

**Università degli studi di Roma  
“Tor Vergata”**

**Facoltà di Giurisprudenza  
Dottorato di ricerca in  
Sistema giuridico romanistico e unificazione del diritto**

**Ciclo del corso di dottorato  
XVIII**

**Titolo della tesi  
La transazione nel diritto romano con riferimento ai paesi latino  
americani.**

**Nome e Cognome del dottorando  
Dacia Malzone**

**Docente Guida: Prof. Andrea Di Porto  
Coordinatore: Prof. Sandro Schipani**

## INDICE

### 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..pag. 2
2. Il significato di *transigere* in Plauto e Terenzio..... ..pag. 8
3. Il *transigere* in Cicerone..... ..pag. 17
4. Conclusioni..... ..pag. 22

### 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.) ..... pag. 28
2. I punti evidenziati nell'orazione ciceroniana trovano riscontro nelle fonti giuridiche. Esegesi di D.2. 15.12 (Celsus *lib. 3 digestorum*). .... pag. 36
3. Le applicazioni della transazione in materia ereditaria. Trovano specifiche identità tra D.2.15.12 e D.2. 15. 3. Esegesi del frammento 3. .pag. 44
4. La ricostruzione del rapporto *transigere-pacisci*, con particolare riferimento al passaggio dal *transigere* alla *transactio* nelle fonti ..... pag. 54

### Capitolo terzo

La *stipulatio aquiliana* e le *stipulationes poenales* in funzione transattiva

1. Elementi del negozio di transazione ricavabili dall'esegesi di D.2.15.1..... ..pag. 69
2. Il comparire nelle fonti della *stipulatio Aquiliana* applicata a

finalità transattive. Lo schema operativo del negozio risultante da D. 2.15.4 .....	pag.	92
<b>3.</b> Rapporto tra <i>stipulatio aquiliana</i> e <i>pactum conventum</i> nelle fattispecie transattive esegesi di D. 215.2 .....	pag.	110
<b>4.</b> Testimonianze di transazioni tutelate da una <i>stipulatio poenalis</i> . Esegesi di 2.15.15 e di D. 2.15.16. Considerazioni relative .....	pag.	131

#### **CAPITOLO IV**

#### La disciplina dell'istituto della transazione nei Paesi Latino Americani

##### La transazione nel diritto spagnolo (Garcia Goyena)

1. Natura.....	pag.171.
2. Capacità.....	pag174.
3. Oggetto.....	pag.180.
4. Stato civile delle persone.....	pag183.
5. Effetti.....	pag186.
6. Acquisto di un nuovo diritto .....	pag.190.
7. Differenza tra la transazione e la cosa giudicata.....	pag.193
8. La transazione affetta da errore, frode, violenza o falsità di documenti.....	ag.196.

##### La transazione nel diritto argentino

1. Nozioni generali.....	pag.205
2. Condizioni essenziali per la validità delle transazioni; modi di nterpretarle.....	pag209
3. Concetti e natura giuridica pag.....	pag.211
4. Forma.....	pag209
5. Capacità.....	pag216
6. Oggetto .....	pag.219
7. Effetti.....	pag.228
8. Evizione delle contrattazioni.....	pag.235
9. Nullità degli accordi.....	pag.238

Esposizione e commento  
dell'istituto della transazione  
nel Codice Civile Napoleonico

1. Oggetto e suo particolare carattere.....pag.247
2. La sua definizione secondo il diritto romano.....pag.248
3. Sua definizione secondo la moderna legislazione.....pag.250
4. Capacità.....pag.252
5. Oggetto.....pag.258
6. Effetti.....pag.263
7. Nullità.....pag.267



## **CAPITOLO PRIMO**

### ***IPOTESI SULLA TRANSAZIONE, NEL PERIODO PIÙ***

#### ***ANTICO: DALLE ORIGINI DELLA SOCIETÀ GENTILIZIA AL III SECOLO a.C.***

*1. Premessa: finalità e metodo dello studio. - 2. Ipotesi sul primo apparire di accordi con finalità transattive. Il pactum tra gruppi gentili quale primordiale forma di transazione. - 3. Il riconoscimento del pacisci indirizzato a scopo transattivo nelle XII Tavole. - 4 Possibile funzione transattiva del iusiurandum.*

## **1. PREMESSA: FINALITÀ E METODO DELLO STUDIO**

Delineare le caratteristiche della transazione nel diritto romano non è certo agevole, sia per l'esiguità delle fonti a disposizione che per la loro difficile interpretazione: a tal proposito basti ricordare che lo stesso titolo "*De Transactionibus*" del *Digesto* (D. 2.15), che verrà assunto come base esegetica della presente indagine, è stato ritenuto dall'impostazione dottrinale<sup>1</sup> a lungo prevalente come un mosaico di

---

<sup>1</sup> I risultati del lavoro della PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, Milano 1936, 129 ss., pur se largamente condizionati dagli orientamenti metodologici dominanti in quegli anni, hanno rappresentato un dato comunemente accettato nei lavori, sia pure brevi, successivi di KASER, Voce *Transactio*, in *P.W., R. Enc. XII* (1937), 2139 ss.; BECK, *Überlegungen zum klassischen Vergleichsrecht*, in *Studi De Francisci* 4, Milano 1956, 3 ss.; ABOUCAYA, *Essai sur l'histoire de la transaction en droit romain*, in *RHD.* 37, 1959, 275 ss. - Soltanto negli ultimi tempi si è registrato un superamento del metodo

estratti realizzato dai compilatori giustinianeî attraverso un lavoro di raccolta di testi classici adattati, spesso tramite interpolazioni, ai nuovi orientamenti del diritto. Sono proprio siffatte scarsità e ambiguità delle fonti che rendono di difficile individuazione alcuni degli aspetti essenziali dell'istituto, e soprattutto: *a)* la sua evoluzione dalle origini fino al III-II sec. a.C., per affrontare il quale un dato decisivo è costituito dall'elemento lessicale-terminologico; *b)* il successivo fenomeno di individuazione di uno schema negoziale che corrisponda agli impieghi del verbo *transigere*; *c)* il momento in cui la *transactio* si delineò quale figura autonoma di negozio bilaterale non più assorbito nel fenomeno generale dei *pacta* con annessi i problemi della sua qualificazione rispetto ai c.d. *nova negotia* o contratti *sine nomine* e del suo regime processuale. Da qui anche la necessità di procedere con un metodo che, senza finalità storico-sistematiche di rappresentazione

---

interpolazionistico nell'affrontare l'esegesi del titolo 2.15 del Digesto, in particolare negli studi dello SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli 1971, 165 ss., e del MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, Napoli 1994, 265 ss.



statica e formale dell'istituto, permetta, invece, di coglierlo come specchio di volta in volta della società e dell'economia dei diversi periodi, e quindi nelle caratteristiche che venne ad assumere per adattarsi all'evoluzione politica, economica e sociale della realtà romana. Questo è tanto più vero ove si rifletta sul fatto che la transazione, a mio parere, va analizzata ponendosi completamente al di fuori degli schemi tradizionali di analisi di un qualunque altro tipo di negozio dell'esperienza giuridica romana e delle dottrine giurisprudenziali ad esso collegate: di solito, una siffatta analisi, una volta superato il problema nodale delle origini del negozio, finisce con il ridursi ad una mera elencazione di discipline normative, suscettibili di modificazioni nel corso del tempo, ma che danno per scontata l'esistenza di uno schema costante; ove poi anche tale schema venga a subire mutamenti, essi sono facilmente percepibili confrontandoli con la configurazione originaria. Con la transazione ci muoviamo in un ambito completamente diverso. D'altra parte, i vari studiosi<sup>2</sup> che si sono occu-

---

pati della transazione, pur differenziandosi profondamente nelle conclusioni sui singoli aspetti dell'istituto alle quali sono approdati, almeno su un punto hanno sempre convenuto: l'aspetto centrale di ogni studio sulla transazione è dato proprio dalla individuazione del processo di formazione ed identificazione di uno schema negoziale che corrisponda alla identità, almeno apparente, del ricorrere degli impieghi del verbo

---

<sup>2</sup> In particolare tra quanti hanno dedicato uno studio specifico all'istituto, si

terrà conto dei contributi di: VINNIO, *Tractatus quinque - De Pactis, iurisdictione, collationibus, transactionibus et quaestionibus iuris selectis*, Venetiis MDCCLXXX, 117 ss.; NEPPI-MODONA, *La transazione in Diritto Romano*, Bologna 1889, 11 ss.; BERTOLINI, *Della transazione nel Diritto Romano*, Torino 1900, 247 ss.; PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit. 179 ss.; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani - Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit. 165 ss.; tra coloro che si sono occupati dell'istituto nei loro manuali di Istituzioni, dei contributi di: GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli 1988, 842 ss.; MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palermo 1989, 772 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 1990, 643 ss..

*transigere* nelle fonti giuridiche o anche meramente letterarie a disposizione. In altri termini, il problema fondamentale è, in primo luogo, quello di riuscire ad individuare come si sia arrivati al riconoscimento giuridico di tutta una serie di situazioni socio-economiche, designate linguisticamente dalla parola "transigere", che si appalesano come proiezioni della struttura dei rapporti sociali e dei modi di produzione dei diversi periodi, tendenti, comunque, attraverso accordi e trattative a realizzare uno scambio oggettivo di prestazioni; in secondo luogo, quello di riuscire a scindere temporalmente le singole tappe di siffatto riconoscimento giuridico, consistenti con tutta probabilità in un primo momento nell'adattare il nuovo fenomeno entro formule negoziali già note, per approdare infine ad una tutela diretta dei nuovi rapporti configurandoli come autonomi contratti.

Fatta questa premessa, è evidente come per il periodo delle origini non si debba andare alla ricerca di un negozio già perfettamente delineato ed individuato; anche perché il termine *transactio* compare per la prima volta nella storia della letteratura giuridica a designare una figura negoziale autonoma, tendente a risolvere in via definitiva una si-

tuazione incerta o una lite non ancora passata in giudicato, soltanto in autori dell'età degli Antonini, quali Pomponio<sup>3</sup> e C. Scevola<sup>4</sup>. In

---

<sup>3</sup> A Pomponio, giurista particolarmente attivo in età adrianea (prima metà del II sec. d.C.) e vissuto fino all'Impero di Marco Aurelio e Lucio Vero (180 d.C.), appartengono due testimonianze. La prima diretta, in D. 41.3.29 (Pomp. 22 ad Sab.): "Cum solus heres essem, existimarem autem, te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi: proprius est, ut eas capere non possis; quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum, neque aliam ullam habes causam possidendi; ita tamen hoc verum est, si non ex *transactione* id factum fuerit.", per la cui esegesi v. *infra* cap. III. La seconda, invece, gli è attribuita da Ulpiano e, pertanto, su di essa regna maggiore incertezza sull'autenticità del linguaggio pomponiano. Il passo è in D. 12.6.23pr. "Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur *transactionem* factam vel ab eo cui heres vel ab eo cui 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...), che, in particolare, sarà oggetto di analisi nel capitolo VI, in sede di esame dei profili processuali del negozio di transazione.

<sup>4</sup> Più nutrita e significativa la presenza di Cervidio Scevola, al quale sono attribuiti, nella *inscriptio* dei frammenti, i seguenti passi, che saranno oggetto di maggiore attenzione rispetto a quelli pomponiani, anche perché in buona parte collocati nel titolo "De Transactionibus" dei *Digesta*, base esegetica dello studio in corso: D. 2.15.3, pr. 3 (1 digest.), per la cui ampia esegesi si rimanda al cap. III, §3, D. 2.15.14. (2 resp.), su cui v. *infra*, cap. VII, §4 in ordine ai limiti che incontrava l'efficacia della transazione sotto il profilo soggettivo ed ai problemi di coordinamento cui il passo ha dato luogo in rapporto a D. 2.15.3pr., infine D. 20.2.10, per la cui esegesi si rimanda ancora al cap. III.

particolare quest'ultimo, 1 *digest.*, in D. 2.15.3pr.<sup>5</sup>, riporta un *rescriptum* degli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero, ove la transazione è inclusa fra le *privatae pactiones*, che è considerato da molti studiosi<sup>6</sup> il primo momento legislativo di ammissione e disciplina del negozio transattivo "tipico".

---

<sup>5</sup> D. 2.15.3.pr. (Scaev. lib. 1 dig.): "Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: privatis pactionibus 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 oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre", per la cui esegesi v. *infra*, cap. III.

<sup>6</sup> In questo senso SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani - Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, cit., 168 nt. 5 e, da ultimo, MELILLO, Voce *Transazione (Diritto Romano)*, in *Enc. del Diritto*, Milano 1992, vol. XLIV, 773 ss..

**2. IPOTESI SUI, PRIMO APPARIRE DI ACCORDI CON  
FINALITÀ TRANSATTIVE. IL PACTUM TRA GRUPPI  
GENTILIZI QUALE PRIMORDIALE FORMA DI  
TRANSAZIONE**

E' chiaro quindi che sorge innanzitutto la questione di vedere come nel normale articolarsi dei rapporti sociali ed economici si sia, ad un dato momento, affermata la pratica propriamente transattiva di risolvere eventuali conflitti di interessi volontariamente al di fuori delle normali procedure (perché in questo si sostanzia la transazione) e come siffatti accordi con finalità transattive si siano consolidati nella prassi fino a trovare ingresso e riconoscimento, sia pure implicito, nelle XII Tavole. Queste, pur non presentandosi certo come un *corpus* di tutto il diritto privato e processuale vigente,

riguardavano punti che le esigenze economiche e la dialettica fra le classi sociali inducevano a precisare per iscritto che si trattasse di norme nuove sia che si trattasse di modifiche a norme preesistenti<sup>7</sup>. Si è parlato di primi riconoscimenti a partire dalle XII Tavole, e quindi a partire dalla metà del V sec. a.C., perché un noto passo di Gaio, tratto dal commentario a tale testo legislativo, sembra ricondurre il *transigere* a questa età, o comunque far rientrare tale tipo di accordo entro la categoria del *pacere*<sup>8</sup>, cioè dell'accordarsi, in modo analogo a quanto si nota per gli altri istituti che, assorbiti da principio in un altro più esteso, in progresso di tempo hanno acquistato esistenza e disciplina a sé. Si tratta di D. 2.4.22.1 (1 ad leg. XII Tab.):

"Qui in ius vocatus est duobus casibus dimittendus est:  
si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venitur,  
de re transactum fuerit".

---

<sup>7</sup> Sul punto per tutti SERRAO, *Dalle XII Tavole all'Editto del Pretore*, in Atti del Convegno su "La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana", Pavia 26-27 aprile 1985, Padova 1987, 51 ss..

<sup>8</sup> Forma arcaica del *pacisci*.

Prima di analizzare il contenuto, è bene ricordare che il testo in esame ha proposto il problema della fedeltà della terminologia utilizzata da Gaio "transactum fuerit" rispetto a quella delle XII Tavole, che avrebbero fatto uso, ove venisse accettata l'autenticità del passo, delle forme del verbo *transigere* non soltanto come sinonimi del *pacere-pacisci*, ma addirittura come indicative di una specie distinta dagli accordi negoziali non formali e solenni.

Certamente, però, la circostanza che tutte le altre norme<sup>9</sup> delle XII Tavole, arrivateci in tema di conciliazione prima, durante o dopo il processo, adoperino il verbo *pacere* o il sostantivo *pactio*, induce a pensare ad un ammodernamento della terminologia decemvirale ad opera del giurista del II sec. d.C.

In quest'ultimo senso si collocano alcuni interpreti, quali Abou-

---

<sup>9</sup> V. *infra*, nel prosieguo del capitolo, l'analisi della norma in Tav. VIII,2: "Si membrum rupsit, ni cum eo *pacit* talio esto" e in Tav. I,6-7: "Rem ubi *pacunt* orato - Ni *pacunt* in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto".



caya<sup>10</sup>, Melillo<sup>11</sup>, Guarino<sup>12</sup>, i quali sostengono che l'introduzione del *transactum* nel linguaggio decemvirale si deve all'autore del commentario e rappresenta la testimonianza di come, ad un certo momento, si sia affermata l'esigenza di specificare all'interno del *genus* dei *pacta*, il *pactum transactionis* come patto qualificato (qualifica, poi, rintracciata nel fatto che la desistenza dalla lite avviene mediante compenso e reciproche concessioni ad opera delle parti in conflitto). In definitiva, tali studiosi ritengono che per effetto dell'affermarsi del diritto creato dal pretore accanto al *ius* creato dalla *lex* e dalla sua *interpretatio*, il *ius civile*, la semplice convenzione dovette essere rivestita di una forma apposita per ottenere efficacia giuridica civile, e parallelamente, a seguito dello svilupparsi in seno all'ordinamento di varie categorie di patti, si era ad opera della giurisprudenza avvertita ad un dato momento la necessità di rintracciare per gli accordi con finalità transattive

---

<sup>10</sup> ABOUCAYA, *Essai sur l'histoire de la transaction en droit romain*, cit., 282.

<sup>11</sup> MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., 267 ss.

<sup>12</sup> GUARINO, *Diritto Privato Romano*, cit., 842, nt. 91.6, interessante anche per l'ampia bibliografia in essa presente.

un termine che, da un lato, permettesse di distinguerli dalle altre categorie di patti e, dall'altro, consentisse di adattare il negozio tanto nella forma solenne della *stipulatio* quanto in quella di semplice accordo difeso dal pretore. Tali interpreti concludono che il termine adottato fu appunto *transactio* e quello stesso accordo di composizione amichevole, che nelle XII Tavole in diversi luoghi e passi<sup>13</sup> è qualificato *pactum*, è chiamato da Gaio, a commento di quelle disposizioni, *transactio*, termine etimologicamente ricollegato ad un *transigere*, ad un *trans-agere*, ad un "andare oltre" rispetto ad un qualcosa o ad una procedura normale. E questa finalità implicita nella stessa etimologia del *transigere* servirà di volta in volta ad individuare, logicamente più che esegeticamente, se in alcuni accordi volti a troncare o a comporre delle liti per il periodo più risalente, rispetto ai quali la carenza di fonti è quasi assoluta, possano rintracciarsi o meno gli estremi dell'accordo transattivo.

A prescindere dal singolo problema della ricollegabilità

---

<sup>13</sup> V. *supra*, nt. 9.

diretta del *transigere* alle XII Tavole, a soluzione del quale non è possibile indicare altre fonti specifiche, la dottrina, sia pure con sfumature di posizioni<sup>14</sup>, è concorde nell'affermare che per il periodo più antico (dalle origini a tutto il III sec. a.C.) l'unica modalità di transazione abbastanza esplicitamente documentata è solo il *pacisci-transigere*, di cui in D. 2.4.22.1 e a sostenere che l'ampia pratica del *pacisci* fosse la più idonea a consentire di risolvere situazioni dubbie, soprattutto sotto il profilo quantitativo delle prestazioni e della certezza del diritto, eventualmente sorte nella pratica degli affari ordinari e non portate in processo. Si trattava di

---

<sup>14</sup> In particolare PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 157 ss. e KASER, *Voce Transactio*, in *P.W.*, R. Enc. XII, cit., 2141 esasperano, per il periodo più risalente, l'utilizzo della pratica del *pacisci-transigere*, limitando al solo *pactum* gli strumenti transattivi per tutto il periodo arcaico e alto repubblicano (fino al I sec. a.C.) e giungendo ad affermare, il Kaser, "Der ursprüngliche technische Ausdruck für den Vergleich war «pacisci»" e la Peterlongo che "la transazione è il primo negozio giuridico che noi incontriamo nella storia del Diritto Romano". Altri, tra cui ABOUCAYA, *Essai sur l'histoire de la transaction en droit romain*, cit., 281, ritengono ipotizzabili applicazioni della *sponsio* e, poi, della *stipulatio* con finalità transattive anche per il periodo arcaico; su quest'ultimo punto, riteniamo tali applicazioni credibili, ma non documentate come, invece, pensa l'Autore francese.

accordi atipici più o meno variamente rafforzati da garanzie personali e processuali, implicanti necessariamente il concetto di una pacificazione, perché ogni statuizione convenzionale fra persone in conflitto e diretta a troncane la lite implica per logica necessità una rinuncia ad una pretesa e, dunque, una pacificazione<sup>15</sup>. D'altra parte la pratica transattiva, in quanto accordo concluso tra le parti in conflitto di interessi con il quale esse sulla base di un reciproco sacrificio vengono a troncane o ad evitare una normale procedura ponendo in essere un *pactum*, si prestava ad adattarsi alle più diverse situazioni di contrasto che potevano sorgere nei diversi periodi a partire dalla stessa epoca gentilizia. Anzi, a ben guardare, in quei primi accordi a scopo di pacificazione, ipotizzati, a nostro

---

<sup>15</sup> Per la ricostruzione della valenza semantica del *pacere-pacisci* in età arcaica, confronta Festo (s.v. *paionem*, p. 330 L.): *Pacionem antiqui dicebant quam nunc pactionem dicimus, unde et pascisce adhuc et paceo in usu remanet*". Si ricordi, altresì, che Ovidio, nei *Fasti*, IV, v. 817, chiamava *pactum* la convenzione con la quale, stando alla leggenda, Romolo e Remo per evitare ogni *certamen* su chi dovesse fondare le mura di Roma ne rimisero la decisione agli *aves*. Per un discorso più generale sull'efficacia originaria dei *pacta*, si rimanda a MELILLO, voce *Patti (storia)*, in *Enc. del diritto*, XXXII, cit., 479 ss..

parere giustamente, dalla dottrina<sup>16</sup> più recente già per l'epoca gentilizia, sembrerebbero potersi rintracciare finalità transattive. La struttura gentilizia della società e degli insediamenti, sviluppatasi dal X a tutto l'VIII sec. a.C., e dunque precedente alla struttura cittadina, la quale invece si caratterizzerà per una più evidente differenziazione degli strati sociali, aveva come suo organismo economico-politico fondamentale la *gens*. La *gens* si presentava come una comunità di villaggio, sovrana ed indipendente, avente una propria base territoriale, una propria autonomia religiosa, una propria organizzazione militare<sup>17</sup>. E' chiaro che tra i vari gruppi gentilizi non potevano non sorgere rapporti e questi potevano sì es-

---

<sup>16</sup> Sul punto v. DE VISSCHER, *Il sistema romano della noialità*, in *IURA*, XI, 1960, 1 ss.; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli 1984, 85-88.

<sup>17</sup> Per la ricostruzione delle caratteristiche della società gentilizia, confronta DE FRANCISCI, *La comunità sociale e politica romana primitiva*, in *SDHI*, 1956, 1 ss.; DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, Napoli 1972, in particolare 20 ss.; FRANCIOSI, *Clan gentilizi e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli 1983, in particolare 293 ss.; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 44 ss.

sere rapporti di pace derivanti da necessità comuni di difesa o di espansione, da comuni credenze religiose, ma potevano anche essere rapporti di tensione per un'offesa commessa da un gruppo contro un altro. Per la solidarietà di gruppo esistente fra le *gentes* bastava anche che un solo membro di un determinato gruppo ledesse un membro di un altro gruppo sociale perché le due *gentes*, alle quali essi appartenevano, venissero a trovarsi in una situazione di inimicizia tra di loro. Così in un tempo arcaico l'offesa ad un gruppo produceva la rappresaglia dello stesso che poteva arrivare allo sterminio di uno dei due gruppi. Ad un dato momento storico tale rappresaglia si ridusse ad una vendetta che cadeva sull'autore dell'offesa, il quale veniva espulso dal suo gruppo e consegnato a quello dell'offeso (questa consegna del colpevole, affinché si esercitasse su di lui la vendetta, fu chiamata *noxae deditio*)<sup>18</sup>. In

---

<sup>18</sup> Nello stesso senso PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Bologna 1928, in particolare 18 ss. e 391, nt. 2.; DE VISSCHER, *Il sistema romano della nozialità*, cit., 10 ss.; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 85 ss. e 200 ss..

definitiva la violazione dell'ordine gentilizio non poteva essere espiata che con il sangue degli offensori; essa provocava, cioè, la vendetta considerata presso i popoli primitivi non solamente come un diritto, ma anche come un dovere, il cui inadempimento era contrario alla morale e alla religione. In uno stadio più avanzato, sorta la comunità cittadina, nella quale va in crisi la *gens* parallelamente allo sviluppo della *familia proprio iure*, alla vendetta si sostituì la pena legale patrimoniale stabilita dallo stato; ne conseguiva che il *pater* del gruppo a cui apparteneva l'offeso poteva chiedere alternativamente o la *noxae deditio* dell'autore del delitto o il pagamento della pena. Si poteva quindi addivenire ad una sorta di accordo fra i due gruppi in virtù del quale la parte offesa si obbligava a rinunciare al diretto risarcimento materiale del danno per mezzo della vendetta in vista dell'offerta, da parte del gruppo offensore, del pagamento di una pena patrimoniale. Questo procedimento, che era indicato come un *pacisci*<sup>19</sup>, e il risultato come

---

<sup>19</sup> Sulla risalenza di tale terminologia all'epoca gentilizia, v. *infra*, nel para-

un *pactum*, a ben vedere, presentava i connotati di una primordiale forma di accordo transattivo, di accordo a base reciprocamente onerosa, alternativo ad una procedura ordinaria per comporre un conflitto di interessi. Nella fattispecie precedentemente analizzata la procedura normale era data dalla composizione del conflitto a mezzo della guerra; la procedura alternativa, in un primo tempo eccezionale, era rappresentata appunto dalla conclusione dell'accordo *pactum transactionis*, che si perfezionava non già con il semplice incontro della volontà<sup>20</sup> delle due parti, ma con la consegna effettiva da parte del gruppo offensore della pena legalmente stabilita sotto la pressione incombente della vendetta e con la contemporanea promessa, da parte del gruppo dell'offeso, di rinunciare al proprio diritto di vendetta in vista della soddisfazione patrimoniale. Questa

---

grafo successivo esegesi di Tav. VIII, 2: "Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto".

<sup>20</sup> Per la rilevanza dell'elemento volontaristico nell'età arcaica, cfr. COSTA, *Storia del Diritto Romano*, Torino 1925, 305 ss., il quale ritiene tale elemento non decisivo per un negozio nel periodo primitivo. Nello stesso senso BONFANTE, *Istituzioni Diritto Romano*, Torino 1946, 345 ss.



forma primordiale di *pactum-transactio* traeva la propria forza dalla *fides* che da vincolo sociale spesso si trasformava in un vincolo religioso e la sua violazione era considerata talora come offesa agli dei<sup>21</sup>; anzi a tale proposito si è sostenuto in dottrina<sup>22</sup> che l'unica sanzione di cui i gruppi primitivi potevano dotare siffatto accordo fosse il giuramento, l'invocazione agli dei, i quali dovevano rendere testimonianza dei patti convenuti e richiamare sugli eventuali violatori la persecuzione divina ed umana. Tale giuramento, con tutta probabilità, si venne limitando nel progresso del tempo ad una semplice promessa verbale<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 86.

<sup>22</sup> BERTOLINI, *Il giuramento nel Diritto Privato Romano*, Roma 1886, 10-15.

<sup>23</sup> Attraverso il passaggio sottolineato nel testo, in dottrina si vengono a giustificare le applicazioni della *sponsio* in funzione transattiva. In particolare PERROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, Bologna 1903, 55 ss., ritiene che il termine *spondere*, da cui *sponsio*, aveva primitivamente significato di giurare; nello stesso senso PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 150 ss.. Ove si vogliano dei riscontri testuali, risalenti nel tempo, del passaggio da noi sostenuto dal giuramento alla successiva promessa verbale, designato dal termine, *sponsio*, cfr. Festo, s.v. *spondere* 329 L.: "Verrius

Volendo ricapitolare si può ipotizzare che nel periodo più antico dell'epoca gentilizia gli accordi con finalità transattiva presuppongono un'obbligazione da delitto; allorché in un momento successivo si affermò il costume di differire il pagamento ad una scadenza determinata, anziché prestarla immediatamente, all'obbligazione da delitto soppressa dal *pactum transactio* subentra una sorta di obbligazione nuova, magari garantita da giuramento o da una dazione di ostaggi<sup>24</sup>.

---

... sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait quod i spovnda" interpositis rebus divinis faciant".

<sup>24</sup> PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 152; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 87.

### **3. IL RICONOSCIMENTO DEL PACISCI<sup>25</sup>, INDIRIZZATO A SCOPO TRANSATTIVO, NELLE XII TAVOLE**

Anche a non voler essere d'accordo con questa ricostruzione (si tratta di un'ipotesi non suffragata da sicuri riscontri testuali) è certo che la validità dell'accordarsi a mezzo di *pacta*, anche se non esplicitamente affermata, come accade invece per le *nuncupationes*<sup>26</sup> è

---

<sup>25</sup> Più correttamente, per il periodo arcaico, si dovrebbe utilizzare la forma verbale *pacere*, come attestata da Tav. VIII,2: "Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto" e da Tavola I,6-7: "Rem ubi pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto". Sul collegamento *pacere-pacisci*, cfr. Prisciano, *Institutio de arte grammatica*, 10.5.32. "antiqui «paco» (secondo alcuni anche «pago») dicebant pro paciscor", o anche Festo (voce *pacisci* 330 L.): "Pacionem antiqui dicebant quam nunc pactionem dicimus, unde et pacisce ad huc et paceo in usu remanet".

<sup>26</sup> Tav. VI,1: "Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto"; con essa venne riconosciuta l'importanza delle *nuncupationes*

tuttavia inequivocabilmente presupposta a partire dal V sec. a.C. con la stesura del codice decemvirale, destinato a fissare alcuni punti fermi in un ordinamento (pubblicistico e privatistico) essenzialmente fluido, e quindi guidato dall'interpretazione e applicazione della classe egemone. Nelle XII Tavole si trova una terminologia che sembrerebbe andare nel senso sopra sostenuto a proposito di un istituto primordiale, risalente all'epoca gentilizia, quale il taglione. Infatti nella Tav. VIII, 2 si legge:

"Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto."

In relazione al *membrum ruptum*, cioè alla lesione personale consistente nell'inutilizzazione di un arto o di un organo, alle parti è data facoltà di transigere oppure di procedere all'applicazione della legge del taglione; a testimonianza, da un lato, di come il *pactum* sia dato dall'accordo di una persona alla quale compete l'azione, conseguenza necessaria del *delictum*, contro un'altra e, dall'altro, di come sif-

---

qualificanti, la *mancipatio nexi causa*, ossia delle dichiarazioni con cui le parti stabilivano il contenuto e i limiti del rapporto di dipendenza.

fatto procedimento di composizione volontaria di situazioni di conflitto, indicato come *pacisci* o come *pactum*, possa farsi risalire all'epoca gentilizia.

Ma quello che ora preme maggiormente mostrare è come altre norme decemvirali testimonino che l'atto, che più tardi si disse *transactio*, ed il *pactum* non sono negozi di natura diversa, bensì il primo una *species* del secondo; in altri termini, preme dimostrare come le conciliazioni giudiziali, delle quali le XII Tavole recano consistente testimonianza, evidenzino che le situazioni incerte e di dubbio siano state a quel tempo risolte attraverso il ricorso a strumenti negoziali idonei a realizzare l'equilibrio degli interessi contrapposti delle parti, quali erano appunto i *pacta*. Si ritorna, così, al problema principe di dare testimonianza per l'età delle origini di un uso della pratica del *pacisci* anche in funzione e con finalità transattive. Sotto questo profilo è opportuno analizzare le notissime disposizioni contenute nella Tav. I, 6-7:

"Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem

causam coiciunto"<sup>27</sup>,

dalle quali si evince, ancora una volta, come sin dalla fase del codice decemvirale e, quindi, molto prima del loro riconoscimento nell'editto del pretore, fossero previste applicazioni del *pacisci*. Si tratta ora di indagare se tali applicazioni fossero indirizzate alla composizione di una lite, in altri termini, se fossero impiegate con valenza e finalità transattive. La ricostruzione della norma decemvirale, in particolare la prima parte ("*Rem ubi pacunt, orato*"), è stata oggetto di un acceso dibattito

---

<sup>27</sup> Esse sono riportate dall'*auctor ad Herennium*, 2.13.20 ("ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pacunt, «orato, ni pacunt», in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Sunt item pacta, quae sine legibus observanda ex convento quae iure praestare dicuntur"), senza un preciso quadro di riferimento, ma affiancate alla configurazione di altri patti non previsti da disposizioni legislative, ma fondati sull'accordo indipendentemente da tali previsioni. Tuttavia grazie ad una fortunata testimonianza di Gellio, in *Noctes Atticae* 17.2.10: "... in duodecim autem, tabulis hoc ita scriptum est: ante meridiem causam coiciunto, cum perorant ambo praesentes. Post meridiem praesenti liti addictio, sol occasus suprema tempestas esto ...", è possibile affermare che le disposizioni in Tav. I,6-7 si saldassero ad un pacchetto di altre relative al processo privato. Questa connessione è ormai largamente accettata in dottrina; cfr. per tutti GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt, orato*: XII Tab. I,6-9 (Per la critica del testo decemvirale), in *BI DR* 76 (1973), 271 ss..

dottrinario<sup>28</sup>. Non ci pare questa la sede più opportuna per addentrarci nell'analisi delle diverse ipotesi interpretative prospettate. Ci limitiamo semplicemente a sottolineare come la deducibilità del carattere transattivo del *pactum ex Tab. I, 6-7*, non sia affatto scontata e immediata. Anzi secondo un indirizzo interpretativo<sup>29</sup> l'accordo dei litiganti non ri-

---

<sup>28</sup> Due sono i fondamentali indirizzi interpretativi della norma "Rem ubi pacunt, orato". Il primo riconosce che coloro che *pacunt*, cioè fanno un patto, pongono in essere un patto di natura transattiva: sono quindi dei litiganti che si mettono d'accordo sull'oggetto di una controversia con rinuncia all'azione. In questo senso cfr. MAC CORMACK, *Roman and African litigation in RHD* 39 (1971), 248 ss.; GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt*, XII Tab. I,6-9, cit., 271 ss.; ARCHI, *Ait praetor: «pacta conventa servabo»*, in *Scritti di Diritto Privato Romano*, I, Milano 1981, 443 ss.; per ultimo, sia pure in maniera meno decisa, MANFREDINI, *Rem ubi pacunt*, in *Atti del Convegno sulla problematica attuale nel Diritto Romano*, Milano 7-9 aprile 1987, Milano 1988, 73-79. Il secondo indirizzo interpretativo disconosce la natura transattiva del patto in Tav. I,6, ritenendo che l'accordo dei litiganti concerneva semplicemente il luogo dove dovesse svolgersi il processo. In questo senso PUGLIESE, *Processo civile romano*, I, Roma 1962, 402 ss.; KASER, *Prator und ludex im romischen Zivilprozess*, in *RHD* 21 (1964), 349 ss.; NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, Torino 1986, 79 ss.; MELILLO, *Voce Patti (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XXXII, 481. A testimonianza della difficoltà di approdare, con certezza, a delle conclusioni si ricordi che nelle prospettive interpretative più recenti è stata avanzata da AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma. Primo quaderno di lezioni*, Napoli 1982, 74 ss., l'idea che la *pactio* riguardasse la scelta di un arbitro.

<sup>29</sup> V. *supra*, nota 28.

guarderebbe l'oggetto della contesa, bensì il luogo di svolgimento del processo. Nella sua più recente riproposizione<sup>30</sup>, questa opinione precisa il significato della norma in questi termini: *ubi*, cioè dove i litiganti si accordano, lì abbia luogo l'*orare*, che, sulla scorta di un passo di Festo<sup>31</sup>, significherebbe *agere*, cioè agire in giudizio, iniziare l'*actio*: "abbia luogo l'azione nel luogo dove ci si accorda. Se non c'è accordo sul luogo, i litiganti portino la controversia nel foro o nel comizio prima di mezzogiorno". Nel quadro degli argomenti sintattici e linguistici offerti a sostegno, proprio il principale, già precedentemente avanzato in letteratura<sup>32</sup>, non ci convince affatto. Si tratta di *rem* che non sarebbe oggetto di *pacunt* bensì di *orato*, permettendo così ai sostenitori di tale indirizzo di mantenere il nesso tra *ubi* e *pacunt* e di attribuire, senza forzature, a *ubi* il suo più naturale senso locativo. Tenendo conto che la

---

<sup>30</sup> NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 79 ss..

<sup>31</sup> FESTO, Voce *orare*, 218 L, (in collegamento con voce *oratores*, 196 L): "orare antiquos dixisse pro agere, testimonio sunt (quod) et oratores et ii qui nunc quidem legati, tunc vero oratores quod rei publicae mandatas partis agebant ...".

<sup>32</sup> Cfr. WOLF, *Die litis contestatio in römischen Zivilprozessrecht*, Karlsruhe 1968, 39 ss..



norma ci è riferita da una fonte dell'ultimo secolo della Repubblica e che probabilmente alcune delle disposizioni attribuite dalla tradizione alle XII Tavole hanno subito più o meno ampi aggiornamenti<sup>33</sup>, un raffronto con Plauto ci pare pienamente pertinente per chiarire l'aspetto controverso<sup>34</sup>. Ebbene in una serie di luoghi plautini<sup>35</sup>, la locuzione *rem*

---

<sup>33</sup> Per l'annosa questione si rimanda per tutti a BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, Torino 1958, 73 ss..

<sup>34</sup> Tra i vari studiosi che sostengono l'esegesi della norma decemvirale in esame, da noi seguita nel testo, l'unico che richiama dei passi plautini per la discussione del precetto in discorso, è il MANFREDINI, *Rem ubi pocunt orato*, cit., 78.

<sup>35</sup> Cfr. *Poenulus* vv. 1155-1157:

A. "Tuam mihi maiorem filiam despondeas?"

H. "*pactam rem habeto*" in cui Agorastocle chiede ad Annone di concedergli come fidanzata la sua figlia maggiore. Questi per comunicargli che è d'accordo, "ritienila cosa fatta (*Pactam rem habeto*)";

*Poenulus* vv. 851-854: Sy. "Syncerastum qui vocat?" - Mi. "Tuus amicus" - Sy. Haud amice facis, qui cum onere offers moram" - Mi. "At ob hanc moram tibi reddam operam, ubi iusseris. Habe *rem pactam*" in cui lo schiavo Milfione, che deve assolutamente parlare con Sincerasto, di pari condizione, gli offre di mettersi al suo servizio in cambio del ritardo e a suggello di questa offerta gli dice "Abbilà come cosa fatta (*habe rem pactam*)". Si tratta di passi sui quali si è accentrata l'attenzione anche della dottrina più recente (cfr. per tutti GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino 1992, 40 ss., e in particolare nt. 43 di pag. 41) per sostenere la risalenza all'età arcaica di applicazioni del *pacisci* aventi contenuto costitutivo e non soltanto estintivo.

*pacere* è perfettamente impiegata a designare il momento conclusivo di conflitti di interessi, che si compongono in un accordo di tipo costitutivo più che estintivo. In quest'ottica ci sembra difficile che *rem* non dipenda da *pacunt*. L'altra ricostruzione risponde alla necessità di rafforzare il significato di *orare* nel senso di (*rem agere* = portare avanti la controversia): *ubi*, cioè nel luogo in cui i litiganti si accordino (*ubi pacunt*), l'attore<sup>36</sup> o il giudice<sup>37</sup> portino avanti il procedimento. Senonché il passo di Festo<sup>38</sup> da cui si pretende di ricavare l'accostamento *orare-agere* secondo noi non rimanda all'*agere* processuale, ma all'*agere* nel senso di esporre, di annunciare solennemente<sup>39</sup>. Queste argomentazioni sintattico-linguistiche ci inducono a ritenere fortemente che l'accordo dei litiganti, contemplato da Tavola I,6-7, non riguardasse il luogo ove

---

<sup>36</sup> In questo senso NICOSIA, *Il processo civile romano*, II, cit., 81.

<sup>37</sup> WOLF, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozessrecht*, cit., 39 ss. e in particolare nt. 264.

<sup>38</sup> V. *supra*, nt. 31.

<sup>39</sup> Nel senso da noi sostenuto, MAC CORMACK, *Roman and African litigation*, cit., 250, il quale nel suo studio parla di "annuncio formale" dei termini della transazione; GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt*, cit., 272, che parla di "svolgere un'attività solenne".

dovesse svolgersi il processo, ma l'oggetto della contesa. In altri termini coloro che fanno un patto ("*pacunt*") sono dei litiganti i quali si mettono d'accordo per eliminare il conflitto, rinunciando all'azione e ponendo così di fatto in essere un patto transattivo<sup>40</sup>. A parte siffatte argomentazioni di carattere formale, ce n'è un'altra di carattere sostanziale difficilmente contestabile: la testimonianza di Gaio, conservataci in D. 2.4.22.1, riportata al paragrafo precedente, ove il rapporto sostanziale del *pactum* con la transazione risulta in maniera inequivoca e che, come già il Dirksen<sup>41</sup> faceva giustamente notare, si riferisce alle disposizioni in esame. In D. 2.4.22.1 si specificavano i due casi in cui il chiamato *in ius* doveva essere lasciato andare: 1) se qualcuno difendesse il chiamato in giudizio ( "*.. si quis eius personam*

---

<sup>40</sup> Il tenore della norma sarebbe: "Dove (o anche "quando") i litiganti si mettono d'accordo, lo pronunciano solennemente". Sul soggetto che deve compiere la pronuncia solenne noi concordiamo con il GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt, orato*, cit., 281 e con ARCHI, *Ait praetor: «pacta conventa servabo»*, cit., 444, nt. 28, nel ritenere essere il magistrato *in iure*; *contra* WOLF, *Die litis contestatio in römischen Zivilprozess*, cit., 83 ss., che riferisce *orato* al *iudex*, e NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 81, che lo riferisce all'attore.

<sup>41</sup> DIRKSEN, *Zwölf-Tafeln Fragments*, Leipzig 1824, 115 ss..

*defendet,...* "), 2) oppure se mentre veniva *in ius* ("*... dum in ius venit ...*"), *de re transactum fuerit*, e proprio quest'ultimo caso sembrerebbe richiamare le disposizioni in esame completandole.

Volendo tirare delle conclusioni dalle esegesi compiute della Tavola I,6-7 e di D. 2.4.22.1, può considerarsi pienamente attestato l'uso nel periodo decemvirale del *pactum* in funzione transattiva, quale strumento di risoluzione di una situazione controversa, cioè di una lite attuale o potenziale. Anche dopo il primo atto processuale della *in ius vocatio* una transazione sul rapporto dedotto in giudizio era pienamente consentita dal diritto (*ex D. 2.4.22.1, "qui in ius vocatus est ... dum in ius venit, de re transactum fuerit"*) ed allora la procedura, instaurata con la *in ius vocatio*, veniva interrotta e la transazione teneva luogo della sentenza evitata. Maggiori difficoltà presenta l'accertare se, anche dopo che le parti si erano effettivamente presentate davanti al magistrato, e quindi nella fase *in iure* (dove *ius* sta ad indicare il tribunale del magistrato) avevano impostato la controversia, si poteva venire alla conclusione di una transazione. Ebbene tra le interpretazioni

possibili<sup>42</sup> della Tavola I,6 "*rem ubi pacunt, orato*" non ci pare certo la meno fondata quella di individuare il soggetto dell'*orato* nel magistrato *in iux*, con la conseguenza di ritenere che nella fase *in iure*, prima fase del processo, non soltanto era consentito di addivenire tramite transazione ad una pacificazione tra le parti confliggenti, ma addirittura questa conclusione amichevole era vista di buon occhio e favorita<sup>43</sup>. Certo è invece che se durante la fase *in iure* non fosse intervenuto alcun accordo transattivo fra le parti e si fosse manifestata decisamente la volontà di proseguire il processo, in definitiva, se il processo *in iure* si fosse chiuso con la *litis contestatio*, non sarebbe stato più possibile alle parti transigere. In questo senso va la Tav. I,7: "*Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto*" Poiché nel periodo delle *legis actiones* la *litis contestatio* consisteva nel chiamare i presenti a testimoni delle dichiarazioni già fatte, invitandoli a tenerne buona me-

---

<sup>42</sup> V. *supra*, nt. 40.

<sup>43</sup> Sul punto insiste in particolare la PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 155, la quale ritiene fuori dubbio, *ex* Tav. I,6, che compito del magistrato *in iure* fosse quello di invitare le parti a venire a transazione, a pacificarsi.

moria per riferirne *apud iudicem*<sup>44</sup>, e quindi, finiva con il vincolarle alle dichiarazioni rese e a farle rimanere in giudizio fino alla sentenza, è evidente che, dal momento della *litis contestatio* a quello della sentenza era preclusa la possibilità di transigere sul rapporto controverso<sup>45</sup>. Gli argomenti riportati in sede di analisi delle disposizioni decemvirali, consentono, altresì, di confutare la tesi autorevolmente sostenuta dal Perozzi<sup>46</sup> che ritiene la *transactio pactio* consentita nel periodo decemvirale soltanto prima della fase *in iure* e la conseguente esistenza esclusiva di transazioni extraprocessuali. E' una tesi smentita certamente dalla disposizione di Gaio in D. 2.4.22.1, nella quale si ammette la composizione mediante transazione dopo l'atto

---

<sup>44</sup> Per la ricostruzione delle caratteristiche generali del sistema processuale delle *legis actiones* v. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, XIV ed., Napoli 1983, 136 ss. e SANFILIPPO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Catania 1989, 107 e ss..

<sup>45</sup> In senso opposto all'impostazione da noi seguita MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei patti secondo il Diritto Romano, Pacta Conventa*, in *Studi Senesi*, VII, 1913, 2 ss., sostiene che la *pactio* potesse essere conclusa in qual-siasi stadio del processo, sia *in iure* che *apud iudicem*.

<sup>46</sup> PEROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, cit., 37, nt. 3.

processuale della *in ius vocatio* e forse anche dalla disposizione riportata in Tavola I,6, nella quale sembrerebbe affidata al magistrato *in iure* la funzione di tentare, in ogni modo, di portare le parti ad un accomodamento.

Anche per il periodo decemvirale si è posta la questione se fosse consentito, come per il periodo successivo, transigere sul rapporto dedotto in giudizio dopo l'emanazione della sentenza; per siffatto periodo si ha a disposizione solo un passo delle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio, nel quale sembrerebbe lasciarsi balenare la possibilità di transigere una controversia finanche nella fase esecutiva della sentenza. Si ricordi che Aulo Gellio, antiquario del II sec d.C., nella sua opera interamente pervenutaci, raccolse una massa di notizie relative a più diversi istituti riportando spesso testualmente frammenti di opere di giuristi e di scrittori a lui anteriori. Il passo in questione è *Noctes Atticae* 20,1,45-47, dove si riporta integralmente un frammento della Tavola III,1-5:

"Erat autem ius interea, paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, predicabatur. Tertiis, autem nundinis capite poena dabant, aut

trans Tiberim peregre venum ibant".

Il caso prospettato da Gellio è quello di una convenzione transattiva conclusa durante l'esperimento della *legis actio per manus iniectioem*, che mirava al soddisfacimento di un diritto di credito sulla base del già avvenuto accertamento dello stesso in processo. Come è noto<sup>47</sup>, la procedura era la seguente: il debitore già condannato e che nei trenta giorni dalla sentenza non aveva provveduto a soddisfare la parte vittoriosa nel processo poteva essere trascinato in giudizio e ivi, ove ancora avesse continuato a non pagare, né avesse trovato un *vindex*, veniva assegnato al creditore il quale era autorizzato a trascinarlo a casa sua, a tenerlo legato sessanta giorni con catene del peso di quindici libbre. Lo stato di soggezione del condannato iniziava quindi con l'*addictio*, cioè con la sua assegnazione all'attore pronunciata dal magistrato. Durante il periodo di soggezione, per tre mercati consecutivi, gli

---

<sup>47</sup> Cfr. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo*, XX, 1974, 163 ss.; PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, Milano 1981, 85 ss..



*addicti* venivano condotti davanti al pretore nel comizio e si annunciava a quanto denaro erano stati condannati; infine, al terzo mercato erano puniti con la morte o erano venduti all'estero al di là del Tevere. Quanto ai fini del presente studio interessa rilevare dal testo di Gellio che l'*addictus* poteva esercitare il *ius paciscendi* ("*erat autem interea ius paciscendi ...*"), cioè poteva provare a definire amichevolmente la questione con l'effettuare il pagamento o con il concordare con l'attore una qualsiasi altra sistemazione (ad esempio, un assoggettamento come *nexus* o una garanzia mediante *sponsio*). Tale *pactum* poteva intervenire in qualsiasi momento fino a che l'*addictus* non fosse stato venduto *trans Tiberim*<sup>48</sup>. In definitiva, Gellio attesta come nel periodo della legislazione decemvirale fosse possibile accordarsi con finalità transattive su un rapporto già giudicato, addirittura nella fase esecutiva della *legis actio per manus iniectioem*. Dalla sua testimonianza, limitata alla

---

<sup>48</sup> Sul punto SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 258 ss..

*manus iniectio*, non si può certo generalizzare e giungere ad affermare che secondo le XII Tavole fosse possibile, in ogni e qualsiasi caso, sovrapporre alla sentenza una transazione; anzi è probabile, in carenza assoluta di altre fonti, che il principio abbia trovato applicazione solo a proposito della *manus iniectio*, per ovviare al suo originario carattere di vendetta che giungeva ad attribuire al creditore rimasto insoddisfatto il diritto di uccidere il debitore insolvente. D'altra parte siffatto principio non va sottovalutato e forse può essere considerato come il punto di partenza dal quale si arrivò in epoca successiva ad ammettere, sia pure in fattispecie ben determinate, la validità di una transazione chiusa posteriormente al *iudicatum*, testimoniata, come si vedrà, in due luoghi ulpiani riportati in D. 2.15.7pr.<sup>49</sup> e D. 2.15.11<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> D. 2.15.7pr (Ulp. lib. 7 disp): "Et post rein iudicatum transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potueris", per la cui esegesi v. cap. VII.

<sup>50</sup> D. 2.15.11. (Ulp. lib. 4 ad ed.): "Post rem iudicatum etiamsi provocatio non est interposita tamen si negetur iudicatum esse vel ignorare possit, transactio fieri potest" per la cui esegesi si rimanda al cap. VII.

#### **4. POSSIBILE FUNZIONE TRANSATTIVA DEL IUSIURANDUM**

Volendo ricapitolare, si può dire che per il periodo più risalente (dalla comunità socio-politica primitiva fino al principio dell'economia schiavistica, cioè fino al III secolo a.C.) il *transigere* non fu certo assente nella pratica giuridica romana, ma operava come causa di una serie di negozi più ampia, i *pacta*; esso, in definitiva, esprimeva pur sempre un accordo di conciliazione chiuso tra parti in competizione tra di loro, con il quale si evitava o si interrompeva la procedura normale di diritto (*trans-agere*, cioè andare oltre) ed al quale le parti si determinavano liberamente, ciascuna nel proprio vantaggio, sulla base di reciproche concessioni.

Se la pratica del *pactis* è concordemente accettata in dottrina -

d'altra parte si è visto come il "*transactum est*", in luogo del più comune "*pactum est*", nel gaiano D. 2.4.22.1 testimonia, almeno, l'intrinsecità del rapporto tra *transigere* e *pacisci* -, prospettive più ampie sono proposte oggi da alcuni studiosi come il Talamanca<sup>51</sup> ed il Guarino<sup>52</sup>, che prospettano, per l'età arcaica e protorepubblicana, altre soluzioni testimoniate però dalle fonti solo a partire dal III secolo a.C.: applicazioni delle *stipulationes poenales*, del *ius iurandum*, della *mancipatio* con finalità transattive. Si tratta di ipotesi sicuramente legittime, che confermano ancora una volta come per tale età non abbiamo un negozio *transactio* a sé stante, ma mere procedure transattive non tipizzate; le suddette ipotesi, tuttavia, non trovano esplicito sostegno in fonti specifiche del periodo, ma soltanto in via logica e deduttiva nella storia dei singoli istituti. Sotto questo profilo è suggestivo supporre, a completamento della ricostruzione seguita, come quel giuramento-*sacramentum*, che sanciva il *pactum*-transazione nel suo sorgere nell'e-

---

<sup>51</sup> TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 643.

<sup>52</sup> GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 842 ss..

poca gentilizia, abbia poi nel periodo della legislazione decemvirale continuato a regolare siffatto accordo, accompagnando nel suo passaggio dal diritto che regolava i rapporti tra *gentes* - suo primo campo di applicazione - a quello del diritto privato. In questo senso, anzi, sembrerebbe andare una attestazione di Cicerone relativa ad una disposizione delle XII Tavole, che conferirebbe efficacia giuridica al giuramento promissorio, quasi a voler significare che il giuramento promissorio fosse la forma che l'accordo transattivo dovesse rivestire nel V sec. a.C. per essere riconosciuto produttivo di effetti vincolanti:

"Sed ex tota hac laude Reguli unum illud est admiratione dignum ... quod rediit, nobis nunc mirabile videtur, illis quidem temporibus aliter facere non potuit ... Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores actius esse voluerunt, id indicant leges in duodecim tabulas, indicant sacrate, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides; indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando iudicabant." (*De Off.* 3.31, 111).

Nel passo Cicerone, prendendo in esame il sacrificio di Regolo, che, fatto prigioniero ed inviato al Senato sotto vincolo di giuramento

che sarebbe ritornato a Cartagine se non fossero stati restituiti ai nemici alcuni nobili prigionieri<sup>53</sup>, mantenne fede ai patti di guerra fatti col nemico con giuramento<sup>54</sup>, conclude che la condotta del console, mentre poteva considerarsi stupefacente per il tempo in cui egli scriveva (I sec. a.C.) ("*... nobis nunc mirabile videtur ...*"), doveva ritenersi invece normale nell'epoca più risalente ("*... illis quidem temporis aliter facere non potuit ...*"). Questo perché nei tempi più antichi, a partire dalle XII Tavole, non c'era vincolo più impegnativo del mantenere la propria parola con giuramento ("*... nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiore actius voluerunt: id indicant leges in duodecim tabulis ...*"). La testimonianza ciceroniana è abbastanza chiara, ma è l'unica attestazione pervenutaci per il V sec. a.C. in ordine ad una presunta forza del giuramento di riuscire ad asservire giuridicamente le parti,

---

<sup>53</sup> Cic., *De officiis*, 3,26,99 ss.: "... M. Attilius Regulus, cum consul iterum in Africa ex insidiis captus esset ... iuratus missus est ad senatum, ut nisi redditi essent Poenis captivi nobiles quidam, rediret ipse Karthaginem ...".

<sup>54</sup> Cic., *De off.*, 2,29,108 "... Regulus vero non debuit condiciones pactio- ne- que bellicas et hostiles perturbare periurio ...".

essendosi ben presto, a partire dal III sec. a.C., affermatosi come principio generale quello per cui il giuramento non dà forza obbligatoria civile, ma si limiterebbe ad imporre una coazione per così dire semplicemente morale. Eppure è possibile rintracciare, proprio nelle opere dei giureconsulti dal III sec. a.C. in avanti, diverse disposizioni che non soltanto confermano un uso del giuramento finalizzato a rafforzare ed a garantire accordi transattivi<sup>55</sup>, ma addirittura lasciano supporre una capacità del giuramento di vincolare giuridicamente le parti. Alcune di esse possono ricollegarsi già ad un periodo immediatamente successivo a quello delle XII Tavole. Si pensi alla legge *Poetelia*<sup>56</sup>, intervenuta sul finire del IV sec. a.C., con la quale si arrivò all'abolizione dei *nexi* assoggettati a garanzia o a causa del denaro o delle derrate ricevute in prestito. A parte le singole questioni cui essa ha dato luogo

---

<sup>55</sup> Sul rapporto tra giuramento e transazione, per l'età commerciale, si tornerà nel cap. VI, cui si rimanda per l'esegesi di D. 4.3.21 (Ulp 11 ad ed.): "Pomponius autem per iusiurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus ... probat; stari enim religioni debet ...".

<sup>56</sup> PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, cit., 15 ss.; SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 244 ss..

(in particolare sono discusse la data precisa e l'autore), ai fini che maggiormente interessano circa una presunta capacità coattiva del giuramento, è bene ricordare che Varrone, l'erudito a cui insieme a Livio, Dionigi e Cicerone si deve la possibilità di ricostruire il contenuto della *lex Poetelia*, è l'unico che descrive una specifica modalità con la quale venivano liberati i debitori che al momento dell'approvazione del provvedimento si trovavano nello status di *nexi*.

Il passo è il seguente Varr. de 1. L.7.105.:

"Hoc (cioè il nexum) C. Poetelio Libone Visolo dictatore subiatum ne fieret, et omnes qui bonam copia iurarunt, ne essent nexi, dissoluti".

Varrone, in definitiva, afferma che i *nexi* per essere liberati dovessero "*bonam copiam iurare*", tralasciando ora le possibili interpretazioni proposte sul contenuto di siffatto giuramento<sup>57</sup>, si può dal testo desumere come punti fermi che all'epoca della *lex Poetelia*, e quindi sul

---

<sup>57</sup> SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 247.



finire del IV sec. a.C., il giuramento promissorio non soltanto aveva larga applicazione pratica, ma si appalesava abitualmente quale strumento idoneo a fornire quella garanzia per la quale fino ad allora era stato necessario l'asservimento personale, ribadendo la sua forza di asservire. Quindi dal pacifico riconoscimento, contenuto nella *lex Poetelia*, dell'efficacia giuridica del giuramento promissorio, si può in via logica dedurre l'applicazione abituale del giuramento per quel periodo. A parte questa mancano delle altre testimonianze risalenti all'età arcaica o alla prima età commerciale. Tuttavia, di un'efficacia giuridica del giuramento risalente nel tempo ci si può rendere conto anche attraverso disposizioni successive.

Si pensi, ad esempio, al *rescriptum* degli imperatori Severo ed Antonino (quindi, collocabile a cavallo tra il II e il III sec. d.C.) riportato da Marciano e contenuto in D. 30.112.A:

"Divi Severus et Antoninus rescripserunt ius iurandum contra vim legum et auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti."

In esso gli Imperatores Severo ed Antonino dichiaravano "*nul-  
lius momenti*" (cioè di nessuna efficacia giuridica) il giuramento "*scriptum in testamento contra vim legum*". Come giustamente ebbe a notare il Messina Vitrano<sup>58</sup>, partendo dall'assunto generale che non soltanto il giuramento, ma qualsiasi altro negozio posto in essere in violazione di disposizioni legislative è da considerarsi nullo, l'accento posto nel *rescriptum* riportato da Marciano sull'invalidità di un tale giuramento porterebbe a pensare, per deduzione logica, che un giuramento "*non contra legum*" cioè non contrario al diritto potesse essere riconosciuto come vincolante.

Si pensi ancora ad un luogo ulpiano contenuto in D. 2.14.7.16:

"Et generaliter quotiens pactum a iure communi, remotum est, servari hoc non oportet: nec legari, nec iusiurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus libro secundo digestorum scribit ...".

In esso Ulpiano precisa come il giuramento soggiunto ad un *pac-*

---

<sup>58</sup> MESSINA VITRANO, *La disciplina romana di negozi giuridici invalidi*, in *Annali Perugia* 33 (1921), 665.

*tum "a iure communi remotum"* (cioè non riconosciuto dal diritto) non è valido, lasciando intendere, *a contrariis*, che quello soggetto ad un *pactum* invece valido dovesse avere efficacia giuridica; il passo è altresì rilevante perché testimonia ancora una volta dell'uso, mantenuto nel periodo successivo a quello dei codici decemvirali, di garantire e rafforzare i patti con *iusiurandum*. Dall'analisi complessiva di queste disposizioni non è certo astruso concludere, come fa la Peterlongo<sup>59</sup>, che siffatte disposizioni si spiegano non tanto come mere eccezioni al principio generale, affermatosi a partire dal III sec. a.C. e tendente a riconoscere efficacia coattiva meramente morale al giuramento, (anche perché sarebbero troppe); ma piuttosto "come relitti" di un principio vigente in tempo anteriore nel quale al giuramento era attribuita forza di asservire giuridicamente.

Così tornando al rapporto *transactio-pactum/iusiurandum* è possibile ipotizzare che, nel periodo delle origini e della legislazione decemvirale, la pratica transattiva fosse spesso accompagnata con

---

<sup>59</sup> PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, cit., 175.

finalità ora di mera garanzia, ora di coazione giuridica dal giuramento promissorio che del resto l'aveva sanzionata sin dal suo primo apparire non ben delineato nei rapporti gentilizi, e poi progressivamente per varie cause (forse "per quel processo di laicizzazione", come lo definisce l'Aboucaya<sup>60</sup>, iniziatosi con la promulgazione delle XII Tavole) venne a svanire parallelamente all'affermarsi della *stipulatio*, come accordo preprocessuale per eccellenza capace di qualsiasi contenuto. Ma con la *stipulatio* siamo già nell'età commerciale, che presenta altri problemi, altre caratteristiche a fronte dei quali la stessa transazione assume forme e connotati diversi, attestati da un numero sicuramente più cospicuo di fonti.

---

<sup>60</sup> ABOUCAYA, *Essais sur l'histoire de la transaction en droit romain*, cit., 278 ss..