicemente valere a dimostrare che la transazione relativa ad una controversia costituiva il caso principale di transazione, non certo a smentire che la transazione potesse riguardare anche un rapporto giuridico in altro modo incerto, anche se non contestato<sup>102</sup>. A siffatte

---

<sup>101</sup> DONELLO o DONEAU, *Tractatus de Pactis et Transactionibus*, in *Opera Omnia*, cit., vol. 7, 252 ss.; per una più ampia analisi delle posizioni della dottrina del secolo scorso, v. BERTOLINI, *La Transazione nel Diritto Romano*, cit., 48 ss.

<sup>102</sup> Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, il BERTOLINI, *La Transazione nel Diritto Romano*, cit., 50 ss., precisa che affinché fosse valida una transazione non era necessaria un'incertezza obiettiva, cioè insita nello stato delle cose e relativa ad un rapporto che dovesse essere sempre obiettivamente incerto, ma un'incertezza qualificata dallo studioso come soggettiva, cioè riferita all'apprezzamento che compiva il soggetto dell'incertezza del rapporto stesso o

conclusioni in ordine a tali ambiti applicativi della transazione si può giungere, oltre che per via esegetica, anche per via logica, tenendo conto di quella che si è vista<sup>103</sup> essere l'evoluzione della transazione e dei rapporti tra *transactio* e *pactum*. Se nell'analisi svolta la transazione si è utilizzata, in primo luogo, nel caso di una lite giudiziale, poi di una controversia stragiudiziale ed infine in rapporti altrimenti dubbi anche se non contestati, si deve però precisare che probabilmente il campo di applicazione dell'istituto non sia stato all'inizio così esteso, ma si sia venuto progressivamente ad allargare in relazione alle modificazioni che intervenivano nei *pacta*, all'interno dei quali l'istituto in esame per lungo tempo (ancora per la gran parte dell'età commerciale) è stato ricompreso senza autonoma disciplina. Così parallelamente al *pactum*

---

della probabilità di un esito della causa favorevole o svantaggioso. Per cui una transazione poteva essere validamente conclusa anche in relazione ad una lite in cui tutto faceva prevedere la vittoria di una parte e la reintegrazione non solo nel campo giuridico, ma anche nel campo economico, purché il soggetto dubitasse di quelle cose e vi fosse così un'incertezza soggettiva (va da sé che quest'incertezza dovesse essere reale e non finta, perché altrimenti solo in apparenza ci sarebbe stata una transazione).

<sup>103</sup> V. *supra*, cap. III.

si può ipotizzare in via logica che la transazione, prima limitata a rapporti processuali<sup>104</sup>, venne a trovare applicazione anche quando una contestazione non fosse stata portata in giudizio, finché poi, in seguito ad un ulteriore sviluppo, temporalmente corrispondente all'affermazione del *pactum* a contenuto positivo-costitutivo e non estintivo, si estese al diritto dubbio in genere, ricevendo riconoscimento come convenzione in virtù della quale si veniva a comporre una situazione giuridica altrimenti incerta.

B) Dalla contrapposizione tra il *transigere* ed il *pacisci donationis causa*, è possibile altresì risalire ad un altro requisito essenziale del negozio transattivo: il mutuo sacrificio delle parti ancorché l'entità obiettiva delle concessioni potesse essere diversa. E' un elemento questo che si è evidenziato più volte sia in rapporto alla configurabilità dei patti decemvirali come patti transattivi<sup>105</sup>, sia in relazione ai contenuti

---

<sup>104</sup>V. *supra*, cap. I nel quale si è sostenuto che in quei *pacta* delle XII Tavole si potessero rintracciare i connotati di veri e propri accordi transattivi; cfr. esegesi Tav. I, 6-7, in cap. I.



semantici del *transigere*, in particolare in Cicerone<sup>106</sup>, designanti appunto uno scambio reciproco di prestazioni. Da D. 2.15.1, pur non essendo espressamente enunciato, tale requisito si può comunque estrapolare dal riferimento che faceva Ulpiano, nella contrapposizione tra i due istituti, alla remissione a titolo di liberalità come peculiare soltanto del *pactum donationis* e non anche del *transigere*, lasciando intendere in quest'ultimo il carattere oneroso. Anzi in dottrina<sup>107</sup> si è spesso identificata la causa del negozio transattivo con la reciprocità dei sacrifici delle parti, espressa con la vecchia forma di stampo medievale<sup>108</sup> "*aliquid dare/aliquid ritenere*" che, però, trovava degli

---

<sup>105</sup>V. *supra*, cap. I.

<sup>106</sup> V. *supra*, cap. II.

<sup>107</sup> NEPPI-MODONA, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 20; BERTOLINI, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 72 ss., *contra* la dottrina più recente (cfr. per tutti MELILLO, *Contrahere, pascisci, transigere*, cit., 257).

<sup>108</sup> ACCURSIO: "Non potest fieri transactio, nisi aliquid detur vel promittatur, vel retineatur quod procedit etiam cum reus liberat actorem pro aliquo quod sibi debeat et supple hic vel remittatur", riportato da ARMELLINI N., Voce *transazione* in *Diz. della Giurisprudenza per uso del Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1826, Tomo VI, 204 ss..

appoggi testuali soltanto in una locuzione contenuta in una costituzione della fine del III sec. d.C., riportata in C. 6.31.3. Il passo è il seguente (Diocl. et Max. AA. et CC. Theodotiano):

"Suus heres exceptione pacti, qui testamentum iniustum adseverans postea nihil se de paterna successione petitorum non ex donationis causa, sed transigendi animo in iure professus est, cum respuere quaesitam nequiret hereditatem et *transactio nullo dato vel retento seu promisso* minime procedat, submoveri non potest".

In esso si affermava che la transazione, essendo un contratto reciproco, non poteva effettuarsi e non era azionabile "*nullo dato vel retento seu promisso*". In particolare si prospettava il caso di una *remissio litis per actorem*, a cui si legava il carattere di transazione per il fatto che l'attore non aveva ricevuto nulla in compenso: nulla gli si dava né gli si consentiva che ritenesse e neppure gli si prometteva. Dalla

costituzione diocleziana è stata spesso stralciata l'espressione "*transactio nullo dato ... procedat*"<sup>109</sup> per indicare in via immediata l'essenza del negozio transattivo; ma in tal modo finiva con il risultare lacunosa, essendole venuta a mancare la *remissio litis* della quale la transazione rappresentava il possibile compenso. Per questo, più giustamente, è stato ritenuto in dottrina<sup>110</sup> come un discorso fatto singolarmente alle parti, cioè come se si dicesse: un soggetto non può *transigere*, senza dare o rilasciare oppure promettere qualche cosa all'altro contraente<sup>111</sup> dal quale veniva eseguita o promessa, a sua volta, una prestazione. Di conseguenza quell'espressione non va più di tanto sopravvalutata, riducendosi ad una semplice testimonianza del requisito

---

<sup>109</sup> Solo questa espressione è riportata nel titolo "*De Transactionibus*" del *Codex Iustinianus*; precisamente in C. 2.4.38.

<sup>110</sup> ARMELLINI, *Voce transazione*, in *Diz. cit.*, 205.

<sup>111</sup> "Nello stesso senso i Basilici II 2sc. 55 (ed. di Heimbach p. 725): "pasa diavlusi" h] doqh'nai tivpote xhte' tw'/ dialusamevnw/ h[ parakatasceqh'nai tivpote para; aujtou', h[ ejpaggelqh'nai aijtw'/ tivpote kai; eij mhdevn tou|tw'n gevnetai. (= Omnis transactio requirit ut transigenti aliquid detur, aut ab eo aliquid retineatur, aut ut ei aliquid promittatur)".

generico<sup>112</sup> del mutuo sacrificio. Quest'ultimo è indubbiamente presente in ogni negozio di transazione e consente altresì di distinguere la transazione da altre convenzioni che potevano essere utilizzate per porre termine a delle controversie<sup>113</sup>, ma non essere identificato con la causa del negozio transattivo, in quanto valeva a descriverne soltanto uno degli effetti.

Tenendo, infine, conto del fatto che il confronto, sia pure per evidenziarne gli elementi distintivi tra *transigere* e *pacisci donationis causa*, era possibile soltanto in quanto si trattava di categorie omogenee rientranti in quella più ampia delle *pactiones* o *conventiones*<sup>114</sup>,

---

<sup>112</sup> Si parla di genericità, perché, come si vedrà in sede di analisi del regime processuale, la prestazione, a seconda dei casi, poteva essere eseguita al momento dell'accordo per intero, oppure solo in parte o anche semplicemente promessa.

<sup>113</sup> Si pensi alla rinunzia convenzionale gratuita della pretesa dell'attore o all'atto contrario del riconoscimento gratuito di quella da parte del convenuto; si pensi al *pactum de in iure iurando* o al *compromissum*, i quali si distinguono, altresì, dalla transazione per il fatto di essere meri accordi sul modo di risoluzione della controversia, che si esplicava o in un atto unilaterale di una delle parti (giuramento) o di un terzo (sentenza dell'arbitro).

sulla scorta dell'esegesi compiuta, ai tempi di Ulpiano la transazione si presentava come quella convenzione in virtù della quale le parti in conflitto di interessi accomodavano un rapporto giuridico controverso o incerto mediante reciproche concessioni<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup>Per la transazione, v. già *supra*, esegesi D. 2.15.3pr. in cap. III; per il *pactum donationis causa* v. *supra*, nt. 17.

<sup>115</sup> Perfettamente in linea con quanto dichiarato da Ulpiano in D. 2.15.1, sono poi le definizioni del negozio transattivo elaborate da Paolo in D. 50.16.229: "«Transacta finitave» intellegere debemus non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint possessa, e l'altra in 50.16.230: "ut sunt iudicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita".

**3. IL COMPARIRE NELLE FONTI DELLA STIPULATIO  
AQUILIANA APPLICATA A FINALITÀ TRANSATTIVE. LO  
SCHEMA OPERATIVO DEL NEGOZIO RISULTANTE DA D.  
2.15.4**

L'interpretazione data a D. 2.15.1<sup>116</sup>, oltre a permettere di evi-

---

<sup>116</sup>Si ricordi che si è seguita la lezione del frammento che non prevede la collocazione di alcuna virgola tra *paciscitur* e *donationis causa*, sulla quale già aveva insistito parte della dottrina più antica (DONELLO, *Tractatus de Pactis et Transactionibus*, cit., 261; VINNIO, *Tractatus quinque. De pactis, iurisdictione, collationibus transactionibus et quaestionibus iuris selectis*, cit., 120 ss.) e che è stata ripresa da una parte della dottrina più recente (BERTOLINI, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 70 nt. 1; MELILLO, Voce *transazione*, in Enc. cit. 780; *contra* PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 9 ss.; non dà rilevanza alla questione, anche se vi frappa una virgola, SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone a Ulpiano*, cit., 171 nt. 4.

denziare per via esegetica alcuni<sup>117</sup> degli elementi essenziali del negozio di transazione sui quali vi è pieno accordo in dottrina, consente di trovare ulteriori conferme all'ipotesi che vuole la transazione, fin dalle prime applicazioni di cui si hanno testimonianze<sup>118</sup>, particolarmente adatta a comporre questioni in materie per loro natura complesse, come quella ereditaria, e soprattutto di fare venire meno il contrasto, sul quale molto ha insistito la critica interpolazionistica<sup>119</sup>, con quanto affermato dallo stesso Ulpiano nel frammento successivo in ordine ai negozi costitutivi della transazione. Pertanto una volta sostenuto che la contrapposizione in D. 2.15.1 non era tra il *transigere* ed il *pactum* in generale, ma con il *pactum* specificamente indirizzato a scopo di liberalità, viene meno il problema di trovare a tutti i costi una conciliazione fra i due frammenti ulpiane

---

<sup>117</sup>Manca quello che, a nostro parere giustamente, il MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 268 ha individuato come vera causa del negozio di transazione, cioè la *bona fides* di entrambi i contraenti, sul quale si dirà *infra*, cap. V

<sup>118</sup> V. *supra*, cap. III.

<sup>119</sup> V. gli studiosi riportati *supra*, nt. 4.

posti in apertura del titolo "*De Transactionibus*", consentendoci di analizzare più obiettivamente D. 2.15.2 (Ulp. lib. 74 ad ed.):

"Transactum accipere quis potest non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit subiectum."

Prima di esaminare dettagliatamente le questioni sorte in sede di esegesi del frammento in ordine all'apparente equiparazione tra il *pactum conventum* e la *stipulatio Aquiliana*, quanto va immediatamente sottolineato. a completamento del lavoro di ricostruzione delle linee evolutive dell'istituto, è che il giureconsulto afferma. con sicurezza la possibilità di concludere un negozio di transazione mediante il *pactum conventum* o la *stipulatio Aquiliana*. Dalla costruzione sintattica del periodo ("*non solum ... sed et*") sembrerebbe dedursi come la *stipulatio Aquiliana* fosse ormai divenuta la pratica prevalente di conclusione di una transazione. A tale riguardo, ai fini dello studio in corso, non preme tanto ricercare riscontri testuali sullo stretto rapporto tra *tran-*



*sactio* e *stipulatio Aquiliana*<sup>120</sup>, quanto piuttosto di provare a ricostruire le possibili tappe intermedie di esso, che risulta come dato acquisito e certo in D. 2.15.2. In particolare, si tratta di provare ad indagare il momento in cui si affiancò al *pactum* la *stipulatio Aquiliana* quale strumento per realizzare un accordo transattivo e le ragioni dell'affermarsi di tale pratica, che finì con il divenire quella prevalente, da sola o soggiunta ad un *pactum* sottostante<sup>121</sup>. Per rispondere a tali que-

---

<sup>120</sup> L'analisi degli impieghi oscillanti della transazione tra *pactum* e *stipulatio Aquiliana* rappresenta un problema delicato in ogni studio sull'istituto, dai più antichi; VINNIO, *Tractatus quinque. De pactis, iurisdictione, collationibus, transactionibus et quaestionibus iuris selectis*, cit., 119 ss.; DONELLO, *Tractatus de Pactis et Transactionibus*, cit., 255, a quelli più recenti: SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 169; MELILLO, *Contrahere, pacisci transigere*, cit., 257 ss.. Riferimenti sono contenuti anche nei manuali più recenti, GUARINO, *Diritto Privato Romano*, cit., 842; MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 772; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 643; del resto le fonti sull'argomento non mancano: v. *infra* esegesi D. 2.15.5, D. 2.15.15 e D. 2.15.16.

<sup>121</sup> V. *infra* esegesi D. 2.15.15 (Paul. lib. 1 sent.): "Pacto convento Aquiliana stipulatio subici solet; sed consultius est buie ponalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest."

siti non è possibile questa volta intraprendere immediatamente la via dell'esegesi dei passi a disposizione in tema di transazione, che presuppongono certe evoluzioni, ma è preferibile partire da quelle che sono state individuate dalla dottrina più recente<sup>122</sup> come le caratteristiche peculiari della *stipulatio Aquiliana* e poi sulla base di esse dimostrare come effettivamente un simile negozio si adattasse bene a realizzare finalità transattive. Anche per la *stipulatio Aquiliana* le fonti a disposizione sono veramente esigue (nella giurisprudenza romana la prima testimonianza, dal punto di vista cronologico, si ha soltanto con Gai<sup>123</sup>, quindi a partire dal II sec. d.C.); pertanto per risalire alla struttura del negozio è, forse, meglio avvalerci del formulario aquiliano riportato in

---

<sup>122</sup>CASAVOLA, *Actio, petitio, persecutio*, Napoli 1965, 31 ss.; STURM, *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und tragweise der Aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München 1972, 316 ss.; TALAMANCA, *Stipulatio Aquiliana (Rec. a STURM)* in *RIDA* 1973, XVIII, 295 ss.; GUARINO, *Diritto privato Romano*, cit., 717 e 842 ss.; SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli 1989, 29 ss..

<sup>123</sup> Gaius 3.170 " ... Sed id quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi".

*Ist. 3.29.2*<sup>124</sup>:

"Est prodita stipulatio quae vulgo appellatur Aquiliana, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Aquilio Gallo ita composita est: "Quidquid te mihi ex quacumque causa dari facere oportet oportebit praesens in diemve, quarum rerum tecum actio quae abs te petitio vel adversus te persecutio est, erit quoque tu meum habes tenes possides possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quaeque earum rerum erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius" Item diverso NN interrogavit AA "Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spondi, id omnes habesne acceptum?" Respondit AA. Habeo acceptumque tuli"<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Del resto sono diversi gli studiosi che riconducono I.3.29.2 alle *Res Cottidianae*, tra gli altri ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini*, in *Scritti Ferrini*, Pavia (1946) 84 ss.; CASAVOLA, *Actio, petitio, persecutio*, cit., 36.

<sup>125</sup>La formula è riportata pressoché negli stessi termini nelle Istituzioni di Fiorentino in D. 46.18.1: "Eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: «quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio ve adversus te persecutio est eritve quodve tu meum habes tenes possides

Non è certo questa la sede più opportuna per affrontare tutte le questioni sollevate dal formulario aquiliano e discusse in dottrina, ci limiteremo quindi ad evidenziare quegli aspetti più interessanti per il discorso che si sta svolgendo. Innanzitutto è possibile collocare temporalmente l'introduzione della *stipulatio Aquiliana* nel I sec. a.C., in quanto attribuita a quell'Aquilio Gallo, pretore nel 66 a.C., che già Cicerone<sup>126</sup> chiamava giustissimo ed accortissimo artefice di forme, ma soprattutto è possibile fare risaltare lo schema in base al quale operava il negozio in esame: "... *Stipulatio enim Aquiliana omnes obligationes novat*", con il quale è in perfetta sintonia una testimonianza, tratta dal commento di Ulpiano ai *libri iuris civilis* di Sabino e riportata in D. 2.15.4:

"Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes

---

...» ..." con l'unica variante, di rilievo costituita dalla presenza nelle Istituzioni imperiali dell'inciso relativo alla cessazione del possesso *dolo malo*.

<sup>126</sup> *De Natura deorum*, I. 3.

obligationes novat et perimit ipsaque perimitur per  
acceptilationem: et hoc iure utimur, ideoque etiam  
legata sub conditione relicta in stipulationem  
Aquilianam deducuntur"<sup>127</sup>.

Nel passo Ulpiano, in maniera più precisa di quanto riportato nel testo giustiniano, attestava come, già forse a partire da Sabino, la *stipulatio Aquiliana* si presentasse quale negozio che consentiva di riunire tutti i precedenti rapporti obbligatori<sup>128</sup> esistenti fra le parti

---

<sup>127</sup> Si tralascerà di analizzare la parte finale del frammento "*ideoque etiam legata ... deducuntur*"; in quanto non strettamente funzionale a quanto qui trattato.

<sup>128</sup>MEYLAN, *La réforme justinienne de la novation son sens et sa portée*, in *Acta Congressus Iurid Inter.*, Roma 12-17 novembre 1934, vol. I (1935), 298 ss. riteneva che nel formulario aquiliano dovessero considerarsi ricompresi tutti i diritti. reali e di credito, suscettibili di essere esercitati da un soggetto contro un altro, cercando di giustificare il riferimento delle fonti alle sole *obligationes*, con il fatto che si trattava di fonti relative al tema dell'estinzione delle obbligazioni; *contra* si è schierata la dottrina prevalente: tra gli altri DAUBE, *Novation of obligation giving a bonae fidei iudicium*, in *ZSS* 66 (1948), 119 ss.; TALAMANCA, *Stipulatio Aquiliana (Rec. a STURM)* cit., 300 ss.; CASAVOLA, *Actio, petitio, persecutio*, cit., 63 ss., i quali sostengono l'applicabilità novativa della *stipulatio Aquiliana*, solo a rapporti obbligatori, essendo le fonti a disposizione abbastanza esplicite sul punto; anzi, nella prima clausola del formulario aquiliano "*Quidquid te mihi ex quaquamque causa facere oportet oportebit praesens in diemve*" è dato constatare la presenza di *obligationes* per il

("omnes praecedentes obligationes novat et perimit ...") in un'unica obbligazione verbale *ex stipulatu* e poi di estinguerla mediante *acceptilatio* ("... ipsaque perimitur per acceptilationem ..."). In virtù di questa struttura<sup>129</sup>, se le parti volevano mantenere in vita qualcuno dei prece-

---

ricorso all'*actio in personam dare facere oportere*. In particolare il verbo *oportere* espressivo della *obligatio civile* concorreva a caratterizzare queste obbligazioni come proprie del *ius civile*, sia che dessero origine a *iudicia stricti iuris* sia a *iudicia bonae fidei*. Si trattava dunque di sole obbligazioni da contratto con debiti scaduti o ancora futuri, come attestano le espressioni *oportet oportebit et praesens in diemve*. Intermedia è la posizione del MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *IURA* 10 (1959), 267 ss., il quale ammette l'applicabilità della *stipulatio Aquiliana* sia a rapporti reali che a rapporti obbligatori, in quanto, nonostante il dettato di D. 2.15.4 e Ist. 3.29.2, le fonti non permettono di affermare che l'istituto novasse solo *obligationes* e non anche rapporti reali; quindi in teoria niente escluderebbe che rapporti di natura diversa potessero formare oggetto della *stipulatio Aquiliana*.

<sup>129</sup>Per esemplificarsi può dirsi che essa operava in questi termini: il soggetto A dichiarava di pretendere dal soggetto B, sulla base di precedenti rapporti (ad es., di mutuo e di compravendita, etc.), una determinata cifra e, pertanto, chiedeva al soggetto B "Quod mihi ex quacumque causa (nella fattispecie avrebbe detto *ex mutuo atque ex empto*) debeas an tu de novo promissis?" (magari rinunciando a qualcosa per facilitare l'accordo transattivo) ed il soggetto B rispondeva "promitto". Da quest'istante si verificava una *novatio*, perché mentre il soggetto B era debitore per mutuo e altro contratto, ora era debitore per *stipulatio*. Concluso quest'atto, occorre una seconda interrogazione (quella relativa all'accettillazione, le cui forme erano quelle della stipulazione invertite) e così si cancellava questa nuova obbligazione. L'interrogazione proveniva, questa volta, dal soggetto debitore B

denti rapporti obbligatori esistenti, dovevano escluderlo esplicitamente dal formulario: in difetto di questa riserva ogni obbligazione veniva assorbita e distrutta. Sul punto il frammento ulpiano sembrerebbe non lasciare dubbi di sorta. Il fatto che in esso fosse soltanto presupposto, forse in quanto ricavabile dal titolo stesso in cui era inserito, e non specificato che la *stipulatio Aquiliana* fosse adoperata per suggellare un accordo transattivo, ha indotto la Peterlongo<sup>130</sup> a ritenere il frammento, se pure non interpolato a differenza di altri<sup>131</sup>, comunque creato per la disciplina della *stipulatio Aquiliana* e portato nella rubrica "*De Transactionibus*" in seguito a semplice stralcio dal proprio contesto sì da apparire elemento estraneo all'argomento della transazione. In definitiva, i compilatori giustiniane, secondo la studiosa, trovando in tema di

---

"*quae tibi iam promisi habesne accepta?*" ed il creditore rispondeva "*Habeo accepta*". Tale, dunque, era la forza obbligatoria della *stipulatio Aquiliana*: di rinnovare tutte le precedenti obbligazioni in un'unica obbligazione *ex stipulatu* e di estinguerla per mezzo dell'accettazione.

<sup>130</sup>PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 27 e 129 ss..

<sup>131</sup> Si è vista già la posizione interpolazionistica della studiosa in tema di D. 2.15.1; la si riscontrerà anche in sede di esegesi di D. 2.15.2, e D. 2.15.5.

obbligazioni verbali un frammento che illustrava il sistema della *stipulatio Aquiliana*, lo estrassero dalla sua *sedes materiae* e lo inserirono nel titolo relativo alla transazione, dato il collegamento *transactio-stipulatio Aquiliana*. Tale notazione è indubbiamente interessante, ma ai nostri fini non è assolutamente decisivo pronunciarsi sulla sua correttezza, anche perché imporrebbe un'indagine storico-giuridica sulle fonti e sulla tecnica redazionale seguita dai compilatori giustinianeî nella stesura del titolo 2.15 del Digesto che non rientrano nello studio presente, rispetto al quale è invece necessario rilevare il *modus operandi* della *stipulatio Aquiliana*: un primo momento novativo di precedenti obbligazioni funzionale ad una successiva *acceptilatio*. La natura novativa della *stipulatio Aquiliana* non sempre è stata riconosciuta in dottrina. In particolare in sede di esegesi del formulario Aquiliano in I. 3.29.2, si sono sollevate difficoltà di interpretazione circa alcune sue clausole, più precisamente quella "*Quodque te meum habes tenes possides*" e l'altra "*Dolove malo facisti quo minus possides*", nelle quali si scorgevano vere e proprie controversie di proprietà e di possesso oppure obbligazioni derivanti dalla ritenzione ingiusta di cose altrui a



titolo di proprietà o dal fatto di avere cessato di possedere la medesima con dolo. Di fronte ad esse alcuni studiosi<sup>132</sup>, convinti che nella *stipulatio Aquiliana* si deducessero sia diritti di credito che diritti reali, hanno finito con il negare l'elemento che ostacolava l'inserimento nel formulario aquiliano di rapporti reali, vale a dire la natura novativa della *stipulatio Aquiliana*. Di conseguenza essi giungono ad espungere dal passo ulpiano in D. 2.15.4 l'espressione "*novat et* " e da I. 3.29.2 l'espressione "*stipulatio cum Aquiliana novat omnes obligationes*", ritenendo che l'efficacia novativa fosse stata riconosciuta all'istituto soltanto nel diritto giustiniano. Si tratta di posizioni che debbono ricorrere alla forzatura delle interpolazioni per essere sostenibili; esse, d'altra parte, sono apertamente contraddette dalle fonti, le quali, quando accennano al modo di operare dell'istituto, riferiscono alla *stipulatio Aquiliana* l'effetto di estinguere le precedenti obbligazioni ed

---

<sup>132</sup>MEYLAN, *La réforme justinienne de la novation*, cit., 298 ss.; SEGRE, *Obligatio, obligare, obligari, nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *St. Bonfante* 3 (1930) 555 ss..

alla successiva *acceptilatio* quello di estinguere l'obbligazione onnicomprensiva, sorgente dal formularlo. Se questo non è del tutto esplicito, anche se sempre sufficientemente chiaro in I. 3.29.2 ("*est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur ...*"), risulta, però, in maniera inequivocabile da D. 2.15.4 ("*Aquiliana stipulatio ... omnes praecedentes obligationes novat ... ipsaque perimitur per acceptilationem ...*") o, per citare altre testimonianze, ad es., da C. 8.43.3 ("*Per Aquilianam stipulationem ... obligatione praecedente sublata et acceptilatione, quae fuerit inducta, perempta*"). Né è argomento fondato per negare il carattere novativo dell'istituto, il ritenere, come fa lo Sturm<sup>133</sup>, il verbo *novare* usato in senso atecnico in I. 3.29.2 e D. 2.15.4; giustamente il Talamanca<sup>134</sup> ha notato che, pur

---

<sup>133</sup>STURM, *Novation durch Verprechen des Geldwerts*, in ZSS., LXXXIII, 1966, 88 ss..

<sup>134</sup> TALAMANCA, *Stipulatio Aquiliana (Rec. a STURM)*, cit., 303 ss..

ammettendo l'uso atecnico di quella forma verbale, sarebbe stato impossibile che "i giuristi fossero giunti ad accostare gli effetti estintivi della *stipulatio Aquiliana* a quelli della *novatio*, se, in detta fattispecie, l'estinzione della precedente obbligazione non fosse collegata con il sorgere di una nuova obbligazione, bensì semplicemente con l'*acceptilatio* della stessa che funzionasse anche come adempimento della prima".

Più problematico è il prendere posizione decisa sul rapporto tra *stipulatio* e *acceptilatio*: in particolare accertare se quest'ultima dovesse necessariamente seguire il momento novativo. In dottrina il Wlassak<sup>135</sup> ha ritenuto che, nonostante già Aquilio Gallo avesse aggiunto alla *stipulatio* l'*acceptilatio*, doveva tuttavia ritenersi ammesso l'impiego della *stipulatio* da sola tutte le volte in cui il creditore volesse riunire in un'unica obbligazione i crediti vantati contro il proprio debitore, senza porsi il fine della loro estinzione. Ma contro tale ipotesi vanno i passi analizzati in I. 3.29.2 e D. 2.15.4: da

---

<sup>135</sup> WLASSAK, *Aquilianische stipulation*, in ZSS. 42 (1921), 397 ss..

essi sembrerebbe doversi configurare la *stipulatio Aquiliana* come una vicenda unica ed unitaria, caratterizzata da due momenti interdipendenti essendo il primo, la *stipulatio-novatio*, predisposto per rendere possibile la conclusione del secondo, l'*acceptatio*<sup>136</sup>; ed ancora il commento di Ulpiano "... *et hoc iure utimur* ..." sembrerebbe documentare come, ancora alla fine del II sec. d.C., venisse accolto il principio di Sabino, senza riserve e, secondo il Casavola<sup>137</sup>, senza lasciare alcuna possibilità ad un'isolata utilizzazione della *stipulatio*. Tuttavia, anche se isolata tra le fonti, non bisogna dimenticare che in una costituzione diocleziana riportata in C. 2.4.15<sup>138</sup> il momento

---

<sup>136</sup>Così DAUBE, *Novation of obligation giving a bonae fidei iudicium*, cit., 21 ss., affermava che "the main point to remember however, is that *stipulatio Aquiliana* was designed to serve a basis for *acceptilatio*, not a basis for an action".

<sup>137</sup> CASAVOLA, *Actio, petitio, persecutio*, cit., 64.

<sup>138</sup> Il cui testo completo è: "Ut responsum congruens accipere possis, insere pacti exemplum: ita enim intelligemus; utrum sola conventio fuit an stipulatio

*Aquiliana etiam, nec non et acceptilatio secuta fuerit: quae si subdita esse illuxerit nullam adversariae tuae petitionem hereditatis vel in rem specialem competere palam est". Sulla base di essa, nella quale si faceva riferimento alla possibilità di estinguere con *stipulatio Aquiliana* una *petitio hereditatis* e sulla base di uno*

dell'*acceptilatio* appariva non necessariamente compreso nella *stipulatio Aquiliana*, anzi da essa era chiaramente distinto ("... *utrum an sola conventio fuit, an etiam Aquiliana stipulatio, nec non et acceptilatio secula fuerit ...*"). Da ciò nella dottrina più recente<sup>139</sup> è

---

scolio di Teodoro nel quale Patricio, ivi citato, distingueva tra un'epoca antica nella quale non era possibile estinguere con *stipulatio Aquiliana* una *petitio hereditatis* e il suo tempo in cui tale effetto era ammesso, alcuni studiosi, (DE RUGGIERO, *Sulla formula della stipulatio Aquiliana*, cit., 420 ss.; ALIBRANDI, *Gli scritti dei Greci interpreti e degli Scoliasi dei Basilici*, in *Opere*, I, Roma 1896, 51 ss.), hanno ritenuto che la clausola "*quoque tu meum habes tenes possides*" inserita da I.3.29.2 nel formulario aquiliano fosse spuria, in quanto dipendente da un mutamento dello stato del diritto intervenuto sotto il regno di Diocleziano, come attesterebbe C. 2.4.15. Secondo altri (CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, cit., 72 ss.), non è necessario concludere sull'applicabilità o meno del formulario alle azioni reali; lo schema-base in virtù del quale l'azione del creditore fondata su una *causa obligationis* novata veniva respinta per l'avvenuta novazione, valeva per l'azione contrattuale, non anche per l'azione reale che l'ex creditore avesse intentato contro l'antico debitore per riottenere la propria cosa da quello ritenuta ingiustamente a titolo di proprietario. Si precisa che con un'*actio rei persecutoria in rem* il creditore-proprietario non portava in giudizio il rapporto obbligatorio, ormai estinto, ma il titolo di proprietà. Di qui la necessità che nel formulario aquiliano fossero dedotte tutte le azioni sia in *personam* che in *rem* per impedire che il soggetto ex debitore, dopo aver pagato, si trovasse esposto a subire un'*actio rei persecutoria in rem*.

<sup>139</sup>SANFILIPPO, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 273 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 643.

stata ripresa la posizione del Wlassak per sostenere che la *stipulatio Aquiliana* fosse ammessa anche allo scopo di addivenire ad un riassetto generale dei rapporti intercedenti tra le parti, senza che le stesse si proponessero anche il fine della loro estinzione. Non ci sembra necessario aderire all'una o all'altra tesi; anzi, a nostro parere, entrambe riescono a cogliere degli aspetti veritieri della funzionalità della *stipulatio Aquiliana*, peraltro riscontrabili nelle fonti.

Tenendo conto di questi rilievi e delle esegesi di I. 3.29.2 e di D. 2.15.4, si possono provare a tirare delle conclusioni in ordine alla struttura della *stipulatio Aquiliana*:

a) dalle fonti risulta trattarsi di un negozio, introdotto nella seconda metà del I sec. a.C., per consentire di dedurre in una sola *stipulatio* tutte le obbligazioni intercorrenti tra le parti e successivamente di estinguere con una sola *acceptilatio* la nuova obbligazione sorta *ex stipulatu*.

b) Proprio in virtù di siffatta peculiarità la *stipulatio Aquiliana* si distingueva dalla generica *stipulatio*, insieme al fatto che essa presupponeva dei rapporti di debito- credito plurimi; infatti mentre la comune

*stipulatio* era preordinata esclusivamente al sorgere di un'*actio ex stipulatu*, l'obbligazione nascente dalla *stipulatio Aquiliana*, almeno in teoria, avrebbe dovuto avere efficacia effimera, in quanto destinata ad estinguersi con un'*acceptilatio* successiva. Ma tenendo conto di C. 2.4.15 che testimonia di una *stipulatio Aquiliana* come atto distinto dalla successiva *acceptilatio* e del fatto che l'obbligazione *ex stipulatu* avrebbe potuto rimanere inadempita, la *stipulatio Aquiliana* poteva in pratica servire a realizzare anche un semplice riordinamento dei rapporti tra le parti su nuove basi. E proprio in virtù di questa complessa struttura essa si rivelava in sommo grado adatta a finalità transattive, chiudendo definitivamente i rapporti esistenti tra le parti (sia pure nel presupposto dell'esistenza di una pluralità di situazioni obbligatorie, cioè di rapporti di debito-credito plurimi).

Considerando l'adattabilità dell'istituto e l'estrema sicurezza con la quale i giuristi del periodo severiano<sup>140</sup> ne prevedevano

---

<sup>140</sup>V. *infra*, esegesi D. 2.15.2, D. 2.15.15, D. 2.15.5.

l'applicazione per concludere una transazione, non è certo fuori luogo ipotizzarne un diffuso impiego a sanzionare questo tipo di accordi durante l'età commerciale (forse già a partire dallo stesso I sec. a.C.).

Del resto i vari *mercatores* ed *officinatores*, che si trovavano al centro di continui rapporti d'affari, talora con le stesse persone, avevano tutto l'interesse, come si è già detto in precedenza, a non perdere tempo e denaro, qualora fossero intervenute delle controversie, e perciò a concludere accordi di transazione.

Ebbene chiudendo siffatti accordi con la *stipulatio Aquiliana*, soprattutto nell'ipotesi di successiva *acceptilatio*, manifestavano l'interesse e la volontà di non attendere ulteriori scadenze, ma di mirare ad una liquidazione globale di tutti i propri crediti per troncane ogni pendenza con i propri debitori. A ciò si aggiungano delle ragioni più strettamente giuridiche; si ricordi, sia pure anticipando alcuni dei risultati cui si approderà successivamente<sup>141</sup>, che, optando per la *stipulatio Aquiliana* anziché per il semplice *pactum*, si rendeva azionabile la

---

<sup>141</sup> V. *infra*, cap. VII a proposito dei regime processuale della transazione.



pretesa non solo attraverso lo strumento pretorio dell'*exceptio pacti conventi*, ma immediatamente attraverso l'esercizio dell'*actio ex stipulatu*.

**4. RAPPORTO TRA STIPULATIO AQUILIANA E PACTUM  
CONVENTUM NELLE FATTISPECIE TRANSATTIVE.  
ESEGESI DI D. 2.15.2**

Una volta evidenziato, attraverso l'esegesi di D. 2.15.4, anche lo schema in base al quale operava la *stipulatio Aquiliana*, si hanno ormai a disposizione tutti gli strumenti interpretativi per provare a venire a capo del testo ulpiano, fortemente controverso in dottrina, riportato in D. 2.152

"Transactum accipere quis potest non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum".

Il frammento, in virtù del riferimento alla *stipulatio Aquiliana*,

offre l'occasione per completare il discorso sulle tappe evolutive dell'istituto, in precedenza<sup>142</sup> analizzate limitatamente al versante del *pactum*; anzi, esso può considerarsi, a nostro parere, quale punto di arrivo dell'evoluzione della transazione nell'età commerciale<sup>143</sup>. In ordine ai temi trattati in D. 2.15.2 si è acceso un vivace dibattito dottrinale<sup>144</sup>, da cui si può opportunamente prendere le mosse, per poi

---

<sup>142</sup> V. *supra*, cap. III.

<sup>143</sup> Del resto nel frammento sono rintracciabili tutte le categorie logico-giuridiche di cui ci siamo avvalsi per l'indagine ricostruttiva svolta: *stipulatio Aquiliana* e *pactum*, vale a dire gli strumenti cui prevalentemente si ricorreva in assenza di uno specifico negozio di transazione, ed altresì l'elemento terminologico "*transactum est ...*".

<sup>144</sup> A differenza di altri frammenti, il dibattito sull'esegesi di D. 2.15,2 ha interessato molti più studiosi, in quanto in esso entrano in gioco, più o meno direttamente, le linee stesse di evoluzione del Diritto Romano, per ciò che concerne il rapporto tra istituti del diritto pretorio e quelli del diritto civile. Così accanto ai contributi degli studiosi che hanno dedicato uno studio specifico alla transazione: PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 12 e 177 ss.; BECK, *Überlegungen zum Klassischen Vergleichsrecht*, cit., 3 ss.; ABUCAYA, *Essai sur l'histoire de la transaction en droit romain*, cit., 275 ss.; si possono analizzare quelli di coloro che, se pur più attenti alla problematica contrattuale in generale che non a quella transattiva in particolare, si sono occupati del frammento: KRETSCHMAR, *Kritik d. interpolationenkritik*, in *ZSS* 59 (1939), 163 ss.;

cogliere quegli aspetti più interessanti per l'indagine in corso e vedere come si inquadrino alla luce di quelle ipotesi evolutive dell'istituto da noi delineate nei capitoli precedenti. Ed allora, seguendo siffatta impostazione metodologica, non si può non ricordare come, anche in ordine al frammento in esame, la dottrina si sia divisa per quanto concerne la genuinità ulpiana del passo.

Così da parte di una certa corrente, facente capo alla Peterlongo<sup>145</sup>, si è sostenuta la natura compilatoria del frammento. Più precisamente si faceva notare come l'inciso conservato in D. 2.15.2, preso isolatamente poteva anche considerarsi esatto, in quanto in esso ci si limitava a ribadire che la transazione poteva presentarsi sotto la veste sia della *stipulatio Aquiliana* che del *pactum*; tuttavia ove fosse stato

---

RICCOBONO, *Interpretatio duplex del fr. 2 D. 2.15*, in *Misc. Mercati*, 1947, 548 ss., e più di recente SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova*

*negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 167 ss.; MELILLO *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 257 ss..

<sup>145</sup> PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 14; VOCI, *La dottrina romana del contratto*, 1946, 275 ss..

riportato all'interno di quella che tale corrente dottrinarina reputa essere la sua vera *sedes materiae*, sarebbe stato possibile dimostrare come non potesse essere stato Ulpiano a formulare il frammento così come noi lo possediamo nel titolo "*De Transactionibus*". Cerchiamo di riassumere brevemente i punti sui quali si articola tale posizione e le argomentazioni addotte a suo sostegno. Il frammento viene analizzato all'interno di quello che è considerato il suo contesto più ampio (il 74° libro *ad edictum* di Ulpiano), come ricostruito nella Palingenesi leneliana<sup>146</sup>, dove rappresentava la chiusura del sottotitolo "*si quis vadimoniis non obtemperavit*". Il brano sarebbe stato il seguente:

"Non exigimus reum iudicio sisti (vadimonium sistere)<sup>147</sup>, Si negotium, propter quod iudicio sisti (vadimonium) promisit, fuerit transactum: sed hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. Ceterum si postea transactum sit exceptio doli opponi debet: quis enim de poena promissa laborat post negotium transactum? Cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere

---

<sup>146</sup> LENEL, *Paling.* Ulp. 1651 (= D. 2.11.2 pr. + D. 2.15.2).

<sup>147</sup> Nella ricostruzione leneliana si trova detto *vadimonium sistere* anziché *iudicio sisti* e, poi, *vadimonium* al posto di *iudicio sisti*.

possit, quasi etiam de poena transactum sit, nisi contrarium specialiter partibus placuerit" (D. 2.11.2.pr.). "Transactum accipere quis potest non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum factum fuerit". (D. 2.15.2).

La fattispecie contemplata era questa: il convenuto aveva promesso con negozio solenne di stare in giudizio nel giorno fissato ("*... negotium propter quod iudicio sisti promisit ...*"), stabilendo la somma di denaro nel caso fosse mancato all'udienza fissata; nel frattempo era intervenuta una transazione della causa, per la quale era stata prestata quella promessa, e in virtù dell'interposta transazione si esonerava il convenuto dall'obbligo di presentarsi in giudizio. Ulpiano precisava che la transazione doveva essere conclusa *priusquam sisti oportet*, perché qualora fosse intervenuta successivamente il *reus* contumace incorreva nell'obbligo derivante dall'aver disertato il *vadimonium*. Il convenuto praticamente poteva difendersi dalle conseguenze della sua mancata comparizione mediante *exceptio doli* opposta all'attore, mentre qualora fosse stato contumace non poteva applicarsi la disposizione "*non exigimus reum vadimonium sistere*", poiché la previsione di una sistemazione della causa non lo esimeva dall'obbligo di ottemperare la pro-

messa di vadimonio<sup>148</sup>. Ebbene il passo si chiudeva con la precisazione che la transazione poteva essere chiusa non soltanto sotto forma di *stipulatio Aquiliana*, ma anche sotto forma di patto. Proprio alla luce della fattispecie complessiva, secondo questa corrente dottrina, si poteva confermare la natura compilatoria del frammento, dal momento che l'equiparazione concettuale in esso contenuta tra *stipulatio Aquiliana* e *pactum conventum* venne ad affermarsi soltanto nel diritto giustiniano. In particolare si faceva notare che, essendo la promessa del *reus* di stare in giudizio, cui si accennava nella prima parte del testo, posta in essere mediante un negozio solenne riconosciuto dal *ius civile*, la transazione, che vi derogava, doveva essere realizzata, nel periodo in cui scriveva Ulpiano, necessariamente con un'altra fattispecie negoziale formale: dunque necessariamente una *stipulatio*. Di conseguenza Ulpiano avrebbe potuto dire soltanto che doveva considerarsi valida la transazione conclusa nella forma della *stipulatio*

---

<sup>148</sup>Per l'esegesi di D. 2.11.2pr. si è seguita quella compiuta dalla PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 13 ss..

*Aquiliana* e solo in seguito ad aggiunte compilatorie si sarebbe potuto dichiarare che l'efficacia del *pactum* era pari a quella *stipulatio Aquiliana*, questo perché soltanto nel diritto giustiniano gli istituti del *ius honorarium* vennero elevati al rango degli istituti del *ius civile*, e quindi la convenzione posteriore, conclusa nella forma del *pactum*, poteva influire sul negozio formale precedente fino a dissolverlo. A sostegno di tale esegesi, dal punto di vista formale, si poneva inoltre l'accento sulla non genuinità dello schema sintattico "*non solum ... sed et*", utilizzato spesse volte dai compilatori per fondere ed equiparare istituti giuridici classici ai nuovi principi del diritto giustiniano. Quindi il passo di Ulpiano, isolato dalle aggiunte compilatorie, sarebbe risultato essere: "*Transactum accipi (transactum accipere quis) potest (non solum) si Aquiliana stipulatio fecerit subiecta (sedet si pactum conventum fuerit factum)*", e così ricostruito avrebbe potuto assumere un carattere di norma generale che prima non aveva.

Il versante dottrinario opposto a quello interpolazionistico<sup>149</sup>, pur



essendo accomunato dal riconoscimento della genuinità ulpiana del frammento, è caratterizzato da una serie di posizioni non perfettamente omogenee: il risultato cui si approda, la genuinità di D. 2.15.2, è lo stesso, il metodo seguito varia.

Così il Riccobono<sup>150</sup> parte dal presupposto della necessità di una *duplex interpretatio* per i testi della compilazione giustiniana, in base alla quale lo stesso testo viene ad assumere un significato ben preciso nell'opera originale da cui è stato tratto ed uno ben diverso, più ristretto o più largo, in rapporto alla sua dislocazione nella compilazione, anche qualora fosse stato riprodotto genuino nella forma come era stato dettato dai giureconsulti. Egli quindi ha ritenuto che l'accostamento tra *pactum conventum* e *stipulatio Aquiliana* operato da Ulpiano non in-

---

<sup>149</sup>KRETSCHMAR, *Kritik d. Interpolationenkritik*, cit., 163; RICCOBONO, *Interpretatio duplex del fr. 2 D. 2. 15*, cit., 548; LEVY, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the opening titles as specimen of research in West Roman vulgar law*, New York 1945, 44 ss., nt. 208; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani da Labeone ad Ulpiano. Transactio e nova negotia*, cit., 167; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 260.

<sup>150</sup>RICCOBONO, *Interpretatio duplex del fr. 2 D. 2. 1-5*, cit., 560.

dividuasse per il giurista alcun principio generale, ma dovesse limitarsi esclusivamente alla fattispecie esaminata nel brano del 74° libro *ad Edictum*, da cui fu ricavato. La stessa affermazione si sarebbe, invece, fatta portatrice nel *Corpus* giustiniano di una nuova prospettiva teorica, rivelatrice della concezione più tarda della transazione, in grado di fungere da filo conduttore all'intero titolo "*De Transactionibus*". In altri termini, per il Riccobono nella compilazione quell'equazione tra *stipulatio Aquiliana* e *pactum*, che nell'intendimento di Ulpiano riguardava soltanto il caso ivi esaminato, era poi divenuta generale ed assoluta, nel senso che *stipulatio* e *pactum* erano ormai assortite a figure giuridiche con un identico presupposto, il consenso delle parti, e con effetti giuridici di *ius civile* che scaturivano dall'unità dell'ordinamento giuridico raggiunta con la codificazione. Il significato originario del frammento era scomparso; esso, collocato in testa al titolo "*De Transactionibus*", segnava, invece, il caposaldo dell'istituto nel diritto della compilazione, nel quale *stipulatio* e *pactum* avevano gli stessi presupposti e gli stessi

effetti<sup>151</sup>. Il Kretschmar<sup>152</sup> e sulla sua scia il Levy<sup>153</sup> pur non ritenendo necessaria la *duplex interpretatio* del Riccobono, hanno egualmente supposto che, a prescindere dal valore assunto dal testo con la sua trascrizione legislativa<sup>154</sup> nell'originario contesto ulpiano l'equiparazione tra *pactum conventum* e *stipulatio* abbia avuto una portata assai limitata, lontana da qualunque operazione di fondazione dogmatica. Si adduceva come dimostrazione ancora una volta l'inserimento del passo

---

<sup>151</sup> Anche il Riccobono, come la Peterlongo, pone l'accento sull'evoluzione dei rapporti tra diritto pretorio e *ius civile*, in particolare sottolinea come una volta scomparso il pretore in epoca diocleziana (fine III sec. d.C.), abolite le formule delle azioni, sparita *l'exceptio* come protezione pretoria, il *ius civile* non si distinse più dal *ius praetorium*. Le solennità formali, proprie del *ius civile*, caddero in desuetudine o furono abolite (come avvenne per la stipulazione nel 472 d.C.), così i negozi, compresa la stipulazione, assunsero efficacia dalla causa.

<sup>152</sup> KRETSCHMAR, *Kritik d. Interpolationenkritik*, cit., 164.

<sup>153</sup> LEVY, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the opening titles as specimen of research in West Roman vulgar law*, cit., 44, nt. 208.

<sup>154</sup> In special modo al LEVY, *Pauli Sententiae, A Palingenesia of the opening titles as specimen of research in West Roman vulgar law*, cit., 45, il brano non sembra poter avere nemmeno per i Giustiniani quella portata generale che starebbe a denotare la completa equiparazione tra *pactum* e *stipulatio Aquiliana* nella più avanzata esperienza giuridica.

nel contesto palinogenetico più ampio di D. 2.11.2 pr., in cui si analizzava un caso specifico a proposito del quale veniva formulato il principio in questione, anche se non ci si spingeva ad affermare, come il Riccobono, che quel testo provasse il livellamento tra *stipulatio Aquiliana* e *pactum* come ultima fase dello sviluppo del diritto rispetto a quella figura giuridica. Dal canto nostro, pur concordando con il Riccobono, il Kretschmar ed il Levy sulla genuinità ulpiana di D. 2.15.2, non riteniamo nessuna delle posizioni dottrinarie passate in rassegna completamente condivisibile. Per quanto concerne la tesi di coloro che hanno sostenuto la natura interpolata del frammento, gli argomenti formali e sostanziali addotti a suffragio non ci sembrano affatto convincenti. Dal punto di vista formale, gli indizi stilistici e lessicali relativi alla costruzione sintattica non possono certo essere dichiarati decisivi, anche perché sarebbe assurdo affermare che tutti i periodi<sup>155</sup> articolati con quella struttura sintattica ("*non solum ... sed et*") siano frutto di interpolazioni

---

<sup>155</sup>Cfr., sempre tratti da Ulpiano, D. 4.4.73; D. 12.2.11.3.

compilatorie e mai adoperati genuinamente dai classici. Quanto, poi, alle argomentazioni attinenti al merito, anche a voler analizzare D. 2.15.2 all'interno del contesto più ampio ricostruito nella *Palingenesi* leneliana, non ci pare necessario ricorrere allo strumento della interpolazione per giustificare l'equiparazione tra *pactum conventum* e *stipulatio Aquiliana*. Nella fattispecie descritta da Ulpiano, a ben guardare, non si poneva alcuna relazione tra l'atto transattivo che pone fine al rapporto controverso e le formalità costitutive di esso. La transazione, comunque realizzata, poneva nel nulla la promessa di vadimonio: un'*exceptio doli* tutelava la parte che, avendo raggiunto l'intesa per via di transazione, vedeva continuare il processo nei suoi confronti. A questo riguardo è fuori luogo la notazione della Peterlongo, in base alla quale, essendo stata la promessa di presentarsi in giudizio resa con un atto formale e solenne, anche l'accordo transattivo doveva essere rivestito di una forma simile; è fuori luogo perché la transazione esplicava la sua efficacia non direttamente sul rapporto processuale in quanto tale, e quindi come *actus contrarius* del formale *vadimonium*, ma sul rapporto sostanziale che ne era il

presupposto. Questa considerazione, a nostro parere fondamentale, manca anche in quelle altre posizioni analizzate, per cui in esse, pur riconoscendosi la genuinità ulpiana del frammento, si è costretti a limitare quell'accostamento tra *pactum conventum* e *stipulatio Aquiliana* alla singola fattispecie per il periodo in cui scriveva Ulpiano (fine II-inizio III sec. d.C.) e accoglierlo quale principio generale per il diritto vigente nel periodo della compilazione (prima metà dei VI sec. d.C.). Proprio queste ultime argomentazioni ci inducono a prendere le distanze anche dalle posizioni del Riccobono e del Kretschmar.

a) In primo luogo l'inserimento di una proposizione classificatoria e definitoria. come era quella in D. 2.15.2, in un più ampio contesto non definitorio né classificatorio, come quello in D. 2.11.2pr., non è di per sé elemento sufficiente per concludere che quello spunto definitorio, e quindi il regime da esso contemplato valesse soltanto nei limiti dell'analisi che lo precedeva (cioè nell'ipotesi di promessa di vadimonio). La collocazione leneliana del frammento, fatta propria da entrambe le posizioni, da sola, come non permette di ipotizzare delle alterazioni giustinianee, così non permette di provare nulla ai fini di un

drastico ridimensionamento del suo contenuto concettuale. A tale riguardo si aggiunga quanto fatto notare, a nostro parere correttamente, dallo Schiavone<sup>156</sup> circa il 74° libro *ad Edictum* di Ulpiano ritenuto come un libro in cui vi era una costante tendenza definitoria e sistematica, che si accompagnava spesso all'analisi di casi concreti e dottrine<sup>157</sup> alla luce dell'impostazione costantemente seguita in tale libro non sorprende affatto che Ulpiano, specificando la nozione di *transactum* e dei negozi costitutivi, l'abbia poi analizzata all'interno di una fattispecie concreta e non meramente teorica.

---

<sup>156</sup> SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone a Ulpiano*, cit., 177.

<sup>157</sup>Facendo nostri i risultati cui è approdato lo SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 177, nt. 23, si deve ricordare che in apertura del 74° libro vengono riportate, in rapida successione, diverse definizioni, quella di *exceptio* ("Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est"), poi quella di *replicatio* ("replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones et a parte actoris veniunt"); e dopo quella di *transactum* si passa a quelle di *tempestas* e del *condemnatus rei capitalis*.

b) In secondo luogo non ci pare necessario ricostruire le tappe dell'evoluzione del *pactum* e della *stipulatio Aquiliana* dallo scorcio dell'età commerciale al periodo della compilazione giustiniana per giustificare il dettato ulpiano, né limitarne la valenza al singolo caso contemplato in D. 2.11.2pr.; esso, infatti, può inquadrarsi perfettamente all'interno di quelle che si sono viste essere le linee ricostruttive dell'istituto. Si è dimostrato in precedenza<sup>158</sup> come, prima dell'affermarsi della transazione quale autonoma figura negoziale a partire dall'età antoniana-severiana, si abbiano nelle fonti testimonianze del ricorso ad altri strumenti per raggiungere finalità di tipo transattivo: in prevalenza<sup>159</sup> applicazioni del *pactum* e, a partire con tutta probabilità dal I sec. a.C., della *stipulatio Aquiliana*; quindi non vi è nulla di strano che Ulpiano affermasse che per cosa transatta si dovesse intendere non soltanto la *stipulatio Aquiliana*, ma anche il *pactum conventum*. Ai tempi dei giu-

---

<sup>158</sup> V. *supra*, cap. III.

<sup>159</sup> Si è detto nel testo in prevalenza, perché si sono accennate in precedenza anche a delle applicazioni dei *ius iurandum* a scopo transattivo; v. *supra*, cap. III, nt. 35.



reconsulto la transazione si era forse, già delineata quale autonomo contratto<sup>160</sup> con una propria causa e specifici rimedi processuali, però gli atti costitutivi per porla in essere erano rimasti gli stessi. Perciò il fatto che Ulpiano facesse riferimento agli strumenti del *pactum* e della *stipulatio Aquiliana* per concludere gli accordi di transazione va visto come punto di arrivo e ulteriore conferma di quell'evoluzione, tracciata per via esegetica nell'indagine fin qui svolta<sup>161</sup>.

Si può a questo riguardo riassumere tutto precisando che per dare rilevanza agli accordi transattivi all'interno del *ius civile* si poteva ricorrere alla *stipulatio* comune e più frequentemente, nel presupposto

---

<sup>160</sup> E' questa la tesi che si è in precedenza elaborata attraverso l'analisi dei dato terminologico; v. *supra*, cap. III.

<sup>161</sup>Il rapporto *transactio/pactum/stipulatio Aquiliana* non sorprende neppure se lo si riporta all'interno delle linee evolutive della generale problematica contrattuale; si ha, infatti, a disposizione una nota testimonianza di Q. M. Scevola, giurista del I sec. a.C., riportata in D. 50.17.73A: "Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri caveri potest" che può servire a dimostrare come, prima dell'affermarsi della categoria del *contractus*, le esplicazioni dell'autonomia privata fossero in larga parte assicurate dalle categorie delle *pacisci* e dello *stipulare*, del resto la problematica della transazione rientra in quella più ampia dei contratti ed in particolare dei contratti *sine nomine*, come si vedrà nel capitolo successivo.

della sussistenza di una pluralità di rapporti obbligatori fra le parti e dell'intenzione di porre fine ad essi con un'*acceptilatio*, alla specifica *stipulatio* Aquiliana; infatti il *pactum* aveva avuto riconoscimento solo nell'editto del pretore. Quest'ultimo punto va forse specificato, in quanto nel frammento di Ulpiano non è ben chiarito. A ben vedere, la costruzione sintattica del dettato ulpiano ("non solum *stipulatio* Aquiliana ... sed et *pactum conventum*") sembrerebbe far pensare che in epoca severiana il ricorso alla *stipulatio* fosse divenuta tra le due la pratica prevalente di un negozio transattivo. Ove poi si vogliano indagare le ragioni dell'affermarsi di tale pratica rispetto al semplice *pactum* e non limitarsi ad accettarla come un qualcosa di assodato in quanto attestato anche da altre fonti dell'età severiana <sup>162</sup>, è forse opportuno approfondire il rapporto tra l'istituto civilistico della *stipulatio* e quello pretorio del *pactum*.

Una prospettiva metodologica praticabile può, a nostro parere,

---

<sup>162</sup>V. *infra*, esegesi D. 2.15.15.

essere quella di individuare la valenza semantica dell'espressione *pactum conventum* nel testo ulpiano e più in generale nel periodo severiano. Si tratta di un aspetto indubbiamente interessante per l'indagine in corso; però, a volerlo sviluppare completamente, si finirebbe con il trovarci costretti ad affrontare alcuni dei punti più controversi dell'intero Diritto Romano<sup>163</sup>, che non rientrano certo tra gli obiettivi del presente studio, per questo ci limiteremo ad evidenziare quei punti ai nostri fini più utili, avvalendoci oltre che dei dati direttamente ricavabili dalle fonti, di quelle conclusioni in materia. che reputiamo condivisibili, alle quali si è approdati nella dottrina più recente<sup>164</sup>. In età severiana l'e-

---

<sup>163</sup> Ad esempio, quello relativo alla formazione e alla portata originaria dello stesso editto *De pactis conventis* con il quale si diede riconoscimento pretorio ai patti e quello relativa alla spinosa questione del rapporto tra *pactum* e *contractus*.

<sup>164</sup> In particolare si terrà conto, in quanto da noi condivisi, degli studi del MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, cit., 196 ss.; MELILLO, *Voce Patti*, in *Enc. del Diritto*, cit., 481 ss., GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit. 41 ss.; altri spunti, anche se derivanti da posizioni non completamente in sintonia con quelle citate, possono trarsi da MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei patti secondo il Diritto Romano. Pacta conventa*, 2 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit. 196 ss.; TALAMANCA, *Contratto e patto nel Diritto Romano*, cit., 42 ss..

spressione *pactum conventum* non aveva più lo spessore semantico attestato dalle fonti per l'età precedente<sup>165</sup>, individuante non soltanto l'accordo a valenza negativa affermatosi sin dall'età più antica<sup>166</sup>, ma altresì quello a contenuto positivo, e come il mutamento avvenuto nell'arca del *pactum conventum* possa essere assunta quale indice delle più ampie trasformazioni che si erano verificate nell'area dell'autonomia privata e delle sue esplicazioni negoziali. Sull'evoluzione dei *pacta* dall'età

---

<sup>165</sup> In particolare risalenti al I sec a.C., v. Cic. *ad Att.* 6.3.1 "... Pomptinus enim ex pacto ci convento (nam ea lege exierat) iam a me discesserat", *Pro Cav.* 18,51: "... Quae lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod ut ad privatas res redeam testamentum quae iudicii aut stipulationis aut pacti et conventi formula non infirmari aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus, consilium autem eorum qui scripserunt ci rationem et auctoritatem relinquamus?", *De inv.* 2.2.68: "... Pactum est quod inter quos convenit ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur ..." v. Sen. *contr.* 9.3: "Per vim metumque gesta ne sint rata. Pacta conventa legibus facta rata sint. Expositum qui agnoverit solutis alimentis recipiat ..." o v. ancora la testimonianza di Alfeno Varo, riportata da Paolo in D. 17.2.71pr. "Duo societatem coierunt ut grammaticam docerent ci quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: «haec quae supra scripta sunt et ita dari fieri neque ad versus ea fieri? ...»".

<sup>166</sup>V. *supra*, cap. I.

arcaica alla fase del capitale commerciale ci siamo, già, espressi in precedenza<sup>167</sup>; a completamento del discorso si può aggiungere (specificando l'aspetto del riconoscimento giuridico, prima appena accennato) che per quei *pacta* a contenuto positivo, nell'età ciceroniana, (I sec. a.C.), era apprestato un sistema di tutela imperniato non soltanto su *exceptiones*, ma forse su *arbitria* e poi *iudicia* ispirati alla buona fede e rientranti nella previsione dell'editto *De Pactis conventis*<sup>168</sup>. Non si tratta di una mera affermazione di principio, ma di un qualcosa di desumibile dalle fonti del periodo<sup>169</sup>. Invece nelle fonti

---

<sup>167</sup> V. *supra*, cap. III.

<sup>168</sup> Secondo il LENEL, *Das edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, 64 ss., la rubrica sarebbe stata "*De Pactis et Conventionibus*". Tuttavia la testimonianza, da lui addotta, della tarda *Consultatio Veteris Cuisdam Iuris Consulti* (4,3: Paul. sent. lib. I tit. *De Pactis et Conventionibus vel Transactionibus*) non trova appoggio nelle Sentenze di Paolo, dove ricorre due volte l'espressione *pactum conventum* e

con la clausola edittole "pacta conventa servabo") e con quanto menzionato a più riprese da Cicerone.

<sup>169</sup> V. *supra*, nt. 97.

classiche a disposizione per il periodo severiano<sup>170</sup>, la protezione dei *pacta* appare limitata alla sola *exceptio* ed il binomio *pacta conventa* appare oramai soppiantato dall'espressione più generale *pactum*, rimanendo, oltre che nella clausola edittale, in locuzioni tecniche<sup>171</sup> o affermazioni tralaticie<sup>172</sup> che vi si ricollegavano. Passando dalle fonti dell'ultima età repubblicana a quella del principato, si nota in definitiva un restringimento dell'arca coperta dal binomio *pactum conventum*. Giustamente si è fatto notare nella dottrina più recente<sup>173</sup> che quelle restrizioni della portata semantica del *pactum conventum* possono spiegarsi soltanto in funzione di quelle modificazioni più generali che erano intervenute nell'ambito dell'autonomia negoziale, rappresentate

---

<sup>170</sup> Cfr. D. 2.14.7.7 (Ulp. lib. 4 ad Ed): *Ait Praetor: pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quae fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*

<sup>171</sup> Può dirsi tale l'espressione *exceptio pacti conventi*.

<sup>172</sup> Riprendendo l'illuminante studio del GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 43, si può considerare tralaticia, l'affermazione di Ulpiano in D. 2.14.7.5: "Soliamo dire che i *pacta conventa* ineriscono al *bonae fidei iudicia* (... *pacta conventa in esse bonae fidei iudiciis* ...).

<sup>173</sup> MELILLO, Voce *Patti*, in *Enc. del Dir.*, cit., 483; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 202.

dalla formazione dei contratti e del prevalere di una linea sfavorevole alla discrezionalità pretoria<sup>174</sup>. Quella funzione che i *pacta conventa* avevano assolto prima della formazione del concetto di *contractus*, cioè di consentire l'esplicazione del consensualismo al di fuori degli atti formali tipicizzati, era venuta chiaramente a scemare in conseguenza dell'affermazione del concetto tecnico di *contractus*, quale atto produttivo di obbligazioni; per questo negli studi più recenti sui patti<sup>175</sup> si sottolinea che in età severiana *pactum conventum* fosse spesso impiegato in contrapposizione al contratto, in quanto quest'ultimo produceva azione, invece dal *pactum* scaturiva soltanto *l'exceptio pacti conventi*.

Alla luce di queste linee ricostruttive più ampie non sarebbe fuori luogo ipotizzare che con l'articolazione sintattica "*non solum stipulatio Aquiliana ... sed et pactum conventum*" Ulpiano abbia voluto

---

<sup>174</sup>Sono queste le linee ispiratrici del principato nel campo giuridico, orientate all'accentramento nell'imperatore della direzione e del controllo della produzione e applicazione del diritto.

<sup>175</sup> V. *supra*, nt. 103.

sottolineare che tra le due pratiche di conclusione del negozio di transazione, il ricorso a quella stipulatoria avesse finito con il prevalere ai suoi tempi, in quanto con essa si rendeva azionabile, in caso di inadempimento dell'accordo, la pretesa con l'*actio ex stipulatu*, mentre, ove si fosse concluso l'accordo con un semplice *pactum*, si aveva soltanto la possibilità di paralizzare l'agire del trasgressore con l'*exceptio pacti conventi*. Tale interpretazione del dettato ulpiano è ammissibile e dal punto di vista dell'evoluzione dell'istituto specifico della transazione e alla luce dell'intera problematica contrattualistica, come si è venuta a sviluppare dall'ultima repubblica al periodo severiano; tuttavia non è la sola possibile.

Si è già detto che nei contributi dottrinari più recenti, si è costantemente sottolineato che, a partire dal principato, il binomio *pactum conventum* avesse un ambito di applicazione molto più limitato di quello attestato per l'epoca ciceroniana, venendo utilizzato sempre più raramente in senso tecnico e prevalentemente a designare i patti aggiunti ai contratti. La minore frequenza con cui il binomio *pactum conventum* veniva impiegato a designare gli accordi a contenuto positivo,



muniti di tutela giuridica, non esclude a priori che in senso tecnico siano stati impiegati da Ulpiano in D. 2.15.2. In questa direzione si pone lo Schiavone<sup>176</sup>, per il quale in D. 2.15.2 il giureconsulto severiano voleva dare testimonianza dell'avvenuto configurarsi della transazione quale autonomo contratto; per questo specificava che per *transactum*<sup>177</sup> doveva intendersi non solo l'applicazione della vecchia *stipulatio*, ma anche il compimento di un nuovo specifico *pactum conventum*, cioè di un accordo tecnico sul tipo degli atti del *ius gentium*, fornito da un *nomen* tipico, sia pure non edittale "ed in quanto tale appunto *pactum conventum* e non generico *synallagma*: la *transactio*". Pur concordando su molti altri punti<sup>178</sup> con lo Schiavone e

---

<sup>176</sup>SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 163 ss..

<sup>177</sup> Secondo Schiavone non si utilizzava il termine *transactio*, già affermatosi anche per lui in epoca severiana, in quanto la nuova parola aderiva troppo alla nuova struttura contrattuale, perché Ulpiano potesse avvalersene in un contesto definitorio, con riferimento anche alla *stipulatio Aquiliana*.

<sup>178</sup> Ci siamo avvalsi del contributo dello studioso in particolare per l'analisi degli impieghi dei transigere, v. *supra*, cap. II; concordiamo con lo studioso anche

ritenendo, al suo pari, che in epoca severiana la transazione si fosse già delineata quale autonoma figura contrattuale, non ci pare certo che Ulpiano abbia voluto, attraverso l'accostamento tra *stipulatio Aquiliana* e *pactum conventum* sottolineato con quella particolare struttura sintattica ("*non solum stipulatio Aquiliana ... sed et pactum conventum ...*") fare riferimento all'emergere, accanto all'antica *stipulatio*, di una nuova figura con-trattuale, designata tecnicamente con il binomio *pactum conventum* per evidenziare il momento della *conventio*. Non si può affermare con certezza, perché logicamente anche l'altra ricostruzione appare pos-sibile; la difficoltà, a nostro parere<sup>179</sup>, è da individuare nel fatto che o con l'una o con l'altra spiegazione si finirebbe con l'andare alla ricerca delle presunte intenzioni che il giureconsulto, vissuto sul finire del II sec. d.C., si sarebbe prefissato, articolando il proprio pensiero in quel modo ("*non solum ... sed et*").

---

nel ritenere la problematica transattiva inquadrabile all'interno di quella più ampia dei contratti innominati, v. *infra*, cap. V.

<sup>179</sup> Sul singolo punto si accoglie la tesi del MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 260.

Non avendo la pretesa di concludere con certezza sul punto, preferiamo ribadire la perfetta inquadrabilità del frammento all'interno della evoluzione della transazione, emersa dalle esegesi compiute in precedenza<sup>180</sup>: in quest'ottica esso rappresenta una sorta di punto di chiusura, mettendo in luce come gli strumenti per concludere una transazione fossero, benché si fosse affermato il *contractus-transactio*<sup>181</sup>, ancora la *stipulatio Aquiliana* e il *pactum*.

---

<sup>180</sup>V. *supra*, cap. III.

<sup>181</sup> V. D. 2.15.3, la cui esegesi si è fatta nel cap. III.

**5. TESTIMONIANZE DI TRANSAZIONI TUTELE DA UNA  
STIPULATIO POENALIS, ESEGESI DI D. 2.15.15 E DI D.  
215.16. CONSIDERAZIONI RELATIVE**

A completamento del discorso sul rapporto tra *stipulatio Aquiliana* e *pactum conventum* per la conclusione di una transazione, non si può non tenere conto del frammento D.2.15.15 (Paul., 1 sent.), che consente di dare conferma a quanto già detto in precedenza e di aggiungere ulteriori considerazioni:

"Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius est buie poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pac-to poena ex stipulatu peti potest".

La testimonianza di Paolo è illuminante sotto diversi profili.

A) In primo luogo attesta come fosse pratica comune ai suoi tempi ("... *suffici solet ...*") non soltanto di ricorrere alla *stipulatio Aquiliana* o al *pactum* per concludere una transazione, come attestato da Ulpiano in D. 2.15.2, ma addirittura di utilizzare contemporaneamente<sup>182</sup> entrambe ("*Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet*"). Sul punto si può agevolmente argomentare, alla luce di quanto già detto in sede di esegesi di D. 2.15.2: l'unione tra *pactum* e *stipulatio Aquiliana* doveva considerarsi preferibile, in quanto, in caso di inadempimento del patto, non solo si poteva fruire dell'*exceptio pacti conventi*, ma si rendeva azionabile in via immediata la pretesa attraverso l'esercizio dell'*actio ex stipulatu*. Quindi, unendo le due pratiche, ci si poteva avvantaggiare dei rimedi che esse consentivano in caso di inadempimento del patto. A ciò si aggiunga, facendo nostre alcune

---

<sup>182</sup>Cfr. Anche C. 8.43(44).3 (Imp. Dioc. et Max. AA. et CC., Demetriae, a. 294): "Per Aquiliana stipulationem pacta subditam obligatione praecedente sublata et acceptilatione, quae fuerit inducta, parempta ei, qui ex nulla causa restitui potest, omnis agendi via praecluditur".

considerazioni del Melillo<sup>183</sup>, che, da un punto di vista strettamente logico, la compresenza del *pactum* consentiva altresì la possibilità di inserire in una *conventio* argomentazioni e clausole articolate in maniera più precisa e dettagliata di quanto non consentisse il formulario Aquiliano che era pienamente adatto a contenere la pretesa finale pattuita con la transazione, ma non aveva la stessa capacità di un patto di illustrare la situazione sulla quale le parti transigevano<sup>184</sup>.

B) In secondo luogo la parte centrale del frammento offre lo spunto per nuovi campi di indagine; infatti in essa è attestata come in uso, ed anzi viene consigliata dal giurista severiano ("... *consultius est* ..."), l'aggiunta all'accordo di transazione di una stipulazione ulteriore per garantirsi una penale in caso di inadempimento dell'accordo ("... *huic poenalem quoque stipulationem subiungere* ..."). Paolo motivava

---

<sup>183</sup> MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 260 ss..

<sup>184</sup>Si ricordi che la transazione era un negozio fondato sulla *bona fides* di entrambi i contraenti; e la falsa conoscenza delle situazioni oggetto dell'accordo o la malafede che inficiavano il negozio transattivo, potevano essere evidenziate più facilmente nell'eventuale premessa o narrativa di un *pactum*.

questa sua opzione con il fatto che, in caso di rescissione del patto, si sarebbe potuta chiedere la pena *ex stipulatu* ("... *poena ex stipulatu peti potest*")<sup>185</sup>. Non si dimentichi che la clausola penale rappresentava la promessa fatta dal debitore mediante *stipulatio* di pagare una determinata somma in caso si fosse reso inadempiente all'obbligo principale o avesse agito in contraddizione al medesimo<sup>186</sup>. Delineata la clausola penale in questi termini, non sorprende affatto la sua adattabilità ad accordi di tipo transattivo, tanto da essere suggerita da Paolo come prassi più corretta. Essa, infatti, aveva una duplice valenza. Da un lato - il che è argomentabile da un punto di vista strettamente logico - essa

---

<sup>185</sup> In D. 2.15.15 si è seguita l'interpretazione del frammento che vuole *huic* riferito al *pactum*: in altri termini, l'ipotesi di una transazione conclusa nella forma del patto cui si fosse affiancata una clausola penale; se, invece, si fosse voluto fare riferimento ad una convenzione transattiva rivestita della forma della *stipulatio Aquiliana* alla quale si soggiungesse una pena, non si sarebbe più potuto parlare di rescissione del patto.

<sup>186</sup> Il giudice in definitiva avrebbe potuto raggiungere il medesimo risultato, anche in difetto della stipulazione penale, mediante *litis aestimatio*, ma la stipulazione offriva il vantaggio di determinare *ab initio* (esonero il creditore dalla relativa prova) l'ammontare dell'interesse leso dall'inadempienza.

faceva da sprone per il debitore all'adempimento della prestazione convenuta e quindi all'osservanza dell'accordo. Essendo lo scopo della transazione quello di porre termine una volta per tutte a delle situazioni conflittuali o a fissare rapporti giuridici incerti o complicati, attraverso sacrifici reciproci delle parti, appare giustificata la prassi di dare maggiore stabilità a tali convenzioni con *stipulationes poenales*, che evitavano di compromettere il frutto di trattative spesse volte lunghe ed estenuanti.

Dall'altro lato, traendo spunto e dall'esegesi di D. 2.15.15 e da quanto già detto in precedenza, si può aggiungere che la clausola penale poteva costituire una sorta di risarcimento per il creditore ottenibile in modo rapido e completo evitando le lungaggini di altre procedure. Infatti Paolo ci prospetta il caso di un negozio di transazione accompagnato da una pena convenzionale, il cui pagamento ("*... poena ex stipulatu peti potest*"), causato da un mancato adempimento dell'obbligazione principale o da un'attività in contrasto con esso, risolveva il negozio ("*... rescisso forte pacto ...*"). D. 2.15.15 prospetta inoltre come alternativa la richiesta di pagamento della penale, la cui



premesse era la rescissione del patto, e la conservazione del negozio, concluso nella fattispecie nella forma del semplice *pactum*. In altri termini, qualora una transazione fosse stata convenuta per mezzo di semplice patto cui era stata soggiunta una clausola penale, poiché il patto non rendeva azionabile la pretesa all'adempimento della prestazione pattuita, la parte poteva scegliere tra due vie praticabili (conservare il patto o chiedere il pagamento della penale) quella che di volta in volta ritenesse più vantaggiosa. Si può logicamente supporre che, se la violazione della transazione fosse stata causata da mancato adempimento della prestazione da parte di uno dei contraenti, si sarebbe preferibilmente agito *ex stipulatu* ("... *poena ex stipulatu peti potest*"), in base alla stipulazione penale soggiunta al patto; se la violazione della transazione fosse stata causata dal fatto che uno dei contraenti aveva cercato di agire in contrasto con gli accordi intrapresi (ad esempio, aveva cercato di esperire contro l'altro l'azione cui aveva rinunciato a seguito dell'accordo transattivo) questi si sarebbe

preferibilmente avvalso dell'*exceptio pacti* di cui lo forniva il pretore<sup>187</sup>. Questo argomento trova ampia conferma in un passo di Ulpiano, riportato in D. 2.14.10.1, che anzi sembrerebbe dettare delle regole generali sull'argomento:

"Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posset pro ut eligerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre".

Quindi chi aveva rafforzato un patto con stipulazione penale ("*Si pacto subiecta sit poenae stipulatio*"), in caso di inadempienza della controparte, poteva fare valere il patto rinunciando alla penale, oppure

---

<sup>187</sup> Da un punto di vista strettamente logico, non è fuori luogo ritenere che, se la transazione fosse stata conclusa nella forma della stipulazione, essendo questa tutelata dall'*actio ex stipulatu*, la penale non aveva alcun carattere di risarcimento per l'eventuale difetto della prestazione, ma aveva valore di multa comminata per il fatto di aver agito in contrasto con l'accordo.

poteva insistere per il pagamento della penale rinunciando al patto. Quello che va sottolineato è la praticabilità delle due vie per il creditore che aveva subito le conseguenze della violazione dell'accordo ("*... utraque via uti posse prout eligerit qui stipulatus est*") tuttavia l'elezione di un rimedio equivaleva a rinuncia all'esperimento dell'altro, e dunque non c'era possibilità di cumulo ("*... si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre*")<sup>188</sup>. Ove si voglia passare dallo studio della regola generale, come fissata in D. 2.15.15 e in D. 2.14.10.1, all'analisi di casi concreti di applicabilità della medesima, si può esaminare la questione trattata dallo stesso Paolo, 35 *ad ed.*, in D. 23.4.12:

"Si mulier pacta sit ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse

---

<sup>188</sup>La testimonianza ulpiana è, altresì, interessante perché attesta come siffatta pratica non si fosse affermata *ex abrupto* in epoca severiana, ma fosse attestata almeno a partire dal I sec. d.C.; infatti, nel richiamarla, riporta l'opinione dei giurista di quell'epoca Sabino ("*... Sabinus putat ...*").

oportere: vel exceptione pacti et acceptam tacere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem".

La fattispecie contemplata era la seguente: una donna aveva stabilito per via di patto ("*Si mulier pacta sit ...*") di non chiedere la restituzione di più di metà della dote ("*... ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur ...*") e si era premunita con la stipulazione di una clausola penale nell'ipotesi di violazione dell'accordo. Il giurista Mela, chiamato a pronunciarsi nell'ipotesi di contravvenzione dell'accordo raggiunto in materia dotale, riconosce alla donna la praticabilità di due rimedi alternativi: o mantenere in vita il patto ed opporre *l'exceptio pacti* ("*... ve/ exceptione pacti ...*") rinunciando contestualmente alla richiesta di pagamento della penale, oppure agire *ex stipulatu* per la pena ("*... vel ex stipulatu agat ...*") ma in questo secondo caso rinunciava al patto ("*... denegandam ei exceptionem ...*"). Il parere del giurista Mela, riportato da Paolo, è in perfetta sintonia con quanto attestato da Ulpiano e da Sabino in D. 2.14.10.1 e, con quanto, sia pure implicitamente, dichiarato da Paolo stesso in D. 2.15.15 ("*... quia rescisso forte*

*pacto poena ex stipulatu peti potest ...*").

A completare l'indagine relativa alla possibilità di accompagnare un accordo transattivo con una clausola penale, si può esaminare, ritornando all'interno del titolo "*De Transactionibus*" quanto detto da Ermogeniano; nel frammento 16:

"Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur".

Pur se appartenente ad un giurista di epoca successiva a quella severiana, questo passo completa gli aspetti da esaminare per la fattispecie ora in esame tant'è che gli stessi compilatori giustinianeî l'hanno opportunamente accostato alla testimonianza di Paolo. La differenza con D. 2.15.15, che ha indotto alcuni studiosi<sup>189</sup> del secolo scorso a ritenere i due frammenti in contraddizione, va rintracciata nel fatto che in

---

<sup>189</sup>KERSTEN, *De poena conventionali*, Lipsia 1839, 32 ss..

D. 2.15.16 si riteneva configurabile il caso in cui il debitore potesse essere convenuto cumulativamente e per la prestazione principale e per la penale. Infatti si avvertiva che, qualora fosse aggiunta una penale da pagarsi nel caso di inottemperanza all'accordo con la condizione che il patto sopravvivesse ("*... rato manente pacto ...*"), non solo sarebbe rimasta in vita la possibilità di avvalersi dell'*exceptio pacti*, essendo il patto rimasto in vita e non rescisso ("*... non exceptione tantum summovebitur ...*"), ma si sarebbe potuto costringere il trasgressore dell'accordo al pagamento della penale ("*Qui fidem licitae transactionis rupit ... poenam quam ... stipulante recte promiserat, praestare cogetur*").

A ben vedere, i due frammenti non sono in contrasto. In D. 2.15.15 si contempla il caso di una transazione accompagnata da una pena convenzionale pura e semplice che dà luogo ad una situazione di alternatività tra la richiesta di pagamento della pena *ex stipulatu* e la conservazione del negozio; in D. 2.15.16 si contempla il caso di una transazione accompagnata da una clausola penale, il cui pagamento non importa risoluzione del negozio perché è stata aggiunta esplicitamente la clausola *rato manente pacto*, e perciò dà luogo ad una situazione di cumulo

della penale con la prestazione principale<sup>190</sup>. In questo secondo caso la penale pagata non aveva tanto valenza risarcitoria, rimanendo l'accordo in vita, ma rappresentava una vera e propria pena pecuniaria per il solo fatto di avere agito in qualunque modo in violazione dell'accordo. Quanto è opportuno tenere presente, anche alla luce di quanto visto in sede di esegesi di D. 2.15.15, è che il cumulo non rappresentava la regola generale derivante dall'essere stata aggiunta la penale ad un accordo transattivo, ma risultava ammesso a causa della speciale intesa raggiunta tra le parti in ordine alla sopravvivenza del patto, espressa con la formula *rato manente pacto* e simili.

---

<sup>190</sup> Si è contemplata l'ipotesi di transazione conclusa nella forma del *pactum*, logicamente si può inferire che, se invece fosse stata rivestita della orma stipulatoria, la penale soggiunta sarebbe stata dovuta in ogni caso senza che occorresse la clausola *rato manente pacto* o simile.

## **CAPITOLO QUARTO**

### **LA DISCIPLINA DELL'ISTITUTO DELLA TRANSAZIONE NEI PAESI LATINO- AMERICANI.**

*1. La transazione nel codice civile spagnolo. -2. La transazione nel  
Codice civile argentino- 3 La transazione nel codice civile napoleonico*



## **TITOLO XVI**

### **DELLE TRANSAZIONI E COMPROMESSI**

Sommario: 1.Natura; 2. Capacità; 3. Oggetto; 4.Stato civile delle persone; 5.Effetti; 6.Acquisto di un nuovo diritto; 7.Differenza tra la transazione e la cosa giudicata; 8.La transazione affetta da errore, frode, violenza o falsità di documenti.

#### **ARTICOLO 1715**

Florencio Garcia Goyena, definisce la transazione, al pari del diritto romano come una convenzione non gratuita in base alla quale si decide una cosa dubbia, dando, detenendo o promettendo qualcosa.

Tutte le convenzioni sono obbligatorie; tutte producono azioni in giudizio.

La transazione è un contratto che ha la stessa forza della vendita.

Questo contratto è consensuale, sinallagmatico, commutativo e a titolo oneroso.

Dicasi consensuale in quanto si perfeziona con il semplice consenso.

E' sinallagmatico in quanto impone obbligazioni reciproche, nel senso che ciascuna parte rinuncia a ciò che quella dice essere suo diritto, mediante una concessione che l'altra parte le fa.

E' siccome la rinuncia dell'una si ripeta compensata con il sacrificio dell'altra, ne consegue che la transazione è un contratto commutativo.

Ecco perchè non la si può confondere con la donazione, in quanto le parti non agiscono con spirito di liberalità ma provvedono esse al loro proprio interesse.

Questo sacrificio deve essere scambievole.

Garcia Goyena richiamando anche i passi del Codice 2, 4, 38<sup>191</sup> e del Digesto 2, 15, 1<sup>192</sup>, evidenzia le differenze sostanziali tra la transazione e il patto gratuito al fine di ben rimarcare l'essenza della transazione rispetto al secondo istituto.

Nella transazione ciascuna delle parti rinuncia a qualcosa in favore dell'altra, pur di porre fine alla lite, invece nel patto gratuito l'agente trasferisce a titolo di liberalità una cosa certa e indubitata.

A mio avviso la differenza tra la transazione e la donazione sorge intorno alla natura delle due figure, in quanto pur essendo entrambe un contratto se ne differenziano in relazione agli elementi costitutivi.

Gli elementi della donazione sono lo spirito di liberalità e l'arricchimento.

---

<sup>191</sup> C. 2, 4, 38: Quomodo transigitur. Idem AA. et CE. Theodotioni. Transactio nulla dato, vel retento, seu promisso minime procedit. Come si transige. Gli stessi Augusti e Cesari a Teodozione. Senza nulla dare o ritenere o promettere non c'è transazione.

<sup>2</sup> D.2.15,1: Ulpianus libro quinquagensimo ad edictum. Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit. Ulpiano nel libro cinquantesimo All'editto. Chi fa una transazione transige in relazione ad una questione dubbia e ad una lite incerta e non definita. Chi invece conclude un patto a causa di donazione, rimette per liberalità qualcosa certa ed indubbia.

Il primo costituisce la causa del contratto, che non si identifica, nella donazione come negli altri contratti, con il motivo.

Alla stessa guisa che posso vendere perché ho bisogno di denaro, come perché voglio fare una speculazione, nello stesso modo posso donare così per vanità o come per affetto o per spirito di carità verso il prossimo: in tutti questi casi una nota comune contrassegna il negozio, e cioè non intendo ricevere nessun corrispettivo ( in senso giuridico ) dall'altra parte.

L'arricchimento, invece consiste nell'incremento del patrimonio del donatario.

L'arricchimento può realizzarsi o disponendo a favore di un altro di un diritto o assumendo un'obbligazione verso il donatario, purché non si tratti di un facere.

La donazione entra nella categoria dei negozi a titolo gratuito.

La gratuità importa soltanto l'assenza di corrispettivo, ma non implica necessariamente l'arricchimento dell'altra parte, elemento questo, essenziale al concetto di donazione.

Perciò non costituiscono donazione la transazione, il mandato, la prestazione d'opera senza compenso, in quanto in questi casi non c'è quell'aumento di patrimonio dell'altra parte che è necessario per realizzare l'arricchimento, chi riceve gratuitamente la prestazione, si limita a risparmiare una spesa.

Quindi la disciplina stabilita per la donazione non si applica a questi atti.

#### **ART.1714**

La transazione, in base all'art 1714, perché sia efficace deve essere contratta dalla persona stessa nel cui interesse viene

effettuata, non può transigere una persona in nome di un'altra, a meno che quest'ultima non sia munita di procura speciale, nella quale si devono indicare i diritti ed i beni sui quali deve ricadere la transazione.

Il negozio con il quale una persona conferisce ad un'altra il potere di rappresentarla si chiama procura.

La procura riguarda il lato esterno ed interno del rapporto tra il rappresentato ed il rappresentante.

Il lato interno riguarda il rapporto tra il rappresentato ed il rappresentante.

Il lato esterno serve, invece, a rendere noto a terzi con il quale il rappresentante dovrà assolvere l'incarico, che egli è autorizzato dal rappresentato a trattare il suo nome, perciò la procura consiste in un negozio unilaterale che va tenuto distinto dal rapporto interno tra rappresentante e rappresentato: questo rapporto interno (cd. rapporto di gestione) può derivare da un mandato, da un contratto di lavoro e da quello di società.

La procura può concernere un solo affare o più affari determinati (procura speciale) o può riguardare tutti gli affari del rappresentato (procura generale).

La procura generale e speciale possono contenere limiti all'attività del procuratore, possono, per esempio concernere unicamente l'amministrazione ma non l'alienazione dei beni.

È naturale che il rappresentante possa vincolare il rappresentato solo nei limiti dei poteri conferitegli, ciò spiega la ragione per cui la procura deve essere esibita al terzo che esiga dal rappresentante la giustificazione dei suoi poteri, e di essa il

rappresentante è tenuto a fare restituzione quando i poteri sono cessati.

Secondo il D. 2, 14, 12<sup>193</sup> potrà transigere il procuratore generalmente per tutti i beni.

Il giuramento che il procuratore deferisce circa l'amministrazione universale dei beni o se gli viene conferito mandato speciale deve ritenersi vincolante al pari di quello deferito fuori dal giudizio D.12, 2, 17, 3<sup>194</sup>.

In base a queste leggi nessuno transigeva con il procuratore o amministratore che non aveva procura speciale, l'art.1714 conferma la pratica. L'art. 1605 è ancora più espressivo, nel senso che nella procura speciale devono essere indicati i diritti ed i beni oggetto della transazione.

---

<sup>193</sup> D. 2, 14,12: Ulpianus libro quarto ad edictum. Nam et nocere constat: sive ei mandavi, ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit: ut et Puteolanus libro primo adsectoriorum scribit: cum placuit, eum etiam rem in iudicium deducere. Ulpiano nel libro 4 sull'Editto: il procuratore generale, avendo il mandato a pattuire, pregiudica colui, le cui cose amministra. Si verifica il contrario nel caso il procuratore solamente agisca.

<sup>194</sup> D.12, 2, 17, 3. : Paulus libro octavo decimo ad edictum. Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est, scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si idipsum nominatim mandatam sit, aut si in rem suam procurator sit. Paolo nel libro diciottesimo sull'editto: quel giuramento che per convenzione viene deferito fuori giudizio, non può essere riferito: per fermo ancora deve aversi quel giuramento, che un procuratore deferì: cioè che attiene o all'amministrazione universale dei beni, o se gliene sia stato dato mandato speciale, o se sia procuratore nel suo

### **ART.1715**

La transazione essendo di natura dichiarativa è sempre annoverata tra gli atti di disposizione, in ragione di ciò rispetto alla parte la quale si creda fondato un diritto, essa è un sacrificio, un'alienazione.

Segue da ciò che per poter transigere, bisogna avere la capacità di disporre, degli oggetti compresi nella transazione.

L'incapace di disporre è incapace di transigere.

Da ciò deriva che il minore non può fare una transazione valida.

Il tutore non può transigere in suo nome se non sia autorizzato dal consiglio di famiglia, e con il parere di tre giuriconsulti designati dal procuratore regio del tribunale di prima istanza.

La transazione per essere valida deve essere omologata dal tribunale, dopo aver sentito il parere del procuratore del re.

La mancanza di una di queste formalità dà luogo ad una nullità relativa di cui solo il minore può valersi. Tale articolo esige l'autorizzazione giudiziale affinché il tutore possa transigere, qualsiasi sia il raggio d'azione della transazione e la forma in cui si concreti nel patrimonio del tutelato.

Il padre può invece transigere sui beni del figlio che ha sotto la sua potestà, ma se il valore dell'oggetto su cui cade la transazione eccedesse i cento duras non avrà questo effetto senza l'apposita approvazione giudiziale.

Ugualmente il padre non può transigere sui beni immobili del figlio senza l'approvazione giudiziale, in quanto la libertà di alienare i beni, che indirettamente le si concede, è limitata in

quanto alla transazione, perchè potrebbe nascondere una donazione, e mettere a rischio tutto il patrimonio del figlio. Tale disposizione deve essere vista in forma cautelativa del patrimonio del minore da un eventuale depauperamento di esso da parte dei genitori stessi.

### **ART.1716**

A conferma di quanto finora detto nell'articolo precedente, l'art 1716 stabilisce che nè il marito, nè sua moglie possono transigere sui beni e i diritti dotali, se non nei casi e con le formalità con cui possono alienarli o obbligarli.

Questa norma contiene una remissione all'art.166 c.c..

Questa remissione non ha giustificazione con raggio d'azione tanto generico, e riproduce il modello non necessariamente certo, che la transazione è una alienazione.

E' evidente, per esempio, che una transazione mista nella quale il contraente rinuncia ad un credito discusso in cambio che il minore accetti rinnovare una locazione, non costituisce alcuna alienazione sottomessa al controllo giudiziale dell'art. 166 c.c., il senso corretto della remissione deve essere, allora, un altro.

La transazione sui beni appartenenti ai minori sarà soggetta alle regole sulla alienazione su beni immobili dei minori quando la transazione comporti, in effetti, una trasmissione o gravame di immobili.

A margine di questo, si richiederà l'autorizzazione giudiziale, quando la transazione si compie in una rinuncia verso i diritti o alcuno degli altri atti a cui si riferisce l'art. 166 c.c..

E' non sempre la transazione comporta rinuncia da parte del minore.

Così, la cosa decisiva è sempre il negozio giuridico nel quale si concreta la causa della transazione.

Questa norma contiene una remissione all'art.166 c.c..

Questa remissione riproduce il modello non necessariamente certo, che la transazione è un'alienazione.

È evidente, per esempio, che una transazione mista, nella quale il contraente rinuncia ad un credito discusso in cambio che il minore accetti rinnovare una locazione, non costituisce alcuna alienazione sottoposta al controllo giudiziale dell'art.166 c.c.

Il senso corretto della remissione deve essere, allora, un altro.

La transazione su beni appartenenti ai minori sarà soggetta alla regola sull'alienazione di beni immobili di minori quando la transazione comporti una trasmissione di immobili, inoltre si richiederà l'autorizzazione giudiziale quando la transazione si concreti in una rinuncia verso i diritti o alcuno degli atti ai quali si riferisce l'art.166 c.c..

#### **ART.1717**

All'art.1717 il legislatore ha statuito che: "i Comuni e gli altri enti pubblici non possono transigere sui diritti ed i beni che amministrano, se non osservando le leggi ed i regolamenti che li concernono".

Questa norma si applica solamente alle persone giuridiche in forma di corporazione, alle quali si dovrà assimilare le persone



giuridiche di diritto pubblico di base istituzionale (Università, Organismi autonomi, ecc.).

Si realizza anche qui una remissione della norma propria di queste entità.

Salvo che la norma specificamente si riferisca alla transazione come tale, la remissione a regime di alienazione obbliga a distinguere tra le transazioni che ricadono sui mobili ed immobili, secondo il regime di applicazione.

In riferimento alle comunità, società civili e commerciali, occorre, invece, sottolineare che non esiste un regime speciale per questo tipo di entità.

In mancanza di una norma specifica, viene equiparata la transazione con l'alienazione di beni sociali o comuni.

Per questo, occorre sottolineare che solo quando la transazione supponga l'alterazione di immobili comuni si pretenderà l'applicazione dell'art.195, quarto comma, codice civile; o dell'art.397 c.c.

Con riguardo, invece, alle società commerciali non sarà il tipo di negozio giuridico quello che delimiti l'ambito di potere degli amministratori, ma l'oggetto sociale della compagnia, all'interno del quale la transazione sarà un atto strumentale per il perseguimento di questo oggetto.

Tale norma trova riscontro nella C.2,4,12<sup>195</sup> del Codice, laddove veniva riconosciuta la possibilità ai sindaci ed agli amministratori delle città di porre in essere transazioni.

Tali transazioni erano però soggette alla sorveglianza del presidente della provincia al quale veniva riconosciuto il potere di renderle inefficaci qualora ritenesse che fossero state concluse contro gli interessi della città.

#### **ART.1718**

La transazione può ricadere su tutti i beni ed i diritti che possono essere oggetto di un contratto.

Tale articolo contiene alcune regole di interpretazione relative all'effetto della transazione. La transazione deve limitarsi all'oggetto che le parti hanno avuto di mira.

La volontà, non potrebbe estendersi a contestazioni alle quali questa volontà è rimasta estranea.

Lites, diceva Ulpiano, de quibus cogitatum non est, in suo statu retinentur.

La transazione non deve essere frenata nella sua estensione naturale; ma da un altro lato, non la si può estendere nemmeno, ad incogitata.

---

<sup>195</sup> C. 2, 4, 12: De admistratoribus civitatis. Idem AA. Primo: Praeses provinciae examinabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta sit: an ambitiose id, quod indubitate deberi posset, remissum sit: nam priore casu ratam manere transactionem jubebit: posteriore vero casu, nocere civitati gratiam non sinet. Degli amministratori del Comune : gli stessi Augusti a Primo . Il preside della provincia esaminerà, se la transazione avvenga per una lite dubbia,

Comunque generali che siano l'espressioni di una transazione, esse si riferiranno solo ai punti di cui le parti hanno inteso occuparsi.

La transazione è, in quanto all'interpretazione, di strictissimi juris, e non si estende che alle cose ed ai casi ed alle persone che vi figurano.

Occorre sottolineare, altresì, che se la transazione non deve essere allargata al di là dei suoi limiti, non deve nemmeno essere attenuata entro la sua sfera.

Alla transazione gli è stato attribuito uno scopo specifico e si vuole che il suo oggetto depurato, tanto che per il presente che per l'avvenire, da ogni causa di dissenzione.

Tale disposizione è comune a tutti i contratti.

#### **ART.1719**

Garcia Goyena si sofferma, poi, all'art.1719 sulla possibilità di transigere le azioni civili derivanti da reato.

Il legislatore spagnolo riconosce tale possibilità ma specifica che un eventuale transazione dell'azione civile derivante da reato non estinguerà l'azione pubblica per l'imposizione della pena.

Così facendo quindi è chiaro l'intento del legislatore di tenere separati i due aspetti, quello civile e quello penale, ammettendo che il reo possa definire transattivamente l'azione civile derivante dal suo comportamento delittuoso, ma lasciando

---

ovvero se per vanità. Nel primo caso ordinerà che la transazione resti ferma: nel secondo, non permetterà che la varietà debba nuocere al Comune.

inalterato il potere dello Stato di esercitare l'azione punitiva in sede penale.

Tale principio trova riscontro anche nel C.2,4,18<sup>196</sup>, “*ob lenocinii turpitudinem – a causa del disonore del lenocinio*” (atti di intermediazione in rapporti di prostituzione) il quale riconosceva il diritto di transigere al reo sui reati ad eccezione del reato di adulterio e degli altri delitti pubblici che non comportavano la pena del sangue.

Questa eccezione è spiegabile col fatto che l'adulterio non produceva azione civile e che in sede penale non era perseguibile d'ufficio ma solo con querela che poteva essere spostata unicamente dal marito. Voet, 2, 15, 20 dice: “*Moribus hodiernis prohibitum non est de adulterio uxoris suae, cujus ab initio ignarus fuit transigere sive cum uxore, sive cum ipso adultero sine lenocinii vitio – secondo le usanze odierne non è proibito, sull'adulterio della propria moglie, dal quale all'inizio non fu a conoscenza, accordarsi o con la moglie o con lo stesso amante senza vizio di lenocinio*”.

In diritto romano quello che transigeva su un delitto non capitale, si teneva per confesso (*per victo abetur* – è considerato uno sconfitto; nei capitali o di sangue, no,

---

<sup>196</sup> C. 2, 4, 18: De publicis criminibus. Idem AA. et CC. Valenti. Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem. Dei delitti pubblici: gli stessi Augusti e Cesare a Valente. Si può transigere o pattuire di un delitto capitale, eccetto per l'adulterio e per gli altri delitti pubblici che non portano alla pena del sangue, ammenochè non vi sia stata l'accusa di falso.

*secondo la stessa legge ed il C. 2, 4, 18 ; perché – decretarono a lui il quale volle il suo sangue riscattato in qualunque modo, di dover perdonare D. 48, 21, 1<sup>197</sup> ).*

La norma commentata è la conseguenza dell'indipendenza tra azione civile ed azione pubblica derivata da delitto e dalla piena disponibilità della prima e corrisponde ad un caso molto frequente dove i pregiudicati per un delitto transigono con le assicuratrici le quantità da pagare.

Non solo l'azione civile come tale, se non l'azione per perseguire il delitto a mezzo di querela individuale possono essere oggetto di transazione.

Nei delitti che non siano perseguiti di ufficio la transazione presuppone che si chiuda qualsiasi via all'azione legale.

#### **ART.1720**

Per quanto attiene allo stato civile delle persone o alle questioni matrimoniali o in qualsiasi altra questione in cui deve essere udito il pubblico ministero, l'art.1720 espressamente cita che non si può transigere su di esse a meno che la legge non lo autorizzi espressamente.

---

<sup>197</sup> D. 48, 21, 1: De adversario corrupto. Ulpianus libro 8 disputationum. In capitalibus criminibus a Principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corruptit: sed in his demum, quae poenam mortis continent: nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit. Dell'avversario corrotto. Ulpiano nel libro 8 delle Dispute. Per i delitti capitali dai principi si decretò non doversi nuocere a colui, che corrompe l'avversario, ma per quelli, che contengono pena di morte; perché opinarono doversi perdonare a colui, che in un modo qualunque volle riscattare il suo sangue.

Consultando gli autori che hanno approfondito la materia della transazione ci imbatteremo in una celebre controversia riguardante la possibilità di poter transigere sullo stato civile delle persone, sulle questioni matrimoniali, sugli alimenti futuri. Voet pensa che non ci siano dubbi sulla tesi affermativa, e si appoggia alla Legge ultima del Codice De transact, e sulle Leggi 2 e 30 Digesto.

Certamente, dice egli, non è possibile che mediante la transazione un uomo libero diventi schiavo: ma non c'è nulla che si opponga perché tra le parti un uomo libero passi come schiavo.

Tuttavia occorre fare una precisazione: se la transazione è favorevole allo stato della persona, allora è valida, se però tende a distruggerlo, non potrebbe sussistere.

Perciò che concerne la libertà, è certo che la transazione non sarà valida se non quando abbia un risultato favorevole alla libertà.

Ma se la transazione è contro la libertà, non è valida e ciò risulta da una doppia ragione: la prima, che lo schiavo, essendo dichiarato tale, si reputa di non aver ricevuto nulla per prezzo della rinuncia che ha fatto, dato che ciò che riceve appartiene di pieno diritto al suo padrone; la seconda che è contro l'ordine pubblico ed il buon costume che un uomo libero si metta in schiavitù, nel senso che faccia commercio della sua persona.

Il Voet citando il Vinio, 2,13,10 De Pactis- (*que se quaede transigir de libertatis, ingenuitatis, aut familiae iure nihil enim vetat quominus*

*transigentium intuitu, pro libero, aut servo habeatur, transactionem inter solos transigentes, non vero aliorum intuitu operante – si può transigere sulla libertà, sulla lealtà o sul diritto di famiglia: niente, infatti, vieta che in considerazione di coloro che vengono ad una transazione, sia considerato un uomo libero, o sottomesso, per la transazione tra soltanto coloro che si accordano, non in verità per considerazione o per uso degli altri)*sostiene che si può transigere sulle cause matrimoniali in favore, non contro il matrimonio impedendo così che esso si risolva.

In riferimento alle questioni matrimoniali un primo punto è chiaro: quando il matrimonio esiste, non potrà nessuna transazione annullarlo in quanto la volontà delle parti non potrebbe sciogliere ciò che è indissolubile.

Questo sacro legame non potrebbe essere da nessuna transazione attenuato.

Se il matrimonio non esiste, se non viene presentato alcun atto, la transazione non avrà alcun valore.

Il matrimonio richiede essenzialmente il concorso della pubblica autorità, senza questo concorso non si avrà che concubinaggio; la società non riconosce l'indissolubilità del contratto.

Viceversa, se il matrimonio esiste conviene fare una sotto distinzione.

Nel senso che se l'atto di matrimonio rende certa la prova di uno di quei vizi che sono contro la morale la transazione per convalidare il matrimonio sarà nulla, ovvero se non è

macchiato da vizi che offendono l'onestà la transazione sarà valida.

Garcia Goyena, poi non ammette che si possa transigere su liti aventi ad oggetto alimenti futuri se non previa autorizzazione giudiziale.

Il legislatore quindi ammette la transazione solo sugli alimenti passati, ma vincola la possibilità di transigere sugli alimenti futuri all'autorizzazione giudiziale onde evitare che si possa eludere la volontà del testatore.

Come tante altre norme del regime legale della transazione, il precetto contenuto nell'art.1720 pretende risolvere in via particolare una questione che corrisponde al diritto comune dei contratti.

Realmente la norma non ha altro significato che il generico dell'art. 1.255 c.c.: *“Non si può contrattare su estremi sottratti alla disponibilità delle parti”*.

E non solo sugli aspetti menzionati sull'art.1814 c.c., ma, in generale, su qualsiasi questione considerata per la legge come indisponibile.

#### **ART.1721**

Secondo l'art.1721 la transazione sugli alimenti futuri non avrà effetto, se non dopo essere approvata giudizialmente.

Gli alimenti su cui non si poteva transigere erano gli alimenti futuri ed il generico diritto di reclamarle in caso di bisogno.

La proibizione era solo per il futuro testamento o altra ultima volontà, perché di solito si lasciavano a persone che li dissipavano temendosi che facilmente si accordassero soddisfatti del poco immediato; rimanendo nel nulla la pietosa



intenzione del testatore, ma era valida la transazione quando l'alimentando faceva migliore la sua condizione.

Ma si può transigere ugualmente sulla quantità degli stessi nonostante questo patto sarà soggetto alla possibilità di revisione giudiziale. C. 2, 4, 8<sup>198</sup>

Non si applica commentata agli alimenti dovuti per legge.

### **ART.1722**

Garcia Goyena all'art. 1722 stabilisce i limiti di efficacia del contratto transattivo statuendo che questo ha effetti solo tra coloro che lo concludono anche se sono più le parti interessate, nel senso che nei confronti di coloro che non hanno concluso la transazione non produrrà alcun effetto pure se hanno un qualche interesse alla stessa.

Non è necessario paragonare la transazione alla cosa giudicata per capire che essa non ha effetto che tra le parti interessate e che non può essere opposta ai terzi.

Ciò è proprio insito in qualsiasi convenzione di non poter né nuocer né giovare ai terzi.

L'art.1722 altro non fa che ricordare un principio di diritto comune allorché stabilisce che la transazione non lega che gli interessati che vi sono intervenuti, e non già gli altri interessati,

---

<sup>198</sup> C. 2, 4, 8 : De alimentis. Idem A. Licinio. De alimentis praeteritis si quaestio deferatur, transigi potest: De futuris autem sine Pretore, seu Preside interposita transactio nulla auctoritate juris censetur. Degli alimenti. Lo stesso Augusto a Licinio. Si può transigere sugli alimenti passati, se ne viene proposta questione. Per i futuri poi, una transazione interposta senza del pretore o del preside, non è appoggiata da nessuna autorità di legge.

un rescritto imperiale, conservatoci da Scevola, dà un esempio di questa regola.

In tal testo si parla di una transazione fatta con un erede, e la questione era di sapere se poteva opporsi ai legatari e agli affrancati.

La risposta è negativa, in quanto la transazione in tal caso è l'opera della volontà dell'erede e non è permesso a costui di togliere ai legatari e agli affrancati quelle azioni che a loro legittimamente appartengono.

Da ciò deriva che la transazione lega gli eredi delle parti e lega altresì tutti coloro i quali sarebbero legati dal diritto comune, come i mandanti, i rappresentanti, gli aventi causa.

Ma chiunque è terzo resta libero dagli effetti della transazione.

Ecco perché Voet insegna che quando più individui sono soci, la transazione fatta da uno di essi, senza potere espresso o tacito non nuoce agli altri soci.

Può un socio rendere migliore la condizione dei suoi consoci ma non può renderla peggiore.

Anche se vi fosse la solidarietà tra molti creditori o debitori, la transazione fatta da qualcuno di essi non sarebbe agli altri opponibile.

Tutto ciò è in netta antitesi con quanto stabilito dall'art.1292 c.c. che disciplina la solidarietà dal lato attivo e passivo del rapporto obbligatorio.

Essa stabilisce una presunzione generale di solidarietà nel senso che nel caso di pluralità di debitori, se dalla Legge o dal titolo non risulta altrimenti, i condebitori sono tenuti in solido.

Stabilendo, altresì, che qualora il condebitore solidale abbia pagato l'intero può agire contro gli altri condebitori con la cd. azione di regresso, perché ciascuno gli rimborsi la sua parte.

Le uniche eccezioni che non sono opponibili sono quelle che derivano da rapporti personali.

La rinuncia alla transazione fatta da uno solo degli interessati non si estende anche agli altri.

La transazione una volta conclusa ha effetto di cosa giudicata tra le parti, nel senso che non si può più transigere sulla medesima questione.

La transazione ha effetto solo tra le parti, i tutori e i curatori che vi hanno partecipato rispondono non solo in caso di cattiva amministrazione, ma anche in caso di doveri non adempiuti. Infatti si dice che è un cattivo chi omette di compiere gli atti dovuti riguardo alla amministrazione ad esso delegatagli. Nel caso di coobbligati ognuno di essi è obbligato per la sua parte e nel caso in cui il tutore o il curatore abbia transatto con due soltanto di essi ciò non implica che il terzo sia liberato essendo egli comunque tenuto a pagare la sua parte. C. 2, 4, 1<sup>199</sup>

---

<sup>199</sup> C. 2, 4, 1 De Transactionibus. De pactione vel transactione facta cum quibusdam ex tutoribus vel curatoribus. Imp. Antoninus A. Celerio. Neque pactio, neque transactio cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio caeteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt, vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his transegeris: tertium convenire non prohiberis. Delle transazioni. Del patto o transazione fatta con taluni fra tutori o curatori. L'imperatore Antonino Augusto a Celerio. Un patto o una transazione fatta con taluni fra curatori o tutori non è di giovamento agli altri per quelle cose che fecero separatamente o in comune, o che fare dovevano. Dunque, avendo avuto tre curatori, ed avendo transatto con due fra questi: non ti si vieta convenire il terzo.

Questa fermezza ed irrevocabilità è quello che colloca la transazione tra i contratti più utili alla pace della famiglia e della società intera

### **ART.1723**

Secondo questo articolo chi transigendo acquista poi un diritto uguale ad un'altra persona, qualora avesse stipulato una transazione precedente non resta obbligato per il diritto nuovamente acquistato.

Nel senso che se un soggetto è investito di un diritto per eredità paterna e con la transazione in parte lo cede; successivamente acquista questo medesimo diritto da un'altra persona.

Non sarà legato al diritto novellamente acquistato, dalla precedente transazione. Senza di ciò la transazione si estenderebbe al di là del suo oggetto, ed abbraccerebbe punti prima non previsti.

Quando questo articolo parla di diritto novellamente acquistato, intende parlare di un diritto il cui acquisto sia posteriore alla transazione, di maniera che all'epoca della convenzione non era possibile avervi riguardo.

*“Qui cum tutoribus suis de sola portione administratae tutelae suae egerat et transegerat: adversus eosdem tutores ex persona fratris sui cui hores extiterat, agens, prescriptione factae transactionis non summovetur – chi con i suoi difensori sulla sola parte della sua tutela amministrata, aveva fatto o aveva raggiunto una transazione: contro gli stessi difensori dalla persona di suo fratello, a cui era risultato erede, agendo con la prescrizione dell'avvenuta transazione non è respinto”.*

Inoltre il pretore non ascolterà nessuno che intende transigere senza motivo e a tal riguardo deve essere indagato il motivo della transazione, perché ci si possa rendere conto delle ragioni logico-obiettive che hanno indotto le parti a transigere. D. 2, 15, 9<sup>200</sup>.

La transazione è diritto stretto e di rigorosa osservanza come si è visto in questo articolo ed anche negli artt.2048 e 2049 che sono analoghi.

#### **ART.1724**

La fideiussione è il contratto col quale si costituisce a favore del creditore la garanzia personale di un terzo.

L'espressione deriva dalla formula che era necessaria per costituirla nel Diritto Romano classico: *idem fide tua esse iubes*.

Fideiussore è colui che obbligandosi personalmente verso il creditore garantisce l'adempimento di un 'obbligazione altrui.

---

<sup>200</sup> D. 2, 15, 9: In causa (hoc) erit requirendum, quae causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet praetor. causae fere huiusmodi solent allegari: si alibi domicilium heres (a), alibi alimentarius habeat: aut si destinet domicilium transferre alter eorum: aut si causa aliqua urgeat praesentis pecuniae: aut sia pluribus ei alimenta relicta sint, et minutatim singulos convenire difficile ei sit: aut si qua alia causa fuit, ut plures solent incidere, quae praetori suadent transactionem admittere. In riguardo al motivo dovrà questo indagarsi, quale sia il motivo di transigere: infatti il pretore non ascolterà alcuno che transigerà senza motivo. Le cause che si è soliti addurre sono all'incirca di questo tipo: se l'erede abbia il domicilio in un luogo e il beneficiario degli alimenti in un altro; oppure se uno di loro decida di trasferire il domicilio; o se vi sia qualche causa urgente di denaro contante; oppure se siano stati lasciati al beneficiario alimenti a carico di più persone e gli sia difficile convenirle ad una ad una; o se vi fu qualche altra causa. E molte cause sono solite capitare, che persuadono il pretore ad ammettere la transazione.

La garanzia è personale perché il creditore può soddisfarsi sul patrimonio di una persona diversa dal debitore, e non da luogo ad alcun diritto reale, ma riguarda tutto il patrimonio del fideiussore.

Il fideiussore risponde con tutti i suoi beni e non attribuisce diritto di seguito. Qualora ci sia fideiussione delle obbligazioni sulla cosa che si transige si osserverà quanto stabilito nell'art. 1748 il quale stabilisce che il fideiussore che non è intervenuto nella transazione, rimane responsabile dell'obbligazione primitiva, se non preferisce trarre profitto dalla transazione.

#### **ART.1725**

La transazione non include se non gli oggetti espressi generalmente o specificamente nella stessa o che per una induzione necessaria delle sue parole, debbono considerarsi compresi nella stessa.

Ancora il c.c. stabilisce per la transazione una regola particolare che non fa altro che riprodurre le regole generali del diritto della contrattazione.

L'articolo in questione contiene una regola interpretativa.

Si formula questa con apparenza restrittiva, considerando che la transazione, come atto di disposizione, merita un'interpretazione di questo tipo.

Questa idea deve essere rifiutata.

La transazione, come qualsiasi, contratto è soggetto alle regole ordinarie di interpretazione degli artt. 1.281 – 1.289 c.c.

D. 2, 15, 9, 1<sup>201</sup>: *lites, de quibus non est cogitatum in suo statu retinentur, ley 5, transactio quaecunque sit, de his tantum de quibus inter convenientes placuit, interposta creditur – le controversie sulle quali non c'è progetto, sono trattenute nel loro stato, legge 5. La transazione qualunque sia, è creduta intromessa tra questi soltanto, dai quali tra coloro che accordandosi la reputano conveniente, sottolineando sempre il motivo per cui s'intende risolvere la controversia mediante la transazione.*

La rinuncia generale di diritti si intendono solo quelli che hanno relazioni con la disputa su cui è caduta la transazione.

#### **ART.1726**

La transazione ha per le parti l'autorità di cosa giudicata; ma non procederà la via normale se non trattandosi del compimento della transazione giudiziale.

La transazione è un contratto di grande autorità motivo per cui si suole paragonarla alla cosa giudicata.

Questo paragone della transazione della cosa giudicata è nota nell'ambito del diritto; ed è avallata dall'opinione, che la transazione è una sentenza pronunciata dalle parti nella loro causa.

Nella sostanza, la transazione è la cosa giudicata sono lungi dall'essere identiche.

---

<sup>201</sup> D. 2, 15, 9, 1: In causa (hoc) erit requirendum, quae causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet praetor. In riguardo al motivo dovrà

La sentenza è il frutto di una convinzione portata sino alla certezza nello spirito nel magistrato che la pronuncia.

La transazione è, invece, quasi sempre una concessione strappata dal dubbio sul diritto e dalla diffidenza nell'opinione altrui.

Ulteriore differenza tra la sentenza e la transazione è ravvisabile nel fatto che la sentenza non viene pronunciata che sopra una contestazione nata; la transazione può avere luogo sopra una contestazione da nascere.

Una sentenza può essere annullata sopra un punto e mantenuta sopra un altro nella transazione, all'opposto, la nullità di una disposizione porta alla naturale nullità delle altre.

Nel senso che tutte le parti di una transazione sono unite in maniera inseparabile.

Non si ha transazione che a condizioni correlative, e mancando l'una vengono meno tutte le altre.

L'autorità della transazione non è minore di quella delle cose giudicate. In qualunque ora è lecito transigere agli uomini sani di mente. Il tempo non nuoce alla transazione, ma all'imbecillità della mente. C. 2, 4, 20<sup>202</sup>. Segue che la

---

questo indagarsi, quale sia il motivo di transigere. Infatti il pretore non ascolterà alcuno che transigerà senza motivo.

202 C, 2, 4, 20: De vi transactionis. De nocte. Idem AA. et CC. Antistiae. Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit: si quidem, nihil ita fidei congruit humanae (a) quam ea quae placuerant, custodire: Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas: cum nullum tempus sane mentis maior viginti quinque annis consensum repudie. Della forza della



transazione su quello che si lascia nel testamento, senza aprirsi e vedersi questo, non era valida. La transazione viene fatta al fine che venga consumato il denaro numeratogli. La proposta viene diretta affinché gli alimenti non vengano meno in tutto o in parte ad essere merce di transazione. D. 2, 15,6<sup>203</sup>.

La transazione su quello che si lascia nel testamento, senza aprirsi e vedersi questo, non era valida.

La transazione pure essendo puramente convenzionale ha lo stesso valore di cosa giudicata.

Senza dubbio costituisce l'aspetto più singolare della regolamentazione della transazione la sua espressa equiparazione legale alla cosa giudicata, nonostante si tratti di una transazione puramente convenzionale.

Nonostante che questa equiparazione è stata ampiamente dibattuta, oggi unanimemente si accetta che l'espressione

---

convenzione. Della notte. Gli stessi Augusti e Cesari ad Antistia. Ben ragionevolmente si ritenne, che l'autorità delle transazioni, non fosse minore di quella delle cose giudicate: perocchè niente è tanto è tanto congruo alla buona fede umana, che osservarsi quelle cose che si convennero. Poiché non basta per rescindere un patto il proporre, che questo si sia frapposto nell'ora seconda della notte: mentre nessun tempo ad un maggiore di anni venticinque nega il consenso di mente sana.

<sup>203</sup> D. 2, 15, 6: Gaius libro septimo decimo ad edictum provinciale. De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Gaio nel libro diciassettesimo All'editto provinciale. Relativamente a quelle controversie, che derivano da un testamento, non si può nè transigere nè cercare la verità altrimenti che presa visione e conoscenza delle parole del testamento.

legale semplicemente contiene un arcaismo semantico con il quale si è espressa la regola generale dell'efficacia obbligatoria dei contratti.

Con l'espressione cosa giudicata la giurisprudenza unicamente vuole dire che le parti non possono disconoscere la forza vincolante del contratto, e la sua efficacia novativa o liquidatoria.

Nonostante l'improprietà del termine autorità di cosa giudicata, la transazione ha una forza vincolante più intensa che del resto dei contratti.

#### **ART.1727**

L'art.1727 cita il caso in cui la transazione risulti affetta da errore, frode, violenza o falsità di documenti.

Anche qui il legislatore si trova nel bisogno di provvedere alla transazione con una regola speciale, quando bastava l'applicazione del regime generale della nullità.

Tale norma deve intendersi completamente come una norma di remissione nella quale si deve includere il caso di intimidazione dell'art.1.267 II c.c.

Fatto salvo quello che diremo appresso sull'errore, le condizioni di applicazione delle cause di nullità da vizi della volontà sono quelle generali adattate debitamente a questo contratto.

Ci sono difficoltà con il dolo che si deve intendere in termini molto eccezionali, visto che non si può paragonare nel nostro diritto il dolo con l'appoggio della propria posizione, che portò

all'altra parte al "bisogno" di transigere per superare la controversia in atto.

Il dolo dovrà dedursi piuttosto dall'eventuale situazione di lesione che per una delle parti sia risultata dalla transazione, senza che basti la iniziale mala fede dell'altra parte nel sostenere la sua posizione.

Per quanto riguarda l'intimidazione, non l'avrà quando una parte consegua "transazionalmente" la prestazione di una garanzia da un terzo come controprestazione al non esercizio di un diritto contro il debitore.

La falsità di documenti non è una fattispecie indipendente di annullabilità, se non piuttosto un caso in più di errore e non ci sarà annullabilità per causa di falsità se la veridicità o la falsità di tali documenti era la controversia che precisamente fece luogo ad un'incertezza che fu, quindi, la causa della transazione.

In altre parole, per le altre cose, si mantengono in vigore le regole generali riguardanti le fattispecie di nullità assoluta.

Neanche si dovrebbe escludere la possibilità di rescindere per causa di lesione, nei casi legalmente ammessi.

Il trattamento dell'errore costituisce una delle questioni classiche in materia di transazione.

Nonostante non sia unanime la dottrina maggioritaria propone di distinguere, secondo i modelli del diritto tedesco e della dottrina italiana, tra errore in caput controversum ed errore in caput non controversum: sarebbe rilevante esclusivamente l'errore che ricade su estremi che non appartengono al nucleo di incertezza che fece luogo alla controversia tra le parti; ma

non sarebbe rilevante l'errore sull'estremo incerto, su quello che definitivamente si transige.

Nonostante questa distinzione non risolve tutti i casi ed è equivoca in altri, ed inoltre sembra smentirsi a "contrario" per gli artt.1717-1718 (visto che entrambi si pronunciano in termini generali al momento di rifiutare la loro rilevanza), deve essere accettata come una regola di principio.

In definitiva quello che si specifica è che la transazione è un contratto la cui causa tipica comporta per uno o per entrambe le parti l'assunzione dei rischi di una situazione di incertezza, che "esaurisce" tutte le pretese delle parti sullo stato delle cose, quando posteriori circostanze dimostrano che la incertezza non esiste nella realtà.

Nel caso in cui la transazione comprenda molte cause o capitoli, ed uno solo di esso appaia falso, solo quest'ultimo rimarrà senza effetto senza risultare invalidata l'intera transazione.

Inoltre le transazioni concluse a causa di timore non sono da considerarsi valide, a meno che non si dimostri un timore tale, da poter essere compromessa la propria integrità fisica e psichica, e se con atti falsi le transazioni o i patti fossero stati resi nulli, sebbene fosse stato prestato il giuramento, le transazioni sarebbero ritratte. C. 2, 4, 13<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> C. 2, 4, 13: De metu et dolo. De domino et servo. Impp. Dioclet. et Maximian. AA. Probae. Interpositas metus causa transactiones ratas non haberi Edicto. Perpetuo continentur. Nec tamen quilibet metus ad rescindendum ea quae consensu terminata sunt, sufficit: sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat. Del

L'errore di calcolo nei contratti è sempre contro la volontà reciproca delle parti, ma non potrebbe dirsi ugualmente quando si tratta di errore di calcolo commesso dalle parti nell'esposizione delle reciproche pretese sulle quali si sono accordati.

Se nelle operazioni aritmetiche sulle convenzioni, che sono il risultato della transazione, ci fosse errore, questo sarebbe evidentemente contro la volontà reciproca delle parti, ma non si potrebbe considerare egualmente come certa questa volontà se si trattasse di errori di calcolo commessi dalle parti nella esposizione delle pretese su quello che si è transatto.

Così la transazione su una lite di calcolo non potrà essere contestata per lo scoprirsi di errori.

L'errore di calcolo quando deriva dai contendenti non invalida la sentenza e se essi non ricorrono in Appello, passa irrevocabilmente in forza di cosa giudicata.

Lo stabilito dal giudice nella stessa sentenza la rende invalida, come se dicesse: questa sentenza può revocarsi in qualsiasi momento, anche se non ci fosse stato Appello su questa.

Non ha luogo la ripetizione di quello pagato indebitamente, anche se si provi che non vi fu causa per transigere, e che non

---

timore e del dolo. Del padrone e del servo. Gli Imperatori Diocleziano e Massimiliano Agusti a Proba. Nell'editto perpetuo viene contenuto per le transazioni interposte a causa di timore non si abbiano per ferme, a bisogna provarsi un timore tale, il quale contenga pericolo di salvezza o tormento del corpo.

si doveva la somma sulla transazione D. 12, 6, 65<sup>205</sup> e C. 2, 4, 23<sup>206</sup>.

### **ART.1728**

Anche senza ricorrere in Appello si può, invece, revocare la sentenza qualora il giudice si trovi a decidere sulla stessa l'art.1728 stabilisce che la scoperta di nuovi documenti non può essere causa di annullamento o rescissione della transazione a meno che questi non siano stati celati con dolo C. 2, 4, 19<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> D. 12, 6, 65: conciliazione della L. 65 con la L. 18 dig. de condict. Furtiva. La L. 65 è in armonia con la L. 18 nel caso contemplato la scienza riflette la manomissione, non la consegna. Qualora il servo abbia acquistato in buona fede credendo che gli fosse dovuto ma la scienza dice diversamente non si può impedire la transazione del dominio, e perciò si deve non il servo manomesso ma il prezzo

<sup>206</sup> C. 2, 4, 23: De conditione indebiti. Tidem AA. et CC. Tatiano. Nec intentio creditorum Archimedori, cui alios successisse profiteris, si obligatus pro eo non fuisti, tenere te potest: sed hoc integro negotio tractari convenerat: nam cum jam quaestionem transactione decisam, et a te dari placitam, numeratam pecuniam proponas: hujus indebiti soluti pretextu, improbe tibi petitionem decerni postulas: cum etsi tantum in stipulationem fuisset deduca, indebiti promissi velamento defendi non posses. Della domanda di indebito. Gli stessi Augusti e Cesari a Toziano. Qualora non venga pagata la somma dovuta ai creditori del defunto e stabilitosi che la questione verrà rifinita mediante transazione a chi si nega l'eccezione dell'indebito promesso, molto più gli verrà negata la ripetizione dell'indebito pagato.

<sup>207</sup> C. 2, 4, 19: De instrumentis post transactionem repertis. Idem AA. et CC. Irenaeo. Sub praetextu in strumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur. Sane si per se, vel per alium subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur; si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur: sivero jam perempta est, intra constitutum

Nel senso che se le parti durante le trattative non sono venute a conoscenza dell'esistenza di tali documenti non si può imputare ad essi la cattiva fede, perché in tal caso ci sarebbe la frode e la transazione sarebbe nulla.

Nonostante la questione è controversa, ogni errore che risulta dall'approvazione di nuovi documenti è irrilevante, senza importare l'estremo su cui ricade, quando non è esistito dolo dall'altra parte: salvo che questa scoperta riveli la falsità dei documenti considerati per transigere.

Si tratta di uno specifico caso di errore.

Tanto se si tratta di errore in caput controversum come non controversum, è causa di nullità se i documenti nascessero da mala fede.

Questo precetto si applica alla transazione giudiziale.

#### **ART.1729**

L'art.1729 disciplina il caso in cui vi sia transazione su una causa che sia stata decisa con sentenza esecutoria ed irrevocabile in tal caso la transazione si rescinderà solo se la

---

tempus tantum actionem de dolo potes exercere. Degli istrumenti ritrovati dopo la transazione. Gli stessi Augusti e consoli ad Ireneo. Le Leggi non permettono che sotto pretesto di uno istrumento da poi ritrovato, si rescinda una transazione in buona fede finita. Ben vero se da se o per mezzo di altri sottratti gli istrumenti dai quali potevasi arguire la verità, si provi di avere estorta la decisione della lite, se mai vi resta l'azione, col rimedio della replica, si respinge l'eccezione di dolo. Se poi è già perenta, soltanto fra il tempo stabilito esercitar può l'azione di dolo.

parte che chiede la rescissione ignorava l'esistenza della sentenza esecutoria. D. 2, 15, 7 <sup>1</sup><sup>208</sup>

L'ignoranza di una sentenza che ammette revoca non è causa per attaccare la transazione. D. 12, 6, 23 <sup>1</sup><sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> D. 2, 15, 7 <sup>1</sup>: Ulpianus libro septimo disputationum. Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potueris. / Si fideiussor conventus et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus: an transactio valeat quaeritur: et puto valere, quasi omni causa et adversus reum et adversus fideiussorem dissoluta, si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit, etsi transactio non peremit rem iudicatam, tamen eo quod datum est relevari rem iudicatam oportet. Ulpiano nel libro settimo. Delle dispute. Anche dopo che la cosa sia stata giudicata, la transazione è valida, se sia intervenuto appello o avresti potuto presentare appello.

*I* Se il fideiussore sia stato convenuto in giudizio e condannato, e subito dopo il debitore principale abbia concluso una transazione con colui, ne cui confronti il fideiussore era stato condannato: si pone la questione se la transazione sia valida; e reputo che sia valida, come se venga eliminata ogni causa di pretesa contro il debitore principale e contro il fideiussore. Se tuttavia lo stesso fideiussore condannato abbia fatto una transazione, anche se la transazione non annulla la cosa giudicata, tuttavia è necessario che la condanna sia ridotta di ciò che fu dato.

<sup>209</sup> D. 12, 6, 23 <sup>1</sup>: Ulpianus libro quadragesimo tertio ad Sabinum Eleganter Pomponius quaerit: si quis suspicetur transactionem factam (vel) ab eo, cui heres est, vel ab eo, qui procurator est, et quasi ex transactione dederit, quae facta non est; an locus sit repetitioni? Et ait, repeti posse: ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum, et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum es: Sed et si risoluta sit transactio, idem erit dicendum. Si post rem iudicatam quis transegerit, et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit transactionem nullius esse momenti: hoc enim Imperator Antoninus cum D. patre sua rescripsit: retineri tamen atque compensari in causam



Se la parte che ottenne la sentenza, lo avesse saputo, si sarebbe avvantaggiata di questa circostanza.

Secondo Rogon se il mezzo ed i motivi di cassazione presentassero in se stessi una questione dubbia ciò può essere oggetto di transazione.

Sono ammessi tanti i ricorsi straordinari come gli ordinari perché mentre ci sono i primi non c'è sentenza esecutoria ed irrevocabile.

La restituzione, può provarsi contro la sentenza, con l'appello.

Può, tuttavia, pattarsi affinché non agisca a favore di un giudicato; in tal caso, quindi sarà un patto liberatorio o donazione.

---

iudicati, quod ob talem transactionem solutum est potest. Ulpiano nel libro 13 a Sabino. Pomponio propone una giudiziosa questione: se taluno sospetta essersi fatta transazione, o da colui al quale è erede, o da colui, che sia procuratore, e quasi diede per transazione, che fatta non fu, se vi sia luogo a ripetizione? E dice potersi ripetere: allorché si diede per falsa causa. Credo doversi dire lo stesso, se non seguì la transazione per la quale si diede; ma se la transazione fu dismessa, dovrà dirsi lo stesso. Se dopo di un giudicato taluno transigette, e pagò, potrà ripetere: appunto perché piacque, che la transazione fosse di nessun valore. Imperocché così rescrisse l'imperatore Antonino col suo Augusto genitore: nondimeno si può ritenere e compensare sull'importo del giudicato ciò, che per tale transazione si pagò.

## **LA TRANSAZIONE NEL DIRITTO ARGENTINO**

CONTRATTAZIONE. Sommario: 1.Nozioni generali. 2. Condizioni essenziali per la validità delle transazioni. 3.Concetto e natura giuridica. 4. Forma. 5. Capacità. 6. Oggetto. 7. Effetti. 8. Evizione delle contrattazioni. 9. Nullità degli accordi.

## **NOZIONI GENERALI.**

La transazione<sup>210</sup> è un atto complesso suscettibile a scomporsi; al posto di un diritto dubbioso e incerto, che scompare, ne nasce un altro, certo, indiscutibile, riconosciuto da chi negava quello antico. Può esistere un ostacolo che impedisca la realizzazione di qualunque degli atti, e senza dubbio la transazione rimarrà stabile rispetto agli altri; per questa ragione, è espresso nel commento che non è conforme alla giustizia, né all'equità, mantenere i sacrifici che una delle parti avesse fatto, quando sono scomparsi i vantaggi che gli si accordava all'altra.

Si può definire la transazione dicendo: è un atto giuridico bilaterale, per il quale le parti, facendosi concessioni reciproche, estinguono obblighi litigiosi e dubbiosi (art.832).

La transazione è una convenzione accessoria, suppone un atto giuridico che ha creato la relazione di diritto che si viene a regolare: deve avere le condizioni seguenti: 1, essere un atto bilaterale; 2, farsi concessioni reciproche; 3, estinguere gli obblighi litigiosi o dubbiosi.

---

<sup>210</sup> Maciado Josè Olegario: esposizione e commento del codice civile argentino, tomo III, Buenos Aires s/d (però 1888), pp. 28. 29 ss.

Rispetto al primo, entrambi i contraenti devono obbligarsi reciprocamente, e quando qualcuno di essi non compiesse il pattuito, avrà solo diritto per eseguire la transazione, a meno che non esista un patto commissorio. Nella transazione è dove si rivela con maggior forza la necessità di eseguire un contratto, poiché si sono volute concludere delle differenze che non devono nascere di nuovo.

2. devono farsi concessioni reciproche, poiché se solo esistessero da una delle parti non esisterebbe transazione, ma bensì rinuncia, sospensione/rinvio o rinuncia. La transazione suppone rinuncia per l'una e per l'altra parte di ciò che creano in loro diritto; non c'è bisogno che le rinunce siano proporzionali in importanza, poiché quello dipenderà dal maggiore o minore fondamento dei diritti rispettivi; così, colui che si crea con maggior diritto e abbia titoli prenderà la maggior parte, senza che questo alteri la natura del contratto. Quando la concessione di una delle parti sia irrisoria, si considererà come una questione di fatto, e i giudici la valuteranno, dichiarando se è esistita transazione, rinuncia o abbandono.

3. le transazioni si riferiscono solo ai diritti litigiosi o dubbiosi; non si può transare su quello che non offre dubbi. Questo si ridurrà nella maggior parte dei casi a questioni di fatto. Il timore di un processo e delle sue conseguenze può portare uno dei

contraenti a a transare, anche conoscendo l'ingiustizia delle pretese del reclamante; i giudici non devono titubare allora nel dichiarare valida la transazione; però quando si è iniziato il processo e il diritto non fosse dubbioso, la transazione sarebbe carente dell'oggetto, e non sarebbe valida come tale; nonostante, secondo le circostanze, potrebbe essere ammesso l'atto come semplice rinuncia, il che succede nel caso dell'art.860, in cui si dichiara valida la transazione su un soggetto concluso da sentenza fissa/stabile, se entrambi conoscevano la decisione. Per la qualifica di dubbioso, del diritto sul quale si transa è necessario che la pretesa ispiri un timore ragionevole.

La differenza tra la transazione e la rinuncia gratuita è ben marcata; la transazione esige un mutuo sacrificio; cioè, c'è reciprocità, mentre nella rinuncia non esiste; p.e. quando si rinuncia ad attaccare un testamento che lo priva dei diritti; o il creditore che libera il garante, in entrambi i casi non c'è transazione, perché uno di essi non rinuncia a niente. Differisce dall'alienazione, nel fatto che la transazione è solo dichiarativa del diritto e non lo trasferisce, e ha per oggetto un diritto litigioso, mentre nelle alienazioni trasferisce il diritto all'acquirente e ha generalmente come oggetto le cose libere. Differisce dalla conferma o rettifica, nel fatto che in questi casi si copre/soddisfa o si risolve

la nullità reale o veritiera mentre nella transazioni la nullità è necessariamente dubbiosa. Si differenzia dalla semplice rinuncia, nel fatto che per questa basta la volontà di uno dei litiganti, mentre la transazione esige come una necessità il consenso di entrambi. E, infine, differisce dal compromesso, perché le parti scelgono un giudice arbitro per risolvere la controversia, mentre nella transazione essi stessi sono giudici e decidono la questione.

La transazione è un atto giuridico, ed è possibile applicargli tutte le disposizioni sui contratti rispetto alla capacità di contrattare, all'oggetto, il modo, la forma, la prova e la nullità dei contratti, con le eccezioni e le modifiche contenute in questo titolo. (art.833).

La transazione è un contratto, e come tale è soggetto a tutte le condizioni delle leggi generali per la sua validità; capacità per officiarli; art.839 e eg, e accessoriamente gli art. 1160 e seg., oggetto delle transazioni, art 842 e seg., e 1167 e seg; gli possono essere applicate le modalità degli altri contratti, e possono aver luogo sotto condizione sospensiva o risolutiva; riguardo alla forma non ne ha una particolare, e si determinerà secondo l'oggetto, perché se sono beni immobili, si faranno come scrittura pubblica, se i diritti stabiliti in lite, si farà nella pratica/incartamento/rapporto presentandolo all'approvazione del giudice della causa. In

riferimento alla prova, sarà soggetta alle leggi dei procedimenti che dettano le province. In quanto alle nullità, possono aver luogo per mancanza di capacità, consenso, oggetto o forma, e saranno governate dalle leggi che reggono gli altri contratti, negli stessi casi.

### **CONDIZIONI ESSENZIALI PER LA VALIDITA' DELLE TRANSAZIONI; MODI DI INTERPRETARLE**

La transazione come atto giuridico è soggetta come gli altri alle condizioni essenziali per la sua formazione: consenso libero, oggetto litigioso e forma dell'atto.

Il consenso deve manifestarsi liberamente e avere capacità per farlo, in riferimento all'oggetto della transazione, è necessario che i diritti siano litigiosi o dubbiosi, già siano il motivo di una causa/contenzioso, o che basti il timore ragionevole di evitarla, quando si è contestato privatamente il diritto.

In riferimento al modo in cui deve considerarsi la transazione, la legge ha imposto che le diverse clausole siano indivisibili, e qualunque di essa che fosse nulla o si annullasse, lascerebbe senza effetto tutto l'atto della transazione (art.834) a meno che non siano le parti a dimostrare il contrario, dandogli

la forma di un contratto aleatorio, o di vari atti separati l'uno dall'altro.

La transazione suppone sacrifici reciproci rispetto ai diritti che le parti si attribuiscono, e il suo principale scopo è fissare in un modo indubbio questi diritti concludendo la controversia, per questo motivo le transazioni devono essere interpretate in modo preciso. Non regolano solamente le differenze rispetto alle quali gli stipulanti hanno avuto in realtà intenzione di transigere, sia che questa intenzione risulti esplicitamente dai termini di cui si sono serviti, sia che si riconosca come una conseguenza necessaria di ciò che si trovi espresso (art.835); di conseguenza, non devono capirsi/giustificarsi le circostanze che si verifichino successivamente o che venissero a rafforzare o aumentare le pretese di una delle parti.

Deve tenersi sempre presente che per le transazioni non si trasmettono, a meno che non si dichiarino o riconoscano diritti che fanno l'oggetto delle differenze sulle quali essa interviene (art 836, 1 parte), non c'è generalmente alienazione, e solo quando si consegnano cose proprie come ricompensa della rinuncia, c'è la trasmissione di dominio. *La dichiarazione o riconoscimento di questi diritti non obbliga colui che la fa a garantirli, né gli impone responsabilità alcuna, in caso di evizione, né forma un*



*titolo proprio su cui fondare la prescrizione.* (art 836, 2 parte).

Essendo, dunque, la transazione dichiarativa e non traslativa della proprietà, non cambia il titolo, né ne conferisce uno nuovo; ecco perché da sé non può servire per fondare la prescrizione. Il che allegherebbe la prescrizione con il titolo che gli si è riconosciuto, potrà prosperare se il titolo fosse buono, però il riconoscimento non gli darebbe valore.

### **CONCETTI E NATURA GIURIDICA.**

Uno dei mezzi per estinguere le obbligazioni che enuncia l'articolo 724 del Codice Civile è la contrattazione.

Noi, che assegniamo al concetto di contratto un ambito ampio, comprensivo sia dell'atto giuridico bilaterale che fa nascere sia di ciò che trasforma, o estingue obbligazioni, consideriamo che la natura giuridica della contrattazione è concettuale. Infatti, condividendo la tesi di Spota<sup>211</sup>, pensiamo che il contratto è un atto giuridico bilaterale e

---

<sup>211</sup> Spota, Alberto G., "Concetto di contratto", nel *Diario di Giurisprudenza Argentina* del 8 novembre del 1960

patrimoniale. Per cui, la contrattazione che è atto giuridico bilaterale e patrimoniale, è un contratto<sup>212</sup>. Il Codice Civile argentino stabilisce all'art. 832 che "la contrattazione è un atto giuridico bilaterale, per il quale le parti, facendosi concessioni reciproche, estinguono obbligazioni litigiose o dubbiose".(C.2.4.38)<sup>213</sup>

Forse si potrebbe ampliare la definizione con un altro elemento sostanziale che il Codice Civile assegna alla contrattazione: l'indivisibilità e quindi diremmo che è l'atto giuridico bilaterale indivisibile, per il quale le parti, facendosi concessioni reciproche estinguono obbligazioni litigiose o dubbiose.

L'indivisibilità è un principio fondamentale in quanto si riferisce a questo istituto giuridico, al punto che l'articolo 834 del Codice civile stabilisce in forma determinante, che le diverse clausole di una contrattazione sono indivisibili e qualunque di queste fosse nulla, o si annullasse, rende senza

---

<sup>212</sup> Tuttavia altri autori intendono che la contrattazione non è un contratto, ma una mera convenzione. Questa differenza di criteri dipende dal diverso ambito concettuale che si assegna al contratto: Cordeiro Alvarez, E. *Trattato di Diritto Civile*, "Parte Generale – Obbligazioni", Buenos Aires, 1959, pag 551.

<sup>213</sup> C. 2, 4, 38: Quomodo transigitur. Idem AA. et CE. Theodotiani. Transactio nulla dato, vel retento, seu promisso minime procedit. Come si transige. Gli stessi Augusti e Cesari a Teodoziane. Senza nulla dare o ritenere o promettere non c'è transazione.

effetto tutto l'atto della contrattazione. In questo modo si stabilisce particolare eccezione a quanto stabilito dall'articolo 1039 del Codice civile quando dispone che la nullità parziale di un atto non pregiudica le altre disposizioni valide, sempre che siano separabili<sup>214</sup>.

Oltre a quelli analizzati, altri due principi generali si possono considerare applicabili all'istituto della contrattazione: a) l'interpretazione restrittiva che di questa deve farsi e b) il carattere dichiarativo della stessa.

L'articolo 835 del Codice civile sostiene che le contrattazioni devono interpretarsi rigorosamente e che non regolano altro che le differenze rispetto alle quali i contraenti hanno avuto in realtà intenzione di transigere. In verità l'articolo sembrerebbe non necessario dato che non sarebbe altro che un'applicazione del principio generale che in materia di contratti stabilisce l'articolo 1198 del Codice civile. Tuttavia, la restrizione è l'esempio interpretativo che deve guidare il giudice nel risolvere qualsiasi aspetto litigioso da trattare sull'estensione di una determinata contrattazione e

---

<sup>214</sup> Per applicazione di questo principio dell'indivisibilità della contrattazione si risolse la nullità totale della contrattazione che

su espressa menzione nel Codice civile si rendeva così necessaria.(D 2,15, 9)<sup>215</sup>

Da parte sua, l'articolo 836 del Codice civile chiarisce che per la contrattazione non si trasmettono, ma si dichiarano o riconoscono diritti che si riferiscono all'oggetto della contrattazione.

### **FORMA**

Per quanto riguarda la forma, il Codice civile stabilisce che la validità delle contrattazioni non è soggetta all'osservanza delle formalità espresse (art. 837), anche se l'articolo 838 esige la presentazione davanti al giudice degli strumenti che implicano contrattazioni quando questi riguardassero diritti a contendere, autorizzando le parti a desistere dalla contrattazione prima della sua presentazione davanti al giudice.

---

conteneva la clausola per la quale le parti si compromettevano a ottenere il divorzio (J.A., t. 59, pag 161)

<sup>215</sup> 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 indubitam liberalitate remittit. Ulpiano nel libro cinquantesimo All'editto. Chi fa una transazione transige in relazione ad una questione dubbia e ad una lite incerta e non definita. Chi invece conclude un patto a causa di donazione, rimette per liberalità qualcosa certa ed indubbia.

Chiarendo questo precetto, Llerena<sup>216</sup> cita un caso giurisprudenziale in cui si risolve che fatta la contrattazione per iscritto, se non si presenta al giudizio, l'atto non rimane concluso neanche come obbligazione da fare, posto che le parti abbiano diritto a desistere di quanto pattuito fino al momento di presentarsi davanti al giudice.

Tuttavia crediamo che il principio non possa essere interpretato senza ammissione di eccezioni imposte dalle circostanze che ruotano intorno alla contrattazione, come per esempio se le parti hanno fatto prestazioni reciproche che non possano restituirsi o che non possano restituirsi senza grave danno ai propri interessi, e se avessero pattuito espressamente la possibilità al diritto di desistere dalla contrattazione, ciò che pensiamo si tratti di un precetto espresso della volontà delle parti e non imposto con carattere irrinunciabile.

#### COLORO CHE POSSONO TRANSIGERE

Il principio generale in materia di capacità per transigere (accordarsi) lo stabilisce l'articolo 833 del Codice civile quando dispone che sono applicabili

---

<sup>216</sup> Lorerna, Baldmoreno, *Concordanze e commenti del Codice civile argentino*, Buenos Aires, 1900, t. III, commento all'art. 838, pag. 354. Si vedano le critiche che formula a questo precetto José Oleario

alle contrattazioni tutte le disposizioni sui contratti rispetto alla capacità per contrarre, vale a dire che in questa parte il Codice rimette alle norme generali in materia di contratti contenute negli articoli 1160 e 1166 del Codice civile.

Oltre al principio generale su citato, il legislatore ha stabilito alcune norme particolari: a) necessità di potere speciale per TRANSIGIR (art. 839); b) impossibilità di accordarsi per chi non possa disporre degli oggetti che si abbandonassero (art. 840); c) proibizioni specifiche per transigere (accordarsi).

La capacità comprende il libero esercizio del diritto di cui si ha possesso, perché uno può avere l'uso ed il godimento; come nell'usufruttuario, e l'altro la proprietà della cosa; comprende ugualmente la facoltà di alienarlo, perché uno può avere il godimento del diritto e non avere la facoltà di trasmetterlo.

La transazione è un atto giuridico a titolo oneroso, da cui l'una e l'altra parte fanno abbandono dei loro diritti.

La transazione che comporta un abbandono di diritti, non può entrare tra gli atti che contengono un potere generale per amministrare; così è che non

---

Machado, *Esposizione e commento al Codice civile argentino*, Buenos Aires, 1899, t. III, pag. 38.

si può transigere a nome di un'altra persona ma bensì con il suo potere speciale, con indicazione dei diritti o obbligazioni su cui deve vertere la transazione, così è che non si abbia bisogno di un atto separato, né di che la causa si sia prodotta perché il potere sia valido.

L'incapacità per fare le transazioni può provenire dalla mancanza di potere, quando sono agenti con facoltà generali, o dalla mancanza di capacità della persona che abbandona parte dei suoi diritti.

In principio generale, non possono fare transazioni:

1. gli agenti del pubblico ministero, tanto nazionali come provinciali, né i procuratori delle municipalità (art.841, n1) i primi sui delitti che sono incaricati di perseguire, né sulle azioni civili che discutono/mettono in discussione a nome dei governi.

2. i collettori impiegati fiscali di qualsiasi denominazione in tutto ciò che concerne le rendite pubbliche (art 841, neppure se con potere ufficiale degli uffici superiori, perché i governi hanno bisogno di leggi speciali per alienare o abbandonare ciò che spetta alla nazione.

3. i rappresentanti o agenti di persone giuridiche, in quanto ai diritti e obblighi di codeste persone, se per la transazione non fossero legalmente autorizzati (art 841, n3) nella forma e modo che gli statuti determinano.

4. gli esecutori testamentari, in quanto ai diritti e obblighi dell'esecuzione testamentaria, senza autorizzazione del giudice competente, con previa udienza degli interessati (art 841, n4), in conformità alle leggi di procedimento di ogni provincia.

5. i tutori con i pupilli che si emancipassero, in quanto ai conti della tutela, anche se fossero autorizzati dal giudice (art 841, n5) sino a passato un mese dalla resa dei conti, dopo questo tempo la transazione sarebbe valida.

6. i tutori e i curatori in quanto ai diritti dei minori o degli incapaci, se non fossero autorizzati dal giudice, con udienza del ministro dei minori (art 841, n 6).

7. i minori emancipati (art 841, n 7), che nonostante posseggano la libera amministrazione dei loro beni non possano alienare certe cose senza autorizzazione giudiziale. Però la proibizione non è assoluta, perchè potrebbero transare se possedessero le stesse autorizzazioni di cui c'è bisogno per alienare.

Da ciò che è stato esposto risulta che l'incapacità di transare per delle persone è la regola, qualunque sia la natura della cosa o il diritto su cui verterebbe la transazione; mentre per altri l'incapacità si considera come un'eccezione, perché non esiste se non con relazione a certe persone o a determinati diritti. Così sono incapaci della prima classe i



minori, i dementi, le donne sposate e le persone giuridiche che non possono agire per sé; lo sono della seconda, coloro che sono stati appena indicati nei sei numeri precedenti. Alcuni codici, come quello francese ed il tedesco, esigono per transare l'autorizzazione del consiglio di famiglia, che non esiste nella nostra legislazione, l'opinione di tre giuriconsulti e l'autorizzazione giudiziale con udienza del ministro dei minori.

Il codice civile argentino conserva silenzio su queste condizioni.

#### L'OGGETTO

Anche in relazione all'oggetto delle contrattazioni l'articolo 833 del Codice civile si rimette ai principi generali in materia di contratti. Per questo, in conformità con quanto disposto dall' articolo 1167 del Codice civile, che a sua volta rinvia all'articolo 953 dello stesso corpo legale, l'oggetto della contrattazione deve essere qualche cosa che sia in commercio o un fatto che non sia illecito, impossibile o contrario al buon costume o che si opponga alla libertà delle azioni o di coscienza, o che pregiudichi un terzo nei suoi diritti.

La libertà dell'uomo non deve restringersi se non nella misura necessaria affinché non si faccia danno alla società; così per regola generale si *può transigere su tutte le classi di diritti, qualunque sia la sua specie*

*e natura, e sebbene fossero subordinati a una condizione (art 849); perché la transazione come atto, non deve tenere altro limite che la proibizione della legge, fondata sulle necessità sociali, e così possono essere oggetto di transazione:*

*a) l'azione civile su indennizzazione del danno causato da un delitto (art 842, I parte), perché sono obblighi e diritti sui quali l'individuo ha completo dominio, il cui abbandono non ferisce la società.*

*b) La transazione è permessa sugli interessi puramente pecuniari subordinati allo stato di una persona, sebbene questo sia contestato, nel caso che allo stesso tempo la transazione non versi sullo stato di essa (art 846) perché lo stato delle persone è retto dalle leggi di ordine pubblico che i particolari non possono alterare nelle loro convenzioni.*

La transazione su un danno causato da un delitto non paralizza l'azione pubblica, che continuerà fino ad ottenere la pena corrispondente; nello stesso modo, colui che reclama uno stato di famiglia e ha transato sugli interessi pecuniari soggetti a questo stato, può continuare il reclamo intavolato.

Partendo da questo principio generale, tutto un capitolo che ora analizzeremo, si riferisce all'oggetto degli accordi, stabilendo alcune norme particolari.

L'articolo 849 del Codice civile stabilisce che all'infuori dei casi proibiti, si può transigere su ogni

tipo di diritto, qualunque sia la specie, la natura e anche se fosse subordinato a una condizione<sup>217</sup>.

Sono casi espressamente proibiti: a) la contrattazione su questioni di validità o nullità del matrimonio, quando non sia la contrattazione a favore del matrimonio (art. 843); b) la contrattazione su azioni per accusare e chiedere la punizione di un delitto (art. 842); c) la contrattazione su contestazioni relative alla patria potestà, all'autorizzazione maritale, al proprio stato di famiglia e al diritto di reclamare il proprio stato civile (art. 845) e d) la contrattazione su eredità future e su eventuali diritti a una successione (art. 848).

Invece sono espressamente permesse: a) la contrattazione sull'indennizzazione del danno causato da un delitto (art. 842) e b) la contrattazione su interessi puramente pecuniari subordinati allo stato di una persona (art. 846).

Contiene un precetto assolutamente non necessario: quello dell'articolo 844 che non fa altro che riprodurre il principio dell'articolo 953 del Codice civile dicendo: "Le cose che sono al di fuori del commercio e i diritti che non sono suscettibili di essere materia di una convenzione, non possono essere oggetto delle contrattazioni".

---

<sup>217</sup> È valida la contrattazione su pregiudizi non prodotti ancora (Cam.

Le cose che sono al di fuori del commercio sono quelle la cui alienazione è proibita, come le cose pubbliche, i fiumi, i laghi navigabili, ecc., o quelle che non sono suscettibili di appropriazione privata, come quelle che rendono l'uomo un essere libero e con uno scopo da compiere nel mondo. La libertà, il diritto di esprimere liberamente le proprie idee, ecc., non possono essere oggetto di contrattazione. Gli autori antichi come Voet ed altri facevano una distinzione, accettando come valida la contrattazione favorevole alla libertà e rifiutavano che un uomo libero venisse ad essere schiavo per contrattazione; però accettavano la validità di questa quando lo schiavo era libero. Secondo la costituzione argentina, tutto ciò che calpesta il territorio argentino è libero; come si ha libertà di transitare ed esercitare la propria professione nel rispetto delle leggi che regolamentano tale esercizio. Ciò che si riferisce alla personalità umana, come condizione necessaria di esistenza, non può essere materia di contrattazione. Allo stesso modo, sarà nulla la contrattazione nel caso in cui si abbandonasse la nazionalità, perché la si può perdere solamente nel rispetto delle leggi di ciascuna nazione. I fatti illeciti, impossibili, contrari al buon costume o proibiti dalla legge non possono essere oggetto di contrattazione. I

---

Civ. 2° Cap., ii ottobre 1939, nel *La legge*, t 16, pag 278)

diritti che sono al di fuori del commercio, sono quelli che si riferiscono alla libertà, alla filiazione, alla legittimità, al matrimonio, all'autorità maritale, alla patria potestà, alla tutela, al divorzio, ecc., che la volontà delle parti non può alterare né rendere oggetto di contrattazione.<sup>218</sup>

Non si può transigere sulle contestazioni relative alla patria potestà o all'autorità del marito, nè sul proprio stato di famiglia né sul diritto a reclamare lo stato che corrisponde alle persone, sia per filiazione naturale, sia per filiazione legittima (art. 845)<sup>219</sup>; perché sono facoltà conferite dalla legge, avendo presente un interesse superiore.

Questo articolo ristabilisce la vera dottrina dichiarando nulle le contrattazioni riguardanti lo stato della persona, quelle relative alle facoltà conferite dalla legge e che sono alla base dell'organizzazione sociale. Non bisogna distinguere se la contrattazione è favorevole o contraria all'atto; questo avveniva nel diritto romano, che permetteva di accordarsi per assicurare la libertà, dichiarando

---

<sup>218</sup> (art. 844) Comp. PONT, *Contratos*, n°597. TROPLONG, *Transacciòn*, n°63. DURANTON, XVIII, n°399. TOULLIER, X, n°377, e nostri articoli 848, 1167, 2261 e 2336.

<sup>219</sup> (Art. 845)– Comp. PONT, *Contratos*, II, n° 597 e seguenti. TROPLONG, *Transacciòn*, n°63. AUBRY Y RAU, § 420, testo n° 4 e §

nulla questa contrattazione, quando dava come risultato la schiavitù.

La contrattazione si fonda su sacrifici reciproci che le parti fanno dei propri diritti e pretese, e nel caso in cui si tratta della famiglia non può esserci rinuncia valida. Soprattutto, si ha una certa immoralità nell'ammettere che una persona possa rinunciare alla propria qualità di figlio, di padre, di cittadino in virtù di una somma di denaro, e che questa rinuncia sia irrevocabile; Ciò verrebbe a contraddire il principio dell'imprescrittibilità di codesti diritti. Riguardo la patria potestà non si può transigere; per esempio, se il figlio minore sposato sostiene che il padre non ha patria potestà e si accorda riconoscendola, può nuovamente negarla, senza che gli si opponga la contrattazione, per quanto sia stato favorevole al potere paterno. Nel caso in cui il marito negasse alla moglie le facoltà di fare testamento o di revocare il fatto e riconoscesse per contrattazione il diritto di proibirglielo, l'atto non sarebbe di nessun valore. Riguardo lo stato di famiglia: come se il figlio naturale non riconoscesse per contrattazione il padre o rinunciasse alla sua qualità di figlio in cambio di denaro; è certo che se il padre lo ha riconosciuto per contrattazione come

---

504, testo n°1. ACCARIAS, *Transaccion*, n°94 e nostri articoli 19, 21, 262 e 1218.

figlio naturale, ricevendo denaro non potrà negarli detta qualità; però non perché la contrattazione non sia valida ma perché il riconoscimento si considera un atto pubblico irrevocabile così dovrà restituire quanto ricevuto, art. 332; però la contrattazione attraverso il quale il padre si impegna a non reclamare lo stato di cui è in possesso suo figlio non sarebbe valido, perché non contiene alcun riconoscimento e priva il padre di un diritto conferito dalla legge, a cui non può rinunciare. Le contrattazioni riguardanti materie che si riferiscono all'ordine pubblico non hanno alcun valore.

Se la contrattazione fosse simultanea sugli interessi pecuniari e sullo stato delle persone, non sarà di alcun valore, si sia dato un solo prezzo, o una sola cosa, o meglio un prezzo o una cosa distinta per la rinuncia dello Stato o per l'abbandono dei diritti pecuniari (art.847); anche se fosse convenuto mantenerlo per quanto riguarda i diritti pecuniari, armonizzando questa disposizione con l'art.1176.

Tale articolo risolve una delle questioni più interessanti, sulla quale si sono divisi i giuristi, dichiarando nulla la contrattazione simultanea sui diritti pecuniari e sullo stato di famiglia di una persona. Affinché abbia valore ciò che si riferisce ai diritti pecuniari è necessario che sia separato. Il principio ci sembra troppo assoluto, e sarebbe dare un grande valore alla forma, quando il nostro diritto

non è formalista. Uno stesso atto può contenere varie contrattazioni separate le une dalle altre, secondo la volontà delle parti, senza che la nullità di una comporti quella dell'altra. Quando si è convenuto sullo stesso atto, per esempio, un prezzo per i diritti pecuniari, dichiarando che codesto atto deve essere considerato separato, o che la nullità degli altri stipulati in nulla intaccherà lo stesso, non vediamo perché l'atto valido in sé sarebbe annullato per aggregargli una nuova contrattazione, sullo stato di famiglia della persona, o su qualche altra cosa che fosse proibita. La regola dell'articolo non si applicherà quando le parti avessero manifestato espressamente la propria volontà di considerare le clausole completamente separate le une dalle altre, come a formare atti distinti. È certo che l'articolo dichiara nullo la contrattazione simultanea, quando si è dato un prezzo per la rinuncia allo stato di famiglia e una cosa distinta per l'abbandono dei diritti pecuniari; però è nell'ipotesi che gli interessati abbiano voluto celebrare un solo atto; ma se avessero manifestato chiaramente l'intenzione contraria nello stesso documento, la contrattazione sui diritti pecuniari sarà valida e nulla l'altra. Sostenere il contrario sarebbe ridurre ad una formula stretta la validità di un atto per il quale non si è determinata alcuna forma; sarebbe esigere documenti separati nello stesso atto. Sì facendo



porteremmo l'inflessibilità della forma ai tempi del diritto romano. Aubry e Rau, § 420, testo n°4, dicono: "Pare che in virtù dell'indivisibilità delle differenti clausole di una contrattazione, deve essere annullato in tutte le sue parti anche se si siano stipulati prezzi distinti per la rinuncia allo stato di famiglia e per l'abbandono degli interessi pecuniari", dando ad intendere in questo modo che le clausole non sono state stipulate separatamente come supponiamo, ma formando un unico e solo atto.<sup>220</sup> Come segnala Salvat, essendo la contrattazione un contratto, esso produce gli stessi effetti di un qualunque altro atto giuridico di questo tipo, però, inoltre, esistono altri effetti propri o specifici che sono quelli che enuncia il Codice civile negli articoli 850 e 856.(C 2. 4. 20)<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> -DEMOLOMBRE, V, n°517, cita varie sentenze della Corte di Cassazione a sostegno del principio. TROPLONG, *Transaccion*, n°68. DALLOZ (n°39, 1.200).

<sup>221</sup> C, 2, 4, 20: De vi transactionis. De nocte. Idem AA. et CC. Antistiae. Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit: si quidem, nihil ita fidei congruit humanae (a) quam ea quae placuerant, custodire: Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas: cum nullum tempus sane mentis maior vigintiquinque annis consensum repudie. Della forza della convenzione. Della notte. Gli stessi Augusti e Cesari ad Antistia. Ben ragionevolmente si ritenne, che l'autorità delle transazioni, non fosse minore di quella delle cose giudicate: perocchè niente è tanto è tanto congruo alla buona fede umana, che osservarsi quelle cose che si convennero. Poiché non basta per rescindere un patto

EFFETTI.

Il primo di questi articoli sostiene che “la contrattazione estingue i diritti e obbligazione che le parti avessero rinunciato e ha con loro l'autorità della cosa giudicata”; o meglio il contratto è la legge a cui sono sottomessi i contraenti.

Per applicazione di questo principio della legge di fondo che i Codici rituali stabiliscono l'eccezione di contrattazione affinché il debitore possa opporre al proprio creditore, quando questi pretenda l'esecuzione di un'obbligazione che sia rimasta estinta dalla contrattazione.

Per far sì che la contrattazione si possa opporre come eccezione in maniera valida, sono necessarie queste condizioni: che le parti siano le stesse, che la cosa o altro oggetto sia lo stesso su cui ci si è accordati, e sia la stessa azione. Così, la contrattazione conclusa in buona fede da un terzo con il detentore del diritto a contendere, non si potrebbe opporre a colui che si ritiene detentore del diritto, in ciò che si differenzia dal pagamento, poiché i terzi estinguono validamente l'obbligazione anche contro la volontà del debitore. Risulta

---

il proporre, che questo si sia frapposto nell'ora seconda della notte: mentre nessun tempo ad un maggiore di anni venticinque nega il consenso di mente sana.

ugualmente che il proprietario sotto condizione risolutiva non potrebbe accordarsi sulla cosa soggetta alla condizione, e se il suo diritto si risolvesse resterebbe senza effetto quanto stabilito nella contrattazione; però il detentore del diritto potrebbe accettarla se non fosse revocata.

La contrattazione ha per le parti la forza della cosa giudicata, indicando in tal modo che si basa sulla verità, sebbene il paragone non sia esatto. La contrattazione è una specie di giudizio in cui le parti decidono la controversia; ma questa decisione non è frutto di una convinzione, come accade nella sentenza; ma è, per meglio dire, una concessione reciproca dei propri diritti. Non è esatto dire che abbia la forza della cosa giudicata che rimane inalterabile, mentre la contrattazione può essere attaccata e annullata. La cosa giudicata è inattaccabile, e si considera come verità.<sup>222</sup>

La contrattazione estingue l'obbligazione principale e tutte le accessorie come la cauzione, la garanzia, ecc.

*In principio generale, la contrattazione fatta da uno degli interessati, non pregiudica né sfrutta un terzo, né gli altri interessati, neanche quando le obbligazioni siano indivisibili (art.851); però non si deve applicare*

la regola in tutta la sua rigidità, se vogliamo restare all'interno dei principi. Così la contrattazione celebrata dal venditore di una proprietà, con il quale si afferma vero proprietario, e la reclama per rivendicazione, codesta contrattazione nella quale ha rinunciato al suo diritto per un prezzo può essere opposta da un compratore per rifiutare la rivendicazione.

È molto difficile giustificare un principio tanto assoluto che va contro la verità dei fatti. Si comprende che il condebitore di una obbligazione indivisibile non possa accordarsi pregiudicando il diritto dei propri concreditori; però non si ammette che non possa beneficiarli; l'inflessibilità di una simile decisione non si giustifica dinanzi ai reali interessi della società.

*Allo stesso modo la contrattazione tra creditore e debitore estingue l'obbligazione del garante, anche se questi fosse già condannato al pagamento per sentenza passata a cosa giudicata (art.852).*

Dato che la cauzione è un'obbligazione accessoria, una volta che la principale è stata estinta totalmente, rimane ugualmente estinta quella accessoria, o se si è ridotta per pagamenti parziali, si riduce allo stesso modo. Se il garante è condannato

---

<sup>222</sup> Art.850 - Comp. AUBRY Y RAU, §421, testo n°1.

a pagare l'obbligazione da una sentenza passata in autorità di cosa giudicata, e il debitore principale si accorda con il suo creditore sulla forma del pagamento, la cauzione si estingue senza che in questo caso abbia alcuna relazione con l'articolo 860, come alcuni hanno sostenuto. In qualsiasi modo l'obbligazione si estingua o si modifichi fondamentalmente, la cauzione scompare e per eccezione si è ammesso la proroga del termine, che è una circostanza accidentale estingua la cauzione, quando non c'è novazione, né alterazione sensibile nell'obbligazione. L'articolo non fa distinzione quando la contrattazione si fa quando il debitore ha una eccezione personale di incapacità, per esempio, come nell'articolo 1994, se esprimendo questa causa, il creditore si è riservato i suoi diritti contro il garante. La cosa naturale e logica è che il garante risponda per l'obbligazione e ripeta contro il debitore principale incapace quello per cui si è arricchito. Il desistere in questo caso non equivale ad un contrattazione; però se l'incapace si fosse accordato pagando quello per cui si era arricchito, senza che il creditore si fosse riservato alcun diritto, il garante sarebbe completamente libero perché l'obbligazione si considera estinta. Nel caso in cui la contrattazione si fosse fatta con il garante per liberarsi dalla cauzione, il debitore principale potrebbe opporre al creditore ciò che avesse ricevuto a conto

dell'obbligazione, senza pregiudizio di rispondere al garante. La contrattazione fatto dal garante resterà senza effetto, se il debitore principale paga il debito estinguendolo.

*La contrattazione fatta con uno dei debitori solidali che sfrutta gli altri, però non può essergli opposta; e reciprocamente, la contrattazione conclusa con uno dei creditori solidali può essere invocata dagli altri, ma non essergli opposta se non per la propria parte nel credito* (art. 853); ossia, deducendo la parte del creditore che si è accordato. In questo caso può succedere, quando il debito è solidale: 1° che la contrattazione si sia circoscritta alla parte del condebitore contraente; quindi, gli altri condebitori resteranno liberi fino alla concorrenza della parte di questi; 2° che per la contrattazione si acconsenti nella divisione del debito conservando l'azione solidale sugli altri; allora solamente si potrà ottenere la totalità, deducendo la parte del debitore liberato; 3° che la contrattazione si sia fatta in virtù di un'eccezione personalissima al debitore; quindi i condebitori solidali resteranno liberi per la parte che avessero dato o promesso il TRANSIGENTE, non per quella che gli corrisponderebbe nel debito; 4°, se la contrattazione si facesse su tutto il debito, senza alcuna restrizione, per cui possono avvantaggiarsene i condebitori soddisfacendo le obbligazioni contratte dal transigente; 5°, nel credito solidale, gli altri

creditori possono esigere il totale deducendo la parte della quale ha concluso, che è il caso dell'art. 853, ultima parte.

La contrattazione che ha la forza della cosa giudicata, ha ugualmente le sue caratteristiche; per opporla è necessario che esista identità nelle persone che litigano; identità nell'oggetto e identità nell'azione. La contrattazione non può opporsi come eccezione ma quando è stato sullo stesso oggetto; così la controversia avanzata tra un proprietario e un inquilino, su a chi corrispondano alcune riparazioni che devono essere fatte nella proprietà non può opporsi trattandosi di altre riparazioni. Allo stesso modo, è necessario che sia tra le stesse parti interessate, perché nel caso proposto può ripresentarsi la stessa questione da parte dell'inquilino, se questi avesse acquisito e esercitato i suoi diritti in virtù di cessione o contratto di un altro degli inquilini della stessa cosa, perché non è la stessa persona, rappresenta un'altra, il cui diritto non è stato accordato. Il principio non presenta eccezione nel caso del garante, che nonostante non abbia fatto parte della contrattazione può prevalere su di esso; perché essendo la propria obbligazione accessoria segue i casi della principale, sempre che non si aggravi, ed è per questo che si è deciso nell'articolo precedente che la contrattazione col debitore principale estingue

la cauzione. Applicando questi principi a quanto stabilito nell'articolo, dobbiamo fare la distinzione tra solidarietà attiva e passiva.

Nella solidarietà passiva, quando uno dei debitori solidali si è accordato col creditore, vediamo qual è la posizione degli altri condebitori. La solidarietà produce due effetti: autorizza il creditore a recuperare tutto il credito di chiunque dei debitori, autorizza i parenti a migliorare la condizione dei loro condebitori, però non aggravarla; in seguito il creditore in uso di un diritto perfetto può accordarsi col debitore scelto; estinguendo, modificando il debito; però dato che i condebitori non sono obbligati se non quando accettino la contrattazione se gli fosse vantaggiosa, risulta che non potrebbe essergli opposta dal creditore, e al contrario rifiuterebbero il reclamo opponendo la contrattazione, se la reputassero favorevole.

#### EVIZIONE DELLE CONTRATTAZIONI

La contrattazione è un riconoscimento mutuo di diritti su una cosa a pretendere, e dato che le parti non fanno ma rinunciano alle loro pretese in cambio delle concessioni che gli si fanno non sono obbligati a garantirsi la cosa o diritto rinunciato, per questo si dice (art. 854): *l'evizione della cosa rinunciata da una delle parti nelle contrattazioni, o trasferita all'altra che si giudicava con diritto a quella, non invalida la*



*contrattazione, ne dà luogo a restituzioni di ciò che per quello si fosse ricevuto; in ciò che avrebbe perfetta ragione quando si trattasse della cosa oggetto di contesa; però non credo si possa applicare con giustizia questo principio per autorizzare a trattenere il denaro o cosa data per la rinuncia del diritto, quando il transigente ne fosse stato privato dal vero proprietario.*

*Nei casi in cui una delle parti avesse trasferito all'altra qualcosa come sua nella contrattazione, se il possessore di quella fosse vinto in giudizio, è soggetta all'indennizzazione di perdite ed interessi; però l'evizione susseguita non farà rivivere l'obbligazione estinta in virtù della contrattazione (art. 855), perché le parti hanno avuto l'intenzione di concludere la questione, e si deve rispettare questa volontà; l'evizione è una prova che la contrattazione si mantiene in tutta la sua forza.*

La contrattazione estingue l'obbligazione, però può dar luogo a nuove azioni nate dall'atto stesso. Quando è restituita una cosa come prezzo della contrattazione, se lo è stata come propria avrà l'obbligo di evidenziarla, però se era litigiosa o dubbiosa ed è stata consegnata con questa caratteristica non risponderà per l'evizione. Se la cosa su cui ci si è accordati è stata recuperata dal vero proprietario, così come la consegna in pagamento della contrattazione, la cosa naturale è

che non ci sia pretesa dall'una e altra parte; però la teoria del Codice fa in modo che il secondo si faccia evizionare, mentre il primo non ha diritto a reclamare alcuna cosa.

La contrattazione che ha le caratteristiche di una sentenza in cui le parti hanno risolto la controversia, non comprende i nuovi diritti che il rinunciante può acquisire in avanti, a meno che non vi abbia espressamente rinunciato; perché anche se in apparenza c'è diversità di persona e di oggetto, non c'è in realtà, poiché pensiamo al rinunciante che viene a nome di un altro il cui diritto è stato acquisito posteriormente alla contrattazione, il che non succederebbe se questo diritto l'avesse acquisito prima, anche se non avesse fatto menzione di quest'ultimo. Non ci sarebbe autorità di cosa giudicata da fornire nell'ipotesi, perché né la persona, né l'azione sarebbero identiche. È certo che la contrattazione estingue solo i diritti rinunciati e che la interpretazione deve essere restrittiva, però si devono comprendere tutti i diritti che il rinunciante aveva al momento dell'atto. L'art. 2050, Cod. Francese, che serve da fondamento al nostro, dice:

“se colui che si è accordato acquisisce un *diritto simile* di un'altra persona.<sup>223</sup>

La contrattazione conclude la controversia per le cause i diritti che si avevano nel momento di farlo, senza che si possa condizionare l'avvenire; così quando una delle parti nella contrattazione acquisisca un nuovo diritto sulla cosa rinunciata o trasferita all'altra che si giudicava con diritto a quella, la contrattazione non impedirà l'esercizio del nuovo diritto acquisito (art. 856), perché viene da un'altra persona a cui non può danneggiare la contrattazione; ciò non importa far rinascere lo stesso processo poiché è uno nuovo.

#### NULLITÀ DEGLI ACCORDI

Le contrattazioni possono essere nulle, annullabili o rescindibili. Sono nulle, quando negli agenti ci fosse incapacità assoluta, per mancanza di manifestazione di volontà, o quando l'oggetto della contrattazione fosse proibito dalla legge, o ci fosse un errore essenziale sulla materia.

---

<sup>223</sup> In quanto a questo diritto nuovo non si trova legato dalla contrattazione”, essendosi salvata nel nostro articolo la critica che con giustizia gli fa Paul Pont, II, n° 665 e 666. – Comp. DOMAT, Ley civ., lib 1, tit 13. sec. 1 n°4- COD DE CHILE, art. 2464. FREITAS, art. 1210.

Sono annullabili, quando c'è incapacità relativa negli agenti, o se avessero vizi di errore, dolo, paura, o violenza. Sono rescindibili, quando avessero per oggetto l'esecuzione di un titolo nullo, o se si scoprissero nuovi documenti per i quali risultasse che una delle parti non aveva diritto alcuno.

Si può mostrare come principio generale, che le contrattazioni fatte per errore, dolo, paura, violenza o falsità di documenti, sono nulle, o possono essere annullate nei casi in cui possono esserlo i contratti che abbiano questi vizi (art. 857), distinguendo quando non c'è stata la volontà nell'agente e quando il consenso è stato viziato.

Se l'errore di fatto o di diritto fosse causa per annullare la contrattazione, risulterebbe che invece di concludere un processo, si darebbe vita a uno nuovo. Quando ci sarebbe contrattazione che potesse essere attaccata, e questa non è stato l'oggetto della legge. L'errore della persona o sulla cosa oggetto di contrattazione sarebbero gli unici che lo annullerebbero. Solo l'errore di diritto è ammissibile quando il titolo è nullo, art. 858, e quando questa nullità non fosse stata materia di contrattazione. "L'errore di diritto, diceva il tribuno Gilet, anche se può essere in certi casi un motivo per revocare una sentenza, non lo è per rescindere una contrattazione". (Loché, XV, pag. 447). Colui che si accorda non può allegare errore di diritto, poiché si

suppone che prima di farlo ha consultato sull'estensione del suo. Per quanto riguarda il dolo, paura o violenza, viziando nella sua essenza l'acconsentimento stesso, si fa in modo che non sia esistito il concorso delle volontà, né della libertà necessaria per rendere fermo e valido l'atto. La falsità dei documenti che sono serviti di base per la contrattazione in una causa di nullità, e dobbiamo distinguere come nel caso del titolo nullo: se la falsità era o no conosciuta da entrambi. (D. 12, 6, 65).<sup>224</sup>

La contrattazione può rimanere senza effetto per le rescissione, che avrà luogo nei seguenti casi, così dice:

*La contrattazione è rescindibile quando ha avuto per oggetto l'esecuzione di un titolo nullo, o di regolare gli effetti di diritti che non avevano altro principio che il titolo nullo che li aveva costituiti, abbiano o no le parti conosciuto la nullità del titolo o lo abbiano supposto valido per errore di fatto o per errore di diritto. In tale caso la contrattazione potrà solo essere mantenuta , quando si fosse trattato espressamente della nullità*

---

<sup>224</sup> D. 12, 6, 65: conciliazione della L. 65 con la L. 18 dig. de conduct. Furtiva. La L. 65 è in armonia con la L. 18 nel caso contemplato la scienza riflette la manomissione, non la consegna. Qualora il servo abbia acquistato in buona fede credendo che gli fosse dovuto ma la scienza dice diversamente non si può impedire la transazione del dominio, e perciò si deve non il servo manomesso ma il prezzo.

*del titolo* (art. 858); intendendo per titolo il fatto o atto giuridico che serve da fondamento al diritto accordato, così come la scrittura che prova e dimostra il diritto. Quando ci si è accordati sulla nullità dell'atto, la contrattazione deve essere mantenuta, e quando niente si fosse espresso, si presume che le parti non lo abbiano tenuto presente, e la contrattazione si può rescindere.

La parola titolo si riferisce al fatto stesso, non al modo di dimostrarlo; in tal senso si dice che la contrattazione è attaccabile quando il fatto su cui si fonda non produce effetto. Quando la nullità non proviene dall'atto stesso, ma dalla forma che lo dimostra, non c'è errore di fatto, ma di diritto, e la contrattazione deve essere mantenuta. Questi sono i principi che il nostro articolo contrarrebbe. Così, quando si tratta, per esempio di un lascito fatto in un testamento che non è firmato che da due testimoni o che è stato scritto solo in parte dal testatore, se è olografo, entrambe le parti hanno avuto nelle proprie mani il testamento, e conoscendo i vizi di cui soffriva, hanno preferito accordarsi, restituendo la cosa lasciata attraverso una somma di denaro.

*La contrattazione può essere rescissa per la scoperta di documenti di cui si aveva conoscenza al tempo di*

*farla, quando ne risulta che una delle parti non aveva alcun diritto sull'oggetto conteso (art. 859); perché avendone avuta conoscenza, la contrattazione non si sarebbe celebrata.*

L'articolo consacra il principio contrario del diritto romano, e ha seguito il Codice Francese, nel suo articolo 2057; però senza fare distinzione tra quando la contrattazione è generale, abbracciando molte questioni, e quando è particolare su un caso dato. Domat (Leggi civili, lib. 1, tit 13, sec. 2 n°3) dice: "se era una contrattazione generale su tutte le questioni che le parti potrebbero avere, i nuovi documenti che si riferiscono a una delle differenze, e che fossero stati ignorati da una parte e dall'altra, in nulla cambierebbe la contrattazione; perché l'intenzione è stata di compensare e di estinguere qualsiasi tipo di pretesa". Il Codice Francese, accettando questi principi, ha conservato l'eccezione per cui si poteva annullare la contrattazione quando i nuovi titoli fossero ritenuti da una delle parti, seguendo quanto disposto nelle legge C. 2, 4, 19<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> C. 2, 4, 19: De instrumentis post transactionem repertis. Idem AA. et CC. Irenaeo. Sub praetextu in strummenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur. Sane si per se, vel per alium subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur; si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur: sivero jam perempta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere. Degli istrumenti ritrovati dopo la transazione. Gli stessi Augusti e consoli ad

Il Codice Civile Argentino non fa questa distinzione, anche se potrebbe dedursi dall'articolo, perché suppone che i nuovi documenti per annullare la contrattazione devono essere di una tale natura che dimostrino il non avere nessun diritto di una delle parti all'oggetto conteso, riferendosi direttamente alla contrattazione particolare e lasciando in tutta la sua forza quella generale, nell'ipotesi di Domat. E così riteniamo debba intendersi, dato che una contrattazione generale non potrebbe essere annullata perché comparisse un titolo o documento che si riferisse solo a uno dei vari oggetti compresi in essa. Trattandosi del caso speciale dell'articolo, è necessario che il titolo nuovo sia stato *disconosciuto* da una delle parti, sia per averlo ritenuto per frode, o semplicemente per averne ignorato l'esistenza. Quando la legge parla di *oggetto conteso*, non vuole dire che deve essere uno solo, poiché possono essere vari i contesi, senza che per questo perda il suo carattere di speciale che le parti hanno voluto dargli.

---

Ireneo. Le Leggi non permettono che sotto pretesto di uno strumento da poi ritrovato, si rescinda una transazione in buona fede finita. Ben vero se da se o per mezzo di altri sottratti gli strumenti dai quali potevasi arguire la verità, si provi di avere estorta la decisione della lite, se mai vi resta l'azione, col rimedio della replica, si respinge l'eccezione di dolo. Se poi è già perenta, soltanto fra il tempo stabilito esercitar può l'azione di dolo.



Il carattere generale dipenderà dai termini utilizzati, e dalla volontà delle parti.

Quando la contrattazione si fosse celebrata in virtù di documenti falsi, ignorando la falsità la parte pregiudicata.

*È rescindibile anche la contrattazione su una controversia che fosse già decisa per sentenza passata in cosa giudicata, nel caso in cui la parte (favorita) che chiedesse le rescissione della contrattazione avesse ignorato la sentenza che aveva concluso la controversia. Se la sentenza (ignorata) ammettesse qualche ricorso, non si potrà per questa annullare la 'contrattazione (art. 860); perché si suppone che la parte favorita ha voluto concludere definitivamente la questione.*

In questo articolo, così come in quelli precedenti, si parla di contrattazione rescindibile e non, nulla, o annullabile come lo esprime l'art. 857. una contrattazione è *nulla*, per esempio, quando non c'è manifestazione del consenso per impossibilità morale, come nel minore impubere, è *annullabile*, quando esistendo questa conoscenza non è stata manifestata conforme alla legge, come la contrattazione realizzata dal minore pubere senza consenso del proprio tutore o del giudice, o quando il tutore l'ha realizzata senza autorizzazione del giudice; è *rescindibile*, quando senza essere nulla né annullabile si è scoperto un errore di fatto che ha

viziato il consenso, come nel caso dell'articolo precedente. Nel linguaggio del Codice si utilizzano alcune volte queste espressioni indistintamente, come fa il Francese negli articoli 2054, 2056 e 2057 ( D. 2, 15, 7 )<sup>226</sup>

L'articolo contiene un'inesattezza di espressione nel dire: che la contrattazione è rescindibile quando fosse su una controversia decisa da sentenza definitiva, quando *la parte che chiedesse* la rescissione avesse ignorato la sentenza, intendendo che chiunque (di loro) può chiederlo, solo quando si riferisce alla parte favorita dalla sentenza; perché è sicuro non si sarebbe accordata se avesse saputo che questa gli riconoscerebbe il proprio diritto. Però

---

<sup>226</sup> D. 2, 15, 7 1: Ulpianus libro septimo disputationum. Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potueris. / Si fideiussor conventus et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus: an transactio valeat quaeritur: et puto valere, quasi omni causa et adversus reum et adversus fideiussorem dissoluta, si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit, etsi transactio non peremit rem iudicatam, tamen eo quod datum est relevari rem iudicatam oportet. Ulpiano nel libro settimo. Delle dispute. Anche dopo che la cosa sia stata giudicata, la transazione è valida, se sia intervenuto appello o avresti potuto presentare appello. / Se il fideiussore sia stato convenuto in giudizio e condannato, e subito dopo il debitore principale abbia concluso una transazione con colui, ne cui confronti il fideiussore era stato condannato: si pone la questione se la transazione sia valida; e reputo che sia valida, come se venga eliminata ogni causa di pretesa contro il debitore principale e contro il fideiussore. Se tuttavia lo stesso fideiussore condannato abbia fatto una transazione, anche se la transazione non annulla la cosa giudicata, tuttavia è necessario che la condanna sia ridotta di ciò che fu dato.

anche se ignorasse la sentenza, se questa non aveva l'autorità della cosa giudicata, la contrattazione sarebbe inattaccabile.

*La contrattazione su un conto conteso non potrà essere rescisso per aver scoperto in questo errori aritmetici. Le parti possono chiedere la sua rettifica quando ci fosse errore nel dato, o quando si fosse dato la parte determinata di una somma nella quale c'era un errore aritmetico di calcolo (art. 861); perché si possono rettificare senza alterare quanto convenuto.*

Gli errori di calcolo non danno luogo a rescissione, ma a rettifica, e si intendono per tali le inesattezza nelle operazioni aritmetiche, come se si dicesse che uno prenderebbe una parte, e l'altro i due terzi, e nella liquidazione gli si assegnasse una somma uguale. Goyena, art. 1727, suppone la materia della controversia un conto sul quale ci si accorda per pagare la metà o la terza parte, e dopo aver pagato risultasse che c'era un errore aritmetico; in questo caso si deve rettificare l'errore.

## **ESPOSIZIONE E COMMENTO DELL'ISTITUTO DELLA TRANSAZIONE NEL CODICE CIVILE NAPOLEONICO.**

Sommario: 1.Oggetto e suo particolare carattere; 2.La sua definizione secondo il diritto romano; 3.Sua definizione secondo la moderna legislazione e sua analisi; 4.Capacità; 5.Oggetto; 6.Effetti; 7 Nullità.

La legge si propone come originario oggetto di dare ai cittadini delle regole per disciplinare i loro interessi e per garantire tra di loro una pacifica convivenza.

In caso di mancata osservanza di tali regole vi sono tre mezzi a cui le parti possono ricorrere: la via giudiziaria, la via dell'arbitramento e la via delle transazioni.

La via della transazione rende le parti arbitre di se stesse, e tendono a risolvere le loro controversie con le disposizioni che esse stesse stabiliscono.

Ciò che definisce questo contratto è il suo carattere particolare, in quanto contiene in se sia l'autorità di una convenzione che quella di un decreto.

Presso i romani la parola transazione significava qualunque conclusione definitiva di un'affare<sup>227</sup>, ma oltre a tale significato ne aveva un altro più preciso che si adoperava per indicare la convenzione che pone fine ad una lite incominciata, o previene una lite che possa nascere.

In Francia, come presso i romani la parola transazione si riferisce esclusivamente alla convenzione<sup>228</sup> che pone fine o previene una lite.

Essa può definirsi così un contratto sinallagmatico in forza del quale le parti facendosi reciproche concessioni pongono fine ad un'affare dubbioso o ad una lite incerta. L'affare deve essere contrastante e dubbioso perché possa esserci transazione.

Infatti nel caso di diritto certo e di sacrificio da parte di una sola delle parti, non si è più in presenza di una transazione, ma di una

vendita o donazione. Perché vi sia realmente incertezza su un'affare, non è necessario che sia incominciata una lite; ma occorre che questa sia possibile e vi sia un timore reale.

La trattazione di questo contratto nell'ambito del codice napoleonico fu abbastanza esigua.

---

<sup>227</sup> TROPLONG del mandato della fideiussione e delle transazioni, Palermo 1847, pp.224, 225 ss.

<sup>228</sup> Vinnio, De transact, n.1, ed Hillger sopra Doneau, XVII, com.26, nota 10

La definizione, non molto precisa della transazione (art 2044, al 1 com), non risultava essere un problema, in quanto l'atto che non vi corrispondeva, non era affatto ritenuto una transazione agli occhi dei loro tribunali.

In quanto al comma 2 dell'art 2044, esso riguardava la forma della transazione, e la giurisprudenza quasi unanime in Francia e in Belgio, ne regolava la forma solo dal punto di vista della prova.

Non si ritenne necessario ritornare sulla questione di sapere se la regola locus regit actum fosse facoltativa o obbligatoria.

C'era sempre un modo innegabile di applicarla alle forme di cui si tratta nelle specie, libera per lo Stato a cui appartenessero entrambe le parti di ammetterle alla prova tramite testimoni, quando la transazione era puramente verbale, si osservava la legge nazionale delle parti. Invece per quanto riguardava, la questione del sapere, se il tutore poteva patteggiare con il minore divenuto maggiorenne per conto di tutela, si doveva incontestabilmente osservare la legge nazionale del minore, essendo stabilita la disposizione, prima di tutto nel suo interesse.

Il comma precedente disponeva che i comuni e gli enti pubblici non potevano transigere, se non con l'autorizzazione espressa dell'imperatore in altri termini, del capo del governo.

Quale era il sovrano la cui autorizzazione era richiesta trattandosi di una transazione tra un ente pubblico belga e uno straniero? Era in ogni caso, quella del capo del governo belga; in quanto si trattava di perfezionare la capacità di una

persona giuridica, che costituiva una frammentazione della sua sostanza.

Si doveva considerare la necessità di questa licenza come una formalità abilitante.

Questa poteva anche essere l'autorizzazione del governo a cui apparteneva lo straniero o di colui dove i beni sono collocati, sia quando lo straniero era egli stesso una persona giuridica, che aveva bisogno di questa autorizzazione, sia quando la transazione doveva avere, come effetto, l'acquisizione da un ente pubblico belga, di un immobile situato in un paese straniero.

Nell'attuale codice civile francese la transazione è trattata in maniera più ampia.

**L'art.2044 c.c.** definisce la transazione come un contratto con il quale le parti terminano una contestazione nata, o prevencono una contestazione sul nascere.(D.2,15,1)<sup>229</sup>

Questo contratto deve essere redatto per iscritto.Gli elementi caratterizzanti tale contratto sono: necessità di reciproche concessioni e la prova.

### **Necessità di concessioni reciproche**

Costituisce una transazione ai sensi dell'art.2044 un accordo che ha come scopo di mettere fine a una disputa sorta tra le

---

<sup>229</sup> 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 indubitam liberalitate remittit. Ulpiano nel libro cinquantesimo All'editto. Chi fa una transazione transige in relazione ad una questione dubbia ed una lite incerta e non deifinita. Chi invece conclude un patto a causa di donazione, rimette per liberalità qualcosa certa ed indubbia.

parti e che comporta delle concessioni reciproche, qualunque sia la loro importanza relativa. (C.2,4,38)<sup>230</sup>

Tuttavia, non c'è una transazione quando una parte abbandona i suoi diritti per una contropartita così debole, che è praticamente inesistente.

E' una transazione un atto destinato a prevenire una contestazione sul nascere e contenente delle concessioni reciproche.

Ne è compresa la rinuncia di una parte ai diritti che poteva avere in ragione di un contratto precedente in cambio del versamento di una certa somma.

Una transazione è ugualmente valida se poggia solo su alcuni elementi di una contestazione, dal momento in cui questi non siano indissociabili dagli altri (nella fattispecie, la transazione sulla divisione delle responsabilità, ma non sulla valutazione del danno).

Non c'è transazione quando un creditore riceve dal suo debitore una cambiale accettata per un ammontare inferiore a quello del credito e porta la dicitura "a saldo di tutto il conto", in mancanza di una concessione del debitore, il quale si era già impegnato irrevocabilmente, accettando la cambiale, a pagare la somma riportata sulla cambiale.

### **Prova**

---

<sup>230</sup> C.2,4,38: Quomodo transigitur. Idem AA. et CE.Theodotioni.. Transactio nulla dato, vel retento, seu promisso minime procedit. Come si transige. Gli stessi Augusti e Cesari a Teodoziona. Senza nulla dare o ritenere o promettere non c'è transazione.



Lo scritto previsto dall' art. 2044 non è richiesto per la validità del contratto di transazione, da cui l'esistenza può essere stabilita secondo i modelli di prova previsti in materia di contratti dagli art. 1341.

La prova può essere riferita dai testimoni o sospetti quando esiste un inizio di prova per iscritto.

La testimonianza giudiziaria fa piena fede contro colui che l'ha fatta ed è così anche nel caso in cui la prova debba essere amministrata per iscritto; la prova di una transazione da testimonianza non potrebbe essere rifiutata per il motivo erroneo che la transazione non potrebbe essere provata da una testimonianza come se esistesse un inizio di prova per iscritto.

### **Capacità**

Per quanto attiene alla capacità delle persone essa è disciplinata dall'art.2045 il quale espressamente enuncia che per patteggiare, bisogna avere la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione.

Nel senso che la transazione essendo un atto di disposizione ed avendo natura dichiarativa e non traslativa della proprietà con riguardo alla parte rispetto alla quale si considerava fondato un proprio diritto era considerata come un sacrificio, un'alienazione, da ciò discende la celebre frase latina qui transigit alienat.

Ciò posto ne discende che per poter transigere, bisogna avere la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione. Colui che non aveva la sufficiente capacità per transigere non poteva altresì disporre.

Infatti il minore non poteva fare una transazione valida.

L'omissione di tale formalità dava luogo ad una nullità relativa, che il solo minore poteva avvalersene.

Il tutore non può patteggiare per il minore o il maggiorenne in tutela, se non conformemente all'art. 467 dal titolo *Della minore età, della tutela e dell'emancipazione*; e non può patteggiare con il minore diventato maggiorenne, basandosi sulla tutela, se non conformemente all'art. 472 con lo stesso titolo.

Salvo il caso di beni pervenuti dopo la maggiore età, non poteva esistere nel patrimonio del minore un'interesse che non era il tutore incaricato di amministrare e di cui egli era tenuto a rendere il conto una volta cessato dalle sue funzioni. La questione attinente alla possibilità del curatore di poter transigere su un capitale mobile tenne divisi gli autori.

Favart e Marbieu erano per l'affermativa, mentre Duranton e Zacchariae, diversamente asserirono che l'assistenza del curatore era insufficiente e che il minore emancipato non avendo la libera disposizione del suo capitale mobile, non poteva prescindere dall'art.482 c.c., riguardante il potere di vigilanza del curatore e dall'art.484 c.c., che voleva che tutto ciò che eccedesse l'ordinaria amministrazione rimaneva sottoposto alle precauzioni che proteggono la minore età.

I comuni e gli enti pubblici non possono patteggiare, se non con l'autorizzazione espressa dal Re [dal Presidente della Repubblica].

Indisponibilità dei diritti, ostacolo alla transazione.

La nullità del contratto, trattandosi di una transazione, derivante dal potere irregolare del rappresentante di un contraente non è che relativa, non può essere invocata che dall'interessato e può essere coperta da conferma.

**L'art. 2046** permette di patteggiare sull'interesse civile che risulta da reato, ma considera che la transazione non impedisce il procedimento giudiziario del pubblico ministero.(C.2,4,18)<sup>231</sup>.

Tale articolo partendo dal presupposto che non si può transigere sulle cose che non sono nel commercio, sulle cose impossibili e sulle cose contrarie all'ordine pubblico e al buon costume, suole risolvere una sola questione attinente alla possibilità di poter transigere sopra un delitto.

In diritto romano la questione di sapere sino a che punto si poteva transigere sopra un delitto era complicata.

Per ciò che riguardava i delitti privati, come il latrocinio e l'ingiuria, le parti avevano la piena libertà di transigere.

Ugualmente si poteva transigere sui misfatti pubblici che portavano la pena capitale.

---

<sup>231</sup> C. 2, 4, 18: De publicis criminibus. Idem AA. et CC. Valenti. Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem. Dei delitti pubblici: gli stessi Augusti e Cesare a Valente. Si può transigere o pattuire di un delitto capitale, eccetto per l'adulterio e per gli altri delitti pubblici che non portano alla pena del sangue, ammenochè non vi sia stata l'accusa di falso.

Tale beneficio era fondato sul motivo che non si poteva impedire ad un uomo di salvare la propria vita.

Invece sul misfatto di falso alcuni autori erano per l'affermativa altri davano alla legge 18.C, De trans, un senso negativo.

Questo sistema del diritto romano in Francia non fù seguito.

Essi sostenevano che la vendetta pubblica è un diritto sociale al quale le convenzioni private non potevano portare offesa.

Le parti potevano transigere sul danno privato che risulta dal delitto ma non sul danno sociale il quale è oggetto di riparazione.

L'azione pubblica apparteneva all'ordine pubblico e nessuna transazione poteva ostacolare i suoi effetti.

Ci sono delle rare eccezioni al secondo principio nel codice napoleonico, specialmente in materia di infrazioni delle leggi sulle

tasse doganali e sulle accise; ma, nella misura in cui non era fatta eccezione dalla nostra legge, esso riceveva applicazione in tutti i casi in cui l'azione pubblica era aperta in Belgio, qualunque fosse stato il luogo della violazione, qualunque fosse stato il luogo della nazionalità delle parti, essendo l'azione pubblica, fondamentalmente, di interesse sociale quanto al primo principio, non si sollevò nessuna difficoltà; non era ammissibile che una legge straniera proibiva l'intera transazione su un interesse civile, anche se risultava da una violazione della legge penale supponiamo, tuttavia, che era diversamente, e che si trattava di stranieri, la transazione che

avrebbero fatto nel nostro Paese non avrebbe, avuto conseguenze nel Paese a cui essi appartenevano, tanto meno se era stato commesso il reato qualsiasi opinione si poteva avere sull'opportunità di questa interdizione, non poteva affatto applicarsi, se non con delle considerazioni di interesse generale. Bisognava, per apprezzarne esattamente gli effetti, esaminare la natura di questo interesse, nel Paese da cui dipendevano le parti.

In ogni caso la disposizione che autorizzava queste transazioni, si basava, nel nostro Paese, su un interesse generale, quello di diminuire i processi; e questo interesse esisteva anche quando si trattava di stranieri.

Se il processo doveva dibattersi in Belgio i Tribunali, non dovevano né possono prestare il loro appoggio a delle richieste straniere, che secondo la nostra legislazione erano e sono estinte mediante transazione, del resto, il provvedimento che respinge queste transazioni, non impedirebbe, che avessero luogo; e se venissero rifiutate, nella speranza che la parte lesa fosse così portata a prestare un concorso utile al pubblico ministero e ad unirsi ad esso davanti ai tribunali repressivi, questa speranza sarebbe probabilmente delusa.

Poche sono le differenze che si riscontrano nell'attuale disciplina dell'art 2046 esse riguardano sostanzialmente i casi in cui non è possibile pattuire.

Nello specifico non è permesso patteggiare sulle materie che interessano l'ordine pubblico. Una nullità di forma che macchia

un atto (elargizione palese) che avrebbe dovuto rivestire la forma autentica, non può essere oggetto di una transazione.

Di norma nessuna transazione può coprire le nullità assolute se non sopprime contemporaneamente la causa della nullità.

Gli sposi non possono patteggiare sul loro diritto futuro a una prestazione compensatrice quando non sia stata iniziata nessuna procedura di divorzio.

Ma nel caso in cui la transazione litigiosa riprenda un impegno sottoscritto dal marito nel corso dell'istanza, ha ugualmente messo fine all'istanza di divorzio.

Gli articoli dal 2047 al 2049 appartenevano ed appartengono al diritto suppletivo puro. Si dovranno applicare, le regole generali sopra poste in evidenza.

**L'art.2047** cita che si può aggiungere ad una transazione la stipulazione di una penale contro colui che non la eseguirà (la transazione).

La transazione è socialmente utile in quanto concorrevano a ristabilire la pace e la concordia comune.

Se quindi le parti stipulavano che colui il quale disattendeva l'accordo transattivo era sottoposta ad una pena, tale clausola era valida.

La pena veniva applicata nel momento in cui c'era infrazione della transazione.

Pagata la pena il debitore aveva il diritto di attaccare la transazione, nel senso che la parte che pagava la pena recuperava la sua libertà.

Se ella non riusciva, la transazione veniva eseguita, e la pena era stata ben pagata.

Diversamente, se la transazione era dichiarata nulla la pena non era dovuta e se era stata già pagata, si dava luogo alla ripetizione condictione indebiti o sine causa

**Nell'art.2048** le transazioni si limitano al loro oggetto: la rinuncia che è stata fatta a tutti i diritti, azioni e pretese, si intende solo da parte di chi è relativo alla controversia che le ha dato luogo.

Infine **nell'art.2049** le transazioni non regolano che le controversie che vi sono comprese<sup>232</sup>, sia che le parti abbiano manifestato le loro intenzioni con delle espressioni particolari o generiche, sia che si riconoscano queste intenzioni, come un seguito necessario di ciò che è stato detto.

### **Oggetto**

Gli artt. 2048 e 2049, si riferivano a regole di interpretazione relative all'effetto della transazione.

La transazione deve limitarsi all'oggetto che le parti hanno avuto di mira, essa non doveva essere frenata nella sua estensione naturale e doveva abbracciare solo i punti che le parti avevano inteso occuparsi.

Da ciò si dedusse che la transazione in quanto all'interpretazione è scrtictissimi juris<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Fabbro, Rationalia, sopra questa legge.

Successivamente si era preteso che le transazioni, essendo paragonabili alla cosa giudicata potevano essere sottoposte ad una interpretazione della Corte di Cassazione.

Ma la giurisprudenza si è sempre opposta a questa estensione dei poteri della Corte Suprema.

Tale Corte doveva occuparsi di ricercare l'intenzione delle parti, nascosta sotto la formula degli atti, di riconoscerla come dice l'art.2049, per una conseguenza necessaria di ciò che è espresso. Applicano correttamente gli artt.2044, 2048 e 2049 i consiglieri probiviri che, per rifiutare al richiedente il premio remunerativo che egli reclamava, riscontrano che a norma di una transazione forfetaria e definitiva, egli aveva rinunciato ad ogni reclamo,

qualunque fosse la sua natura nei confronti del datore di lavoro, relativo sia all'esecuzione sia alla rottura del suo contratto di lavoro.(D.2, 15, 9)<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> Valerone, tit.5, quaest.2,n.1

<sup>234</sup> D. 2, 15, 9: In causa (hoc) erit requirendum, quae causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet praetor. causae fere huiusmodi solent allegari: si alibi domicilium heres (a), alibi alimentarius habeat: aut si destinet domicilium transferre alter eorum: aut si causa aliqua urgeat praesentis pecuniae: aut si pluribus ei alimenta relicta sint, et minutatim singulos convenire difficile ei sit: aut si qua alia causa fuit, ut plures solent incidere, quae praetori suadent transactionem admittere. In riguardo al motivo dovrà questo indagarsi, quale sia il motivo di transigere: infatti il pretore non ascolterà alcuno che transigerà senza motivo. Le cause che si è soliti addurre sono all'incirca di questo tipo: se l'erede abbia il domicilio in un luogo e il beneficiario degli alimenti in un altro; oppure se uno di loro decida di trasferire il domicilio; o se vi sia qualche causa urgente di denaro contante; oppure se siano stati lasciati al beneficiario alimenti a carico di



Tutto ciò non si applica **all'art.2051** il quale stabilisce che La transazione fatta da uno degli interessati non lega affatto gli altri interessati e non può essere da loro contestata.

Lart.2051, ricorda un principio di diritto comune allorchè decide che la transazione non lega che le parti che vi sono intervenute, e non già gli altri interessati.

Esso lega gli eredi delle parti dato che esse non potrebbero impugnare il fatto del loro autore.

Lega altresì tutti coloro che sarebbero legati dal diritto comune.

Ma chiunque è terzo, quando anche fosse cointeressato, resta libero degli effetti della transazione.

Ecco perché Voet stabilisce che quando più individui sono soci, la transazione fatta da uno di essi senza potere espresso o tacito non nuoce agli altri soci.

Un socio può rendere migliore la condizione dei suoi consoci ma non può renderla peggiore.

Se la transazione fatta da un co-obbligato non lega gli altri interessati, non può essere opposta da costoro per sottrarsi al proprio vincolo (nella fattispecie, responsabilità).

Una transazione tra co-eredi, a cui uno dei co-eredi non ha partecipato, non avendo potuto far nascere obblighi a carico di costui, né diritti, non può recare danno al principio della relatività

---

più persone e gli sia difficile convenirle ad una ad una; o se vi fu qualche altra causa. E molte cause sono solite capitare, che persuadono il pretore ad ammettere la transazione.

degli effetti dei contratti, se non rifiutare a questo co-erede qualsiasi prerogativa per attaccare questo atto e imporgli il rispetto delle relazioni che questo atto ha stabilito tra gli altri co-eredi.

Se il mandato che i debitori solidali sono tenuti a donarsi non avesse l'effetto di nuocere la loro rispettiva situazione, gli permetterebbe, in compenso, di migliorarla; uno dei condebitori solidali può dunque, valersi della transazione conclusa dal suo coobbligato.

**L'art. 2052**, il quale stabilisce che le transazioni hanno, tra le parti, l'autorità della cosa giudicata in ultima giurisdizione.

Non possono essere attaccate per causa di errore di diritto, né per causa di lesione. (C 2, 4, 20)<sup>235</sup>.

La transazione è dotata della stessa autorità della cosa giudicata.

Essa è una sentenza pronunciata tra le parti attinente ad una loro causa.

---

<sup>235</sup> C, 2, 4, 20: De vi transactionis. De nocte. Idem AA. et CC. Antistiae. Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit: si quidem, nihil ita fidei congruit humanae (a) quam ea quae placuerant, custodire: Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas: cum nullum tempus sane mentis maior vigintiquinque annis consensum repudie. Della forza della convenzione. Della notte. Gli stessi Augusti e Cesari ad Antistia. Ben ragionevolmente si ritenne, che l'autorità delle transazioni, non fosse minore di quella delle cose giudicate: perocchè niente è tanto è tanto congruo alla buona fede umana, che osservarsi quelle cose che si convennero. Poiché non basta per rescindere un patto il proporre, che questo si sia frapposto nell'ora seconda della notte: mentre nessun tempo ad un maggiore di anni venticinque nega il consenso di mente sana.

Nella sostanza però la transazione e la cosa giudicata non sono identiche.

Diversi sono i punti che li differenziano.

La sentenza è la decisione di un giudice portata sino alla certezza.

La transazione invece è sempre una decisione su una questione dubbiosa.

La sentenza viene emanata sopra una contestazione già nata; la transazione può aver luogo sopra una contestazione da nascere.

Altresì una sentenza può essere annullata su un punto e mantenuta sopra un altro; nella transazione la nullità di una disposizione dà luogo alla nullità delle altre.

Dopo di ciò le parti di una transazione risultano inseparabili.

Ma relativamente ai terzi vi è la maggiore differenza tra la transazione e la cosa giudicata, in quanto la sentenza ha esecuzione relativamente ai terzi, la transazione si limita tra le parti.

Infatti tra le parti la transazione ha tutta la forza e forse di più della cosa giudicata.

La transazione non può attaccarsi per causa di errore di diritto, in quanto quest'ultimo non si oppone o almeno non viene facilmente scusato.

A maggior ragione la transazione si basa sempre su una giusta causa, quindi non basta che conciliare le parti ed estinto le loro controversie.

La transazione non può essere viziata da un errore di fatto, può accadere però che un errore sia talmente sostanziale che affetta

la transazione di un vizio radicale, in tal caso la transazione non avrà luogo.

Per tale motivo l'errore di fatto secondo il quale si considera come valido un titolo estinto, annullato e revocato è anche una causa di rescissione della transazione.

### **Effetto**

L'art.2052 e gli artt. seguenti (da 2053 a 2058), così come disciplinati sotto il codice napoleonico, riguardano l'effetto della transazioni tra le parti, e queste disposizioni, ci sembrano appartenere, in generale, al diritto suppletivo; si applicherà, in conseguenza in generale, la legge a cui le parti sono tenute a sottomettersi per quanto riguarda gli effetti della loro transazione.

Non ci sembra che ci fosse modo di derogare, a riguardo, alle regole generali che abbiamo indicato più in alto.

La legge del domicilio comune ci sembra doveroso ottenerla, trattandosi di una pura e semplice presunzione d'intenzione, sulla legge nazionale comune, e la legge del luogo del contratto deve prevalere solo nel caso in cui le parti non hanno né nazionalità né domicilio comune.

Ma crediamo, tuttavia, che alcune di queste disposizioni, a dirla schiettamente, non fanno per niente parte del diritto suppletivo. Che la transazione possa essere annullata a causa di dolo o violenza, e persino che possa essere rescissa per errore dell'oggetto<sup>236</sup> della contestazione, è la regola categorica, a cui

---

<sup>236</sup> Zacchariae, t.3,pag.144

le parti sono sottomesse nonostante fosse stata espressa qualunque stipulazione o convenzione contraria.

Il loro assenso presunto a sottomettersi a una legislazione straniera sarebbe inquinato dallo stesso vizio della loro adesione alla transazione stessa.

Lo stesso dicasi della nullità<sup>237</sup> della transazione fatta su documenti falsi, o su una sentenza passata in forza di cosa giudicata di cui

una di esse (le parti) non era a conoscenza.

Bisognerà, dunque, esaminare non a quale legge, presumibilmente, possano essere essersi sottomesse, ma a quale legge sono sottomesse dal fatto.

E potrà essere ammissibile chiedere la nullità di una transazione per sbaglio, dolo o violenza, sia quando la parte a cui la si domanda, è sottomessa, per la sua nazionalità, alla legge che commina la nullità, sia quando questa nullità è emanata dalla legge del luogo in cui la convenzione è conclusa.

Attualmente è stato affermato dalla giurisprudenza maggioritaria che l'autorità della cosa giudicata, legata ad una transazione che definisce definitivamente il danno della vittima di un incidente, è inscindibile e opponibile alle parti in causa, in tutte le sue disposizioni, come quelle che fissano l'importo totale dei danni da riparare, quelle determinanti il capitale rappresentativo degli arretrati delle pensioni di invalidità e

---

<sup>237</sup> Duranton, t.18, n.418

vantaggi maturati e da maturare, e il pagamento di un risarcimento complementare.

Per quanto attiene al regime, la transazione tra le parti avendo l'autorità della cosa giudicata, in ultima analisi, queste non possono

modificare le modalità di esecuzione, se non alle condizioni di forma a cui è sottoposta (nella fattispecie, nessuna modifica scritta della transazione registrata da un atto privato).

Tranne intenzioni contrarie tra le parti, la transazione non porta innovazione.

Una transazione può essere contrastata da uno dei co-contraenti solo se ne ha rispettato le condizioni.

L'autorità della cosa giudicata, basandosi sulla transazione non impedisce, alla parte che si lamenta della mancata osservanza, per conto dell'altra parte, di una delle obbligazioni messe a suo carico da un protocollo d'intesa, di sollecitare la soluzione dal contratto in base all'art. 1184 c. civ.

Dall'art. 888 del c. civ. risulta che l'azione di rescissione è ammessa contro un atto che ha come oggetto di far cessare una comunione, anche se è stato definito transazione. In altri termini, dopo la divisione, una transazione è realizzata sulle reali difficoltà che presentava la divisione stessa.

Quando in corso di istanza le parti mettono fine alla controversia con una transazione, il tribunale incaricato è competente per ordinarne l'esecuzione.

E' senza oggetto il ricorso di una parte che si è impegnata a recedere da questo, a seguito di una transazione, in cui non è

incluso che essa sarebbe l'oggetto di un'azione in rescissione o in nullità.

La rescissione della transazione è disciplinata dagli **artt.2053 e 2054**.

**L'art.2053** così recita: una transazione può essere rescissa, quando c'è un errore nella persona o nell'oggetto della contestazione. Esso può esserci in tutti i casi in cui c'è dolo o violenza.

Mentre **l'art. 2054** dispone che: c'è ugualmente modo di agire in rescissione contro una transazione, allorché sia stata fatta in esecuzione di un titolo nullo, a meno che le parti non abbiano espressamente trattato sulla nullità.

La rescissione di una transazione conclusa in esecuzione di un titolo nullo, non può essere richiesta, allorché la nullità del titolo sia il risultato di un errore di diritto.

L'art. 2054 fa seguito alle eccezioni emesse contro l'irrevocabilità delle transazioni.

Allorquando il titolo è nullo non vi può essere alcuna azione per la sua esecuzione, così quando anche nel titolo vi fossero espressioni oscure, non potrebbero far nascere contestazioni dubbiose, atteso che colui contro il quale si volesse esercitare l'azione troverebbe nella nullità, un mezzo certo per esserne liberato.

Occorre, affinché la transazione sia valida, che le parti abbiano espressamente trattato della nullità.

### **Nullità**

Gli artt.2055<sup>238</sup> e 2056<sup>239</sup> disciplinano i casi di nullità in particolare.

L'art.2055 stabilisce che la transazione fatta su elementi che da allora sono stati riconosciuti falsi, è completamente nulla.

La transazione intervenuta su un titolo che da allora è stato riconosciuto falso, è nulla per mancanza di causa, a meno che le parti non abbiano, espressamente, trattato sulla nullità. (D.2, 15, 7).<sup>240</sup>

Una transazione sopra documenti falsi è nulla o perché la parte che ha fatto uso di questi documenti ne abbia conosciuto la falsità, ed allora vi sarà un dolo che vizia l'atto; o vi era buona fede e non ha voluto nuocere al suo avversario inducendolo in errore.

---

<sup>238</sup> Merlin, v. Transazione, 5 n.3

<sup>239</sup> Bigot (Esposizione dei motivi), Fenet, t.15, pag. 110.

<sup>240</sup> D. 2, 15, 7 : Ulpianus libro septimo disputationum. Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potueris. / Si fideiussor conventus et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus : an transactio valeat quaeritur : et puto valere, quasi omni causa et adversus reum et adversus fideiussorem dissoluta, si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit, etsi transactio non peremit rem iudicatam, tamen eo quod datum est relevari rem iudicatam oportet. Ulpiano nel libro settimo. Delle dispute. Anche dopo che la cosa sia stata giudicata, la transazione è valida, se sia intervenuto appello o avresti potuto presentare appello.

*I* Se il fideiussore sia stato convenuto in giudizio e condannato, e subito dopo il debitore principale abbia concluso una transazione con colui, ne cui confronti il fideiussore era stato condannato: si pone la questione se la transazione sia valida; e reputo che sia valida, come se venga eliminata ogni causa di pretesa contro il debitore principale e contro il fideiussore. Se tuttavia lo stesso fideiussore condannato abbia fatto una transazione, anche se la transazione non annulla la cosa giudicata, tuttavia è necessario che la condanna sia ridotta di ciò che fu dato.



Da ciò deriva che la transazione manca di quella necessità di consenso che è alla base di un contratto.

La transazione risulterà nulla per intero in quanto i punti di un medesimo atto sono correlati gli uni in considerazione degli altri, in modo che se una delle parti fa pronunciare la nullità dell'atto in un punto, l'altra parte avrà il diritto di pronunziarla su tutti gli altri.

In tal modo ci si è voluto scostare dalla legge romana in quanto non hanno voluto vedere nella transazione che parti correlative. Mentre l'art. 2056 dispone che: la transazione su un processo, terminato da una sentenza, passato a forza di cosa giudicata, le cui parti o una di esse non ne era affatto a conoscenza, è nulla. Tale articolo tratta dell'errore sull'esito della lite che ha dato luogo alla transazione.

Se una delle parti, nell'ignoranza di aver vinto la sua lite, transige sulla contestazione, la transazione sarà nulla.

Se la sentenza ignorata dalle parti fosse suscettibile d'appello, la transazione sarebbe valida.

L'art. 2056 non annulla la transazione sopra una lite decisa definitivamente a meno che non era ignorata da una delle parti. Nel diritto romano, un tale ragionamento non era consentito.

I testi stabilivano che non si doveva avere alcuna considerazione delle transazioni fatte sopra una lite decisa definitivamente; riconoscevano però che si poteva rinunciare alla transazione con qualsiasi altro patto e farne l'oggetto di una convenzione.

In Francia , diversamente non si badava al rigore delle azioni e non vi era nulla che impediva di far valere come convenzione innominata, il patto di rinuncia alla transazione.

Infine l'art 2057 continua ad occuparsi dell'errore delle parti, e specificamente prevede il caso in cui l'errore risulterebbe da documenti scoperti dopo la transazione.

La transazione poteva essere attaccata solo quando l'errore era conosciuto da una delle parti ed esso l'aveva tenuto celato intenzionalmente.

Nel diritto romano gli imperatori Diocleziano e Massimiliano<sup>241</sup>, invece ritennero che non era soggetto a rescissione una transazione contratta in buona fede a causa di atti scoperti successivamente alla stipulazione della stessa.

I diritti riconosciuti da una sentenza definitiva possono, tuttavia, costituire l'oggetto di una transazione valida, se la parte che ha ottenuto questa decisione preferisce tagliare corto, con un accordo consensuale, alle difficoltà di fatto che presenterebbe la sua esecuzione.

Il titolo XVI del Codice civile (dall'art. 2059 a 2070) trattava dell'arresto per debiti. Questi articoli sono stati abrogati in Belgio dalla legge del 21 marzo 1859, le cui disposizioni sono state abrogate, a loro volta, dalla legge del 27 luglio 1871, tranne gli articoli dal 17 al 24, 26, 28 a 34, 36 a 39.

---

<sup>241</sup> Diocleziano e Massimiliano, 1.32, C.De Transactionibus, Doneau, n.6 e 7

In Francia l'arresto per debiti è stato soppresso ugualmente, tranne qualche restrizione, dalla legge del 22 luglio 1867. La nostra legge del 1871 conserva l'arresto per debiti solo per i danni occorsi in ragione di un atto illecito, stabilito con malvagità e in cattiva fede,

e per le condanne alle restituzioni, danni e spese processuali in ambito criminale, penale e di ordine pubblico, che superino trecento franchi. Essa (la legge) lo esclude (l'arresto), di fronte ad alcune persone, per esempio i minorenni, e la durata è limitata. Ci sembra evidente che tutte le disposizioni relative all'arresto per debiti, non solo come lo escludono e lo limitano, ma come l'autorizzano, sono di diritto locale. Si tratta di misure esecutive e s'applicherà la *lex fori*. Per quanto riguarda le limitazioni dell'arresto per debiti, c'è un altro motivo di decidere così. Sono delle disposizioni protettrici della libertà individuale e non è in dubbio che persino gli stranieri possano invocarle, non fosse che in virtù dell'art. 128 della nostra Costituzione, che assicura ad ogni estraneo sul territorio belga "la protezione accordata alle persone e ai beni, salvo le eccezioni stabilite dalla legge". Se è lo stesso per quanto riguarda le disposizioni che autorizzano l'arresto per debiti, ciò è perché non dipendono affatto dalla volontà delle parti, e non si ricollegano al fondamento del diritto. Riguardano, in realtà, la procedura. Poco importerà, dunque, la nazionalità delle parti, il loro domicilio o il luogo del contratto. La nazionalità delle parti potrà essere presa in considerazione solo per determinare se una persona è in grado di intendere o no, e specialmente se è maggiorenne o minorenni.

---