

Sara Parini Vincenti

**La transazione nello *ius hollandicum***

SOMMARIO: 1. Linee introduttive – 2. *Non quia romanum sed quia ius* – 3. La transazione ‘azionabile’ nella *Pratica giuridica*

ABSTRACT: Among the instruments granted to individuals to solve legal disputes transaction holds a place of particular importance. Transaction has always been at the centre of a heated hermeneutic debate: the texture, often contradictory, and the clarifications proposed by the doctrine, the strong polysemy, which is the main quality of the verb *transigere*, does not identify a specific type of contract based on the content of one or both services, but only the different types of "*transigere*", related to the abstract verb form. From the Sixteenth Century the Elegant School, requires a different approach for studying transaction as a contract, fully developed by the *Usus Modernus Pandectarum* and related to *ius gentium*, and *mores hodierni*.

KEY WORDS: transaction - contract - Scuola Elegante

## 1. Linee introduttive

Il pensiero giuridico imprime, nel Seicento, una svolta ‘definitiva’ alla concezione astratta della transazione in specie e dell’attività negoziale in genere.

Già Charles Dumoulin<sup>1</sup>, e soprattutto Matthaeus Wesembeck<sup>2</sup>, avevano messo in discussione la concezione unitaria della negoziabilità bilaterale romana, suggerendo, con significative intuizioni precorritrici, una più matura riflessione sulla categoria civilistica del *contractus*, ma sarà in Olanda prima, ed in Germania poi, che prenderanno corpo riflessioni estremamente innovative sul piano della rappresentazione della *transactio*.

Nella seconda metà del XVII secolo, infatti, si diffondono studi che scompongono la materia pattizia, approfondiscono le ragioni di una prassi nazionale divergente dal *ius commune*<sup>3</sup> e danno forma compiuta alle soluzioni che la dottrina precedente aveva solo

<sup>1</sup> C. Du Moulin, *Nova et analytica explicatio Rubricae*, l. I et 2, *De verborum obligationibus*, Ihenae 1588, n. 42 = *Opera omnia*, To. IV, Parisiis 1658, n. 42, 138. Per un approfondimento tematico, cfr. J. Bart, *Pacte et contrat dans la pratique française*, pp. 125-137 e I. Birocchi, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell’Usus modernus Pandectarum* (pp. 139-195, spec. pp. 146-147, nt. 34), entrambi in *Towards a general law of contract*, J. Barton (cur.), Berlin 1990.

<sup>2</sup> Si allude, in particolar modo, alle fortunate intuizioni sviluppate dal professore di Anversa in sede di commento al *De pactis* (*In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Libros viij Commentarii olim Paratitla dicti*, Lugduni 1597, *De pactis*, Tit. XIV, n. 9F, 176), su cui cfr.: R. Feenstra, *Pact and contract in the low countries*, in *Towards a general law of contract*, cit., pp. 198-201 = *Die Klagbarkeit der pacta nuda*, in R. Zimmermann, *Römisch-holländisches Recht. Ein Überblick*, in *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, R. Feenstra – R. Zimmermann (curr.), Berlin 1992, pp. 124-132; I. Birocchi, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell’Usus modernus Pandectarum*, cit., pp. 146-155, spec. nt. 36; U. Petronio, *Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*, in *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del Convegno*: Cagliari, 18-21 maggio 1981, Milano 1982, pp. 203-225, oltre che, il più datato C. Visser, *The principle pacta servanda sunt in Roman and Roman-Dutch law, with specific reference to contracts in restraint of trade*, in “*South African Law Journal*”, CI (1984), pp. 641-655.

<sup>3</sup> Il rinnovamento, in realtà, non va ricercato solo sul terreno arido della critica testuale, bensì sul più pragmatico campo dell’applicazione delle norme. Una ricostruzione del problema si coglie in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. Macario – M.N. Miletta (curr.), Milano 2006, grazie ai saggi di I. Birocchi, *Autonomia privata, ordini e mercato: leggendo Rolandino*,

abbozzato, con l'effetto di ridurre drasticamente la portata dell'annoso problema dell'azionabilità degli accordi nudi a semplice sezione di un processo di elaborazione molto più complesso, che investe in pieno anche il *pactum transactionis causa factum*.

Le motivazioni di quello che è stato definito *an exchange of learning for the development of the European jurisprudence*<sup>4</sup> sono, del resto, facilmente comprensibili.

Germania e Olanda<sup>5</sup>, territori in cui si era diffusa la 'protesta', avevano accolto

---

*Domat e Portalis*, pp. 95-136; di E. Navarretta, *Le ragioni della causa ed i problemi dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive del diritto europeo dei contratti*, pp. 205-232 e di G.P. Massetto, *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, pp. 291-343.

<sup>4</sup> Secondo un noto *cliché* è proprio grazie al lavoro svolto dal corpo accademico raccolto intorno all'Università della Provincia olandese che «the torch of the European jurisprudence, which had been lit in Italy from where it had gone to France, was taken over in the 17th century by the Dutch». Ciononostante risulta difficile etichettare i singoli esponenti, poiché «i tratti 'eleganti', il retaggio umanistico, il movimento dell'*usus modernus* e l'attenzione al *ius hodiernum* si mescolano inscindibilmente». Per un approccio al tema senza pretesa di completezza, si vedano: J.C. van Oven, *Le droit romain aux Pays-Bas* in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*: Bologna, Aprile 1933, Pavia 1935, II, pp. 25-55; A.A. Roberts, *A South African legal bibliography, being a bio-bibliographical survey and law finder of the Roman and Roman-Dutch legal literature in southern Africa with an historical chart, notes on all the judges since 1828, and other appendices*, Pretoria 1942; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, II voll. Göttingen 1967, p. 169, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano 1967, U. Santarelli (presentazione e traduzione italiana, tomo I, di), pp. 245-246; il quadro generale di R. Feenstra – R. Zimmermann, *Das römisch-hollandische Recht*, cit., pp. 42 e ss.; la catalogazione di G.C.J.J. van den Bergh, *Die holländische Elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800*, Frankfurt am Main 2002, p. 100; ancora Id., *Palingenesia in the Dutch Elegant School*, in "Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis", LXV (1997), pp. 71-84; R. Feenstra – C.J.D. Waal, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford 1975, pp. 9-13, da cui la citazione; sempre di R. Feenstra, *Les juristes de l'ancienne université de Franeker et leurs recueils de Disputationes (période de 1635 à 1735)*, in "Studi Senesi", C (1988), pp. 604-629; E. Schrage, *La scuola Elegante olandese*, in "Studi Senesi", CIV (1992), fasc. 3, pp. 534-547 ora in Id., *Non quia romanum sed quia ius*, Goldbach 1996, pp. 315-328; D. Osler, *Jurisprudentia elegantior and the Dutch elegant school*, in "Ius Commune", XXIII (1996), pp. 339-354; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2007, pp. 277-279 e pp. 280-281; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 383-391; I. Birocchi – A. Mattone (curr.), *La formazione dei diritti patrii nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico. Prassi ed insegnamento in Il Diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale*: Alghero 4-6 novembre 2004, Roma 2006, pp. 17-71, spec. pp. 42-48 e, da ultimo, C. Bersani, *Nonnulla distinctio. Status e ceti nel secolo d'oro delle Provincie Unite*, Roma 2009. Fra le fila di coloro che si sono rivelati più propensi a sottolineare il valore antiquario dei prodotti della Scuola, invece, si leggano: O.F. Robinson – T.D. Fergus – W.M. Gordon, *An introduction to European legal history*, Edinburgh 1985, spec. pp. 369-370 e, con riferimento al commentario di Noodt sulla *locatio-conductio*, A.M.M. Canoy-Olthoff – P.L. Neve, *Holländische Eleganz gegenüber deutschem usus modernus pandectarum? Ein Vergleich des privatrechtlichen Unterrichts in Leiden und an einigen deutschen Universitäten anhand einiger holländischer und deutscher juristischer Dissertationen über locatio-conductio (1650-1750)*, Nijmegen 1990, spec. pp. 1-12.

<sup>5</sup> Sulla genericità dell'espressione 'germani' per riferirsi sia alle popolazioni dei paesi bassi che a quelle dei territori tedeschi, cfr. J.C. van Oven, *Hugo de Groot's «Inleiding» als Lehrbuch des römischen Rechts*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Milano 1954, pp. 269-287, spec. pp. 280-281 e G. Augé, *Le contract et l'évolution du consensualisme che Grotius*, in "Archives de philosophie du droit", XIII (1968), pp. 99-114, p. 105. Mentre, parlare di Olanda non pare del tutto corretto: 'Low Countries' sarebbe forse il termine più adeguato per questi territori. L'assetto istituzionale uscito dall'Unione di Utrecht del 1579, dall'Abiura del 1581 e dalla lunga lotta per l'indipendenza configura, infatti, un'entità (la Repubblica dei Paesi Bassi o *Nederlanden*) estremamente articolata, di cui, fino al 1795, i suoi principali animatori restano le singole provincie del sud. L'Olanda fu, per l'appunto, solo una di queste sette, e Leida la sede della sua università. (R.C. van Caenegem, *Reflexions on the Place of the low Countries in European Legal History*, in K. Luig – N. Horn – A. Söllner (curr.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing*

numerosi esuli culti, facendo delle Provincie Unite un fervido crocevia di libri<sup>6</sup> e di uomini<sup>7</sup>, attirati dalla libertà della cultura della ‘sovrabbondanza’ che si respirava in quelle aree<sup>8</sup>.

Una ricostruzione ormai consolidata ha già da tempo identificato negli anni successivi alla costituzionalizzazione del potere politico<sup>9</sup>, nell’abbandono della pregiudiziale cattolica<sup>10</sup>, uno stimolo potente per la riflessione critica sulle fonti tradizionali compulsate

---

zum 70. Geburtstag, I, Munchen 1982, pp. 3-17, spec. pp. 14-17.

<sup>6</sup> Falsi indirizzi e false datazioni furono gli strumenti di più frequente utilizzo per non incappare nelle maglie censorie e garantire una circolarità europea del pensiero (L. Jostock, *La censure négociée. Le contrôle du livre à Genève 1560-1625*, Genève 2007; P. Bravetti – O. Granzotto, *False date. Repertorio delle licenze di stampa veneziane con falso luogo di edizione (1740-1797)*, Firenze 2008 e da ultimo R. Savelli, *Il libro giuridico tra mercato, censure e contraffazioni. Su alcune vicende cinque-seicentesche*, in R. Braccia – R. Ferrante – M. Fortunati – R. Savelli – L. Sinisi, *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Milano 2011, pp. 205-211).

<sup>7</sup> Dopo la notte di San Bartolomeo numerosi giuristi di fama ripararono in Germania e in Olanda. Fra costoro, ricordiamo Doneau che, dopo un breve soggiorno in Svizzera (Ginevra), passò ad Heidelberg e poi a Leida; Vultejus che visitò anch’egli Heidelberg, Wittemberg e Marburg; e, ancora, Hotman, che, già professore a Strasburgo, a Losanna, Valence e Bourges, dopo il ’72, fu costretto a emigrare riparando nuovamente a Ginevra. Per maggiori riferimenti a Doneau, cfr. R. Feenstra – C.J.D. Waal, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, cit.; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 80-81; M. Ahsmann in *Collegia en colleges: juridisch onderwijs aan de Leidse Universiteit 1575-1630 in het bijzonder het disputeren*, Groningen 1990, pp. 49-72 e, da ultimo, van den Bergh, *Die hollandsche Elegante Schule*, cit., spec. pp. 77-79 e 151. Per Vultejus, invece, cfr. A. Mazzacane, *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: ‘equità’ e ‘giurisprudenza’ nelle opere di Herman Vultejus*, in “Annali di Storia del Diritto”, XII-XIII (1968-1969), pp. 257-319, pp. 257 ss. e Id., *Contrasti di scienza e rivalità accademiche in una lite del secolo XVI*, in “Ius Commune”, III (1970), pp. 10-32; mentre per Hotman, cfr. V. Piano Mortari, *Cinquecento giuridico francese*, Napoli 1990, pp. 289-296; D.R. Kelley, *François Hotman. A revolutionary ordeal*, Princeton 1973 e C. Pedrazza Gorlero, *Hotman ‘iconoclasta’: diritto e storia nell’Antitribonianus (1567)*, in G. Rossi (cur.), *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia. Atti del Convegno internazionale di Studi*. Verona, 29 giugno-1 luglio 2006, Roma 2008, pp. 285-311.

<sup>8</sup> Un filone interpretativo abbastanza rappresentato nello studio del *brede middestand* ha voluto porre l’accento sui caratteri peculiari della cultura olandese agli esordi della sua identità nazionale. Sul fiorente crocevia che, sotto tutti i profili, quelle latitudini rappresentavano si vedano: C. Berkvens-Stevelinck – H. Bots - P.G. Hoftijzer, *Le magasin de l’univers: the Dutch republic as the centre of the European book trade*. Papers presented at the international Colloquium, held at Wassenaar: 5-7 July 1990, Leiden 1992 e H. Mechoulam (cur.), *Amsterdam, XVII siecle: marchands et philosophes. Les benefices de la tolerance*, Paris 1993, spec. pp. 42-58 e pp. 124-138, ma, soprattutto, S. Schama, *Il disagio dell’abbondanza: la cultura olandese dell’epoca d’oro* (trad. it. V. Sperti), Milano 1993, tit. originale *The embarrassment of riches*, Berkley-Los Angeles 1988.

<sup>9</sup> Recenti scavi nel *Gouden Eeuw* olandese hanno letto nella deposizione di Filippo II del luglio del 1581 uno degli avvenimenti più interessanti della prima età moderna. In quest’ottica i due volumi di A. Clerici (*Costituzionalismo, contrattualismo e diritto di resistenza nella rivolta dei Paesi Bassi*, Milano 2004, e *Monarcomachi, giusnaturalisti nella Utrecht dei Seicento: Willelm Van der Muelen e legittimazione olandese della Glorious Revolution*, Milano 2007), tracciano un efficace parallelo fra le guerre civili in Francia e Fiandra, offrendo una ricca appendice documentaria relativa alla letteratura pamphlettistica dell’epoca. Sul punto anche Y. Rodriguez Pérez, *The Dutch revolt through Spanish eyes: self and other in historical and literary texts of Golden age Spain (c.1548-1673)*, Oxford 2008.

<sup>10</sup> Verso il 1650, solo circa la metà della popolazione era ancora di fede cattolica. Ma nelle città d’Olanda e di Utrecht molti missionari svolgevano indisturbati il proprio apostolato nei confronti della popolazione rurale. Non deve quindi sorprendere che la civiltà olandese continuasse ad essere permeata da tradizioni romane: ciò non toglie che la posizione dei cattolici era, e rimase, sempre precaria. La repubblica, infatti, si qualificava ufficialmente come uno stato protestante e se i cattolici potevano praticare il culto, essi comunque incontravano difficoltà a mantenere le cariche nelle amministrazioni cittadine. Il calvinismo, dal canto suo, invece, non costituiva la sola alternativa: solo un terzo della popolazione abbracciava la sua

sotto la lente dei *mores hodierni* e della *simplicitas* del *ius gentium*<sup>11</sup>.

Da tale dimensione casistica e controversa, caratterizzata da un tumultuoso sviluppo economico su cui è forte l'impatto del calvinismo<sup>12</sup>, prende le mosse la nostra ricerca per rileggere la parabola definitoria della transazione e la sua declinazione come categoria autonoma.

Benché, infatti, i risultati raggiunti nel XVI secolo appartenessero ad una dottrina indubbiamente fortunata, il dato tradizionale ed il contatto con la fonte antica sono recuperati in quanto veicolo di addentellati problematici<sup>13</sup>.

L'idea di fondo era sottoporre a revisione critica la ricostruzione scientifica delle singole fattispecie negoziali, al di là dell'impianto concettuale romano, ed a prescindere dalle linee-guida dei più autorevoli maestri del cultismo, per dilatarne l'ambito applicativo in connessione con un profondo e più generale ripensamento dell'intero fenomeno contrattuale<sup>14</sup>.

---

versione ortodossa. Accanto ad esso, quindi, numerosi confessioni e piccole sette si spartivano la restante parte della popolazione e proprio queste persistenti e profonde divisioni religiose contribuirono a spiegare i frequenti mutamenti di governo senza, però, le particolari esplosioni di violenza che avevano contrapposto le fazioni in Francia. La frantumazione del panorama, ed un diffuso utilitarismo, insomma, consentirono avvicendamenti pacifici per il benessere di tutti, facendo della tolleranza un 'marchio di fabbrica' locale.

<sup>11</sup> Nei secoli che precedono la codificazione lo *ius patrium* si ritagliava qualche spazio entro il sistema del 'diritto romano assoluto' sotto forma di *mores hodierni*, o di *usus fori*, come sintesi della materia romana e locale (cfr. S. Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Lugduni Batavorum 1649, C.2.3.10, l. *legem*, 424 e A. Vinnen, *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius academicus et forensis*, Venetiis 1726, t. II, lib. 3, Tit. XVI, *De verborum obligationibus*, n. 4, 658). In realtà, si trattava di una categoria ambigua, volta ad indicare, contemporaneamente, il sistema delle fonti che in ciascun ordinamento si caratterizzava per la sua specificità regionale e pertanto, si confrontava col *ius commune* considerato nel suo complesso di diritto delle genti, oppure poteva indicare l'insieme di tutto il diritto scaturito da una riorganizzazione delle fonti in cui tanto il *ius commune* che il *patrium* erano ricompresi. Per un quadro generale cfr. *Il Diritto patrio tra diritto commune e codificazione*, cit., di cui si segnalano, in particolare, i saggi di Birocchi, *La formazione dei diritti patrii nell'Europa*, cit., (pp. 28-29 per la citazione) e K. Luig, *Il diritto patrio in Germania* (pp. 91-100). Per l'espressione diritto romano assoluto, cfr. U. Nicolini, *Autonomia e diritto proprio nelle città italiane del Medioevo*, in K. Luig – N. Horn – A. Söllner (curr.), *Festschrift für H. Coing*, Munchen 1982, I, p. 249. Ancora di Luig, si vedano: *Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechts*, in H. Coing (cur.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1974, p. 217; Id., *Universales Recht und partikulares Recht in den "Meditationes ad Pandectas" von Augustin Leyser*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Milano 1980, pp. 89-90 e H. Schrage, *Traditionibus et usucapionibus non nudis pactis domina rerum transferuntur. Die Wahl zwischen dem Konsens- und dem Traditionsprinzip in der Geschichte*, in M. Ascheri (cur.), "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert", Köln-Weimar-Wien 2003, pp. 913-958.

<sup>12</sup> R. Hooykas, *Humanisme, Science et Réforme*, Leyden 1958; M. Walzer, *The revolution of the saints: a study in the origins of radical politics*, Cambridge 1982, spec. pp. 66-116 e, da ultimo, J. Witte, *The reformation of rights: law, religion, and human rights in early modern Calvinism*, Cambridge 2007.

<sup>13</sup> Varie le testimonianze che consentono di fare luce sul punto: P. Christianaeus, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones*, Antverpiae 1661, Tit. IV, *De transactionibus*, dec. XCVI, 97 e dec. XCVII, 98-99; A. Vinnen, *Tractatus varii, nempe de pactis, jurisdictione, collationibus, et transactionibus*, Venetiis 1801, Cap. I, n. 7, 118, per la Frisia, U. Huber, *Eunomia romana, sive censura censurae juris justinianaei, continens examen praecipuorum juris locorum, secundum Pandectas et Institutiones*, Franequerae 1700, pp. 124-126. Per la letteratura, cfr. M. Ahsmann, *Teaching the ius hodiernum: legal education of the advocates in the northern Netherlands (1575-1800)*, in "Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis", LXV (1997), pp. 423-457, pp. 428-429.

<sup>14</sup> K. Luig, *Humanism und Privatrecht*, in *Vestigia iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60.*, Verlag 1992, pp. 285-301.

Ovviamente, non sempre gli obiettivi prendono forma in modo lineare. Ma un dato è certo: il perentorio richiamo ai fondamenti della lezione greca contestava apertamente gli errori del passato; interrogarsi sulla principale funzione cui il *ius* presiedeva era, dunque, segno di una consapevole presa di coscienza al passo coi tempi.

Il dibattito accademico aveva del resto dimostrato di essere ancora lontano dalla risoluzione della questione transattiva. Nulla, quindi, impediva di risollevarla alla ricerca di nuovi epiloghi.

## 2. *Non quia romanum sed quia ius*

Come noto, la definizione della transazione tratta dagli omonimi titoli di Codice e Digesto deponeva per una visione ampia dell'istituto, riferibile tanto a rapporti in contestazione che incerti. La l. *qui transigit* (D. 2.15.1)<sup>15</sup>, alla base di questa doppia tradizione testuale, indicava infatti quali requisiti essenziali sia la *res dubia* che la *lis incerta*. In questo contesto dialettico, l'ampiezza dell'*incertitudinis genus* si era perciò rivelato un passaggio determinante per la qualificazione del negozio, dividendo la dottrina fino all'umanesimo giuridico<sup>16</sup>.

Le considerazioni introduttive all'asciutto, ma denso *Tractatus de transactionibus*<sup>17</sup> di Arnold Vinnius, il *Commentario alle Pandette*<sup>18</sup> di Johann Voet, così come i punti di snodo della trattazione di Gerard Noodt<sup>19</sup> ripartono dunque, nella scrittura dell'intricato

<sup>15</sup> *infra*, nota 20.

<sup>16</sup> In merito alle posizioni di glossatori, commentatori, tardi epigoni del *mos italicus* ed esponenti della scuola culta ci si permette di rinviare S. Parini Vincenti, *Transactionis causa*, I, Milano 2011, pp. 73-78.

<sup>17</sup> Anoverati fra le pubblicazioni 'minori', i *Trattati* ebbero una larga eco all'estero. Distribuiti in un unico volume ed inerenti patti e transazioni, collazioni e giurisdizione furono stampati ad Amsterdam per la prima volta nel 1651 con il titolo di *Tractatus IV academico-forenses*. Mai più riediti in questa veste (esiste la menzione di una ristampa del 1661, ma pare trattarsi di un errore), furono, dapprima, accorpati all'edizione della *Jurisprudentiae contractae sive partitionum iuris civilis*, stampata a Rotterdam nel 1654 (da me consultata, però, nell'edizione Venetiis 1798). Dieci anni più tardi, infine, una nuova edizione venne realizzata unendo ai Trattati anche le *Selectae iuris quaestiones*, sotto il titolo onnicomprensivo di *Tractatus quinque*, riediti più volte con varie aggiunte e tagli. Un esauriente resoconto con tavole esplicative delle ristampe di Vinnen si legge in Feenstra – Waal, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, cit., pp. 33-35 e pp. 112-114. Con alcune imprecisioni sottolineate da Feenstra, un catalogo si ha anche in Roberts, *A South African Legal Bibliography*, cit., pp. 315-317. Infine, per un richiamo alle fonti cfr. Vinnen, *Tractatus de transactionibus*, cit., Cap. I, 118.

<sup>18</sup> Pubblicato circa sessantanni dopo il lavoro sulle Istituzioni del Vinnen, il *Commentarius ad Pandectas* di Johann Voet, edito in due volumi in folio tra il 1698 ed il 1704 (Feenstra – Waal, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, cit., nota 170, p. 41), conobbe una grandissima fortuna, numerose ristampe, svariate traduzioni ed un compendio (*Supplementum* - t. III - relativo ai libri I-XI, curato da J. van der Linden). I *Commentarii*, degni di nota per la loro particolare struttura (non considerano, infatti, le singole *leges* dei Digesta, ma si limitano ai titoli, facendo poi seguire all'esame della disciplina romanistica un'approfondita sintesi del diritto moderno), vedono l'allegazione di una ricca galleria di selezionate autorità con l'*Inleiding* di Grozio al posto d'onore, senza tuttavia tralasciare la *Dutch practice science* rappresentata da Groenewegen, Christianeus e Neostadius, i predecessori (Vinnen, van Leuween, ed lo stesso padre dell'Autore, Paulus Voet), oltre ai più grandi umanisti ed a qualche esponente della dottrina tradizionale.

<sup>19</sup> G. Noodt, *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus. Liber singularis*, in *Opera omnia*, t. II, Coloniae Agrippinae 1763, pp. 421-488. L'attenzione al tema è piuttosto forte in questo autore che si sofferma sulla transazione, oltre che nel testo appena citato, anche nel *Diocletianus et Maximianus, sive De transactione et Pactione Criminum, Liber singularis*, (sempre in *Opera Omnia*, To. I, pp. 235-255), ed, infine, nel sintetico commento dell'omonimo titolo del Digesto (2.15), To. I, 57.

‘romanzo’ della storia transattiva, da tali linee narrative parallele che, ancora nel Seicento, continuavano a porre significativi problemi di ordine sistematico e logico-linguistico.

Quanto ai primi, infatti, il passo ulpiano (D. 2.15.1)<sup>20</sup> non solo scontava una certa indeterminatezza nel catalogare le più varie tipologie di *transactiones* che descriveva<sup>21</sup>, ma non esprimeva nemmeno un chiaro riferimento all'*actio* quale presupposto della figura dell'*obligatio transactionis*<sup>22</sup>.

Una capillare opera di restauro filologico, nei desideri di Vinnius, avrebbe dovuto meglio precisare il significato dell'esposizione dello scolarca.

La persistente vitalità della questione, che faceva leva sulla possibile interscambiabilità dell'incertezza con la *lis*, induceva a ricercare una lettura unitaria per orientarsi nel labirinto delle condotte obbligatorie, in vista della specificità della transazione. Ma vediamo esattamente cosa cambia.

«Si originem et compositionem spectamus» – proseguiva il giurista olandese – non vi sarebbero elementi particolarmente significativi da segnalare rispetto alle trattazioni già svolte sino al Cinquecento, poichè «verbum *transigere* [...] idem significat, quod ultra agere, sive transadigere [...] atque traslatum [...] ut idem sit *transigere* quod negotium conficere, expedire, finire»<sup>23</sup>.

Tuttavia, se l'attenzione si fosse appuntata sull'uso dell'istituto, enfatizzando di esso le antinomie fra diritto romano e norme nazionali, allora anche la logica dell'esposizione avrebbe dovuto necessariamente mutare «et non gratuita rei dubiae decisio facta conventionem partium accipitur pro *transigere*»<sup>24</sup>.

In questa seconda definizione trova, infatti, adeguato riscontro il peso dell'elemento volitivo che, al pari della *rei incertitudo*<sup>25</sup> e dell'onerosità<sup>26</sup>, differenzia la transazione dalla sentenza<sup>27</sup> e dallo *jusiurandum*<sup>28</sup>, identificandone la sostanza.

<sup>20</sup> Il passo: D. 2.15.1 (*Ulpianus libro quinquagesimo ad edictum*). *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit.*

<sup>21</sup> «atque hinc factum est, ut Latinis, praesertim autem juris nostri auctoribus, verbum *decidere* usurpatum sit pro *transigere* [...] ex quo est litis decisio pro transactione [...] sed non satis subtiliter mea quidem opinione» (Vinnen, *Tractatus de transactionibus*, cit., Cap. I, n. 4, 118).

<sup>22</sup> Nella cultura giustiniana il *vinculum iuris* consegue ad un *necessitate adstringi*, la *obligationum substantia* implica dunque un *obstringi ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. Ne deriva che questa collocazione della transazione, formulata nell'ottica di un'esposizione istituzionale, se non esclude del tutto il *necessitate adstringi*, o comunque, l'*adstringi ad dandum, faciendum, praestandum*, si risolve nella soggezione all'azione, lasciando altresì aperta la possibilità che possa ritenersi integrata, di volta in volta, l'equivalenza tra *obligatio* presidiata dall'azione e *obligatio naturalis*: per maggiori approfondimenti cfr. C.A. Cannata, *Le definizioni*, in *Scritti scelti di diritto romano*, XVI. *Le definizioni romane dell' 'obligatio'*. *Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, Torino 2011, I, p. 142 e ss.

<sup>23</sup> Vinnen, *Tractatus de transactionibus*, cit., Cap. I, nn. 1-2, 117.

<sup>24</sup> Ivi, n. 3, 118.

<sup>25</sup> «Discrimen in duobus positum: transactio semper est de re dubia et incerta, nam quod dicitur in l. 32 *Codex hoc titulo* dicitur de certa re, pactum transactionis interponitur, id non de re indubitata, sed de una aliqua re aut lite intelligendum est, ut ex ipso contextu patet» (Ivi, n. 5, 118). Ma siccome anche una pattuizione su di una questione litigiosa è possibile, Vinnen si affretta ad attribuire a questo requisito il ruolo di *character non perpetuus*.

<sup>26</sup> Questo sì che viene considerato *character perpetuus*, al punto che laddove un patto (*si alicubi pactum*) «dicatur fieri aliquo dato vel retento aut promisso, ibi pactio sive pactum latiore significatione ponitur pro transactione» (Ivi, n. 6, 118).

<sup>27</sup> «intelligimus transactionem non esse nisi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit auferat, neque rursus totum amittat, sed de summa quae petitur deceditur aliquid [...] neque aliud est in

Senza dubbio – Vinnius di certo non lo ignorava – molti erano gli ostacoli da superare, molti gli errori ed i vizi che avevano impedito sino ad allora un'interpretazione coerente e funzionale dell'istituto: fra tutti la *definitio*, a suo giudizio imprudente, elaborata da Wesembeck<sup>29</sup>.

Ma ciò che più preoccupava il giurista di Monster era il modo confuso, discontinuo e frammentario usato per organizzare una materia, indubbiamente complicata, che avrebbe invece potuto costituire un valido espediente per superare l'*empasse* della causa contrattuale in un momento difficile, in cui «moribus nostris fere confusa sunt pactionum et transactionum nomina»<sup>30</sup>.

Meglio perciò indicare soltanto le linee tematiche generali emergenti dalla compilazione, e legarle ai modelli *quae in usu utuntur* in quelle nuove aree culturali nelle quali patto e contratto non erano *genera transactionis*, ma solo specifici *modi transigendi*<sup>31</sup>.

Nessun dubbio, almeno per il migliore allievo del Tuningius<sup>32</sup>, che le griglie concettuali romane andassero ora disposte entro impianti più moderni, protesi a sanzionare il concetto di reciprocità causale nei contratti *hinc inde* onerosi<sup>33</sup>.

Considerazioni originariamente sotto traccia, queste ultime, che vengono ripensate e messe in più chiara luce nell'*Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus* di Noodt<sup>34</sup>. A giudizio del *doctor* di Franeker sarebbe addirittura il confronto fra la *littera florentina* e *holandrina*<sup>35</sup> a suffragare una nuova lettura della *l. qui transigit*.

---

proposito est transigere, quam rem dubiam litemve incertam *consensu terminare* [...] quibus verbis transactio distinguitur a sententia et decisione judiciali» (Ivi, n. 2, 117 e n. 3, 118).

<sup>28</sup> «quia in iurejurando non intervenit mutua compensatio, quae in transactione desideratur» (Ivi, n. 2, 117, ma anche Vinnen, *Jurisprudentiae contractae*, Venetiis 1798, Lib. IV, Cap. XI, *De transactionibus*, 341).

<sup>29</sup> Secondo Wesembeck era inutile approfondire il ruolo dell'incertezza, ricercandolo nella *lis*, per un rinvio cfr. il già citato *Transactionis causa*, I, p. 93.

<sup>30</sup> «adhaec cum moribus nostris fere confusa sunt pactionum et transactionum nomina, ideoque de re certa promiscue et pacisci et transigi soleat. Ideo explosa Romani juris scrupolosa subtilitate, secundam hujus paragraphi partem abrogandam censeo» (Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, cit., pars. II, *Tit XV. De Transactionibus*, l. 7, post §. *si fideiussor*, 94).

<sup>31</sup> Vinnen, *Tractatus de transactionibus*, cit., Cap. I, n. 5, 118.

<sup>32</sup> Arnold Vinnen (1588-1657), meglio noto con la traduzione latina del suo nome, Vinnius, nato a Monster, compì i suoi studi nell'allora ancor giovane ateneo di Leida come allievo di Tuningius, a propria volta già allievo di Doneau. Morto improvvisamente Tuningius, e quindi rimasto scientificamente orfano, Vinnius concluse il suo percorso formativo sotto la guida di Bronckhorst, addottorandosi nel 1613. cfr. Feenstra – Waal, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, cit., p. 24 e, più in generale, pp. 24-35, pp. 52-69.

<sup>33</sup> Ivi, Cap. V, *De notis et causis obligationum ex contractu*, pp. 109-110, spec. 's', p. 109.

<sup>34</sup> Scritto negli anni della maturità (1713-1724), il commento *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus liber singularis* (in *Opera omnia*, t. I, Coloniae Agrippinae 1763) rappresenta una sorta di monografia, forse fra le migliori a giudizio di van den Bergh (*The life and the work of Gerard Noodt (1647-1725). Dutch legal scholarship between humanism and enlightenment*, Oxford 1988, pp. 255-262) all'interno della collezione completa delle sue opere. Lungamente meditato, come dimostra una conversazione con van Bijnkershoeck risalente già al 1701, il testo vide effettivamente la luce solo dieci anni più tardi, nel 1710, per essere poi definitivamente pubblicato nell'*Opera omnia* nel '13.

<sup>35</sup> Noodt, *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus*, cit., Caput III, 427a. La puntigliosità dell'autore è estrema. Non si accontenta, infatti, di riferirsi ai *verba Ulpiani*, ma ricorre in egual misura alla lezione *florentina* del Torelli (1533) e all'edizione completa delle fonti giustinianee dell'Haloander composta tra il 1529 ed il '31, senza nemmeno scordare un'incursione nei *Basilici*, pubblicati peraltro in latino dal Fabrot. La traduzione latina del passaggio 'incriminato' (Bas. 11.2.1) si legge in C.G.E. Hembach, *Basilicorum libri LX*, Lipsia 1833, (rist. digitale, M.A. Fino), I, *De transactione et errore calculi et de alimentis*, Lib. XI, Tit. II, l. I,

Scrittore e giurista disposto a battere vie e sentieri già percorsi da antichi e moderni, Noodt reclamava al vertice del proprio palinsesto operativo un'*unica methodus* per l'approccio alle fonti: «volente utilitate tuendae pacis utcumque servari pacta conventa quibus lis sine dolo malo finiatur»<sup>36</sup>, il nodo decisivo era porre fine alla generale confusione.

In un gioco sottile di avversative, la materia compositiva diviene, quindi, nelle sue pagine impietoso specchio del più generale disordine imperante nella giurisprudenza medievale. Pesanti interrogativi sui presupposti della transazione denunciano l'opportunità di metterne a nudo l'essenza: evidentemente una sola – *unius et eiusdem rei* –, al di là dei diversi modi legittimamente previsti per la sua conclusione, ed oltre i contenuti inseribili in ogni singolo e specifico accordo.

E se il suo giudizio si accodava a quello corrente, il *vir celeberrimus*<sup>37</sup> guardava alla problematica con un approccio inusuale, trasformando il retroterra culturale degli umanisti in un arsenale di argomenti utili a riconsiderare il significato della lezione greca e ad approfondire criticamente il valore della replicazione del *transigit*<sup>38</sup>; altro nodo da sciogliere per chi, alla ricerca di una definizione dell'istituto, avesse voluto ricavarla dalla millenaria coppia di frammenti D. 2.15.1 e C. 2.4.38.

Solamente giovandosi di un uso alternativo dell'interpunzione, nonché della posizione assegnata alla virgola – cioè dopo *paciscitur*<sup>39</sup> o, piuttosto, dopo *donationis causa*, secondo l'incontrastata lezione di François Duaren<sup>40</sup> – si sarebbe giunti al vero significato delle parole di Ulpiano.

Lo stesso avrebbe potuto dirsi anche per l'uso degli apici utilizzati in occasione della ripetizione del termine *transigit*<sup>41</sup>. Per salvare la *calliditas* stilistica del giurista severiano e

665, ma per un controllo si può vedere anche C.A. Fabrot, *Των Βασιλικών βιβλία*, in *VII tomos divisi*, t. I, Parisiis 1647, *De transactione et errore calculi*, 770.

<sup>36</sup> «non datur aut promittitur sine causa» (Noodt, *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus*, cit., Caput. III, 429a).

<sup>37</sup> Così lo definisce Schulting, (A. Schulting, *Iurisprudentia vetus Ante-Justiniana ex recensione et cum notis*, Lipsiae 1737, Tit. I, *De pactis et conventionibus*, n. 2, p. 218).

<sup>38</sup> Una vecchia quanto irrisolta questione. Nella prima ipotesi, infatti, la contrapposizione fra *pacisci* e *transigere* andava a collocarsi sull'irriducibile differenza dell'oggetto, rispettivamente la *res certa et indubitata* contro la *res dubia*, e/o la *lis incerta neque finita*. Nell'altra, all'opposto, la differenza avrebbe quasi esclusivamente insistito sulla gratuità dell'attività del *pacere*, in rapporto alla necessaria onerosità del *transigere*. Sulle incertezze del frammento già M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936, mentre per un resoconto aggiornato cfr. M.A. Fino, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004, pp. 38-40.

<sup>39</sup> «ita Florentiae interpungit Taurellius, etiam Haloander, nec aliter legisse videntur Graeci *Basilicorum libri XI, tit. 2., tom. 1.*, p. 770 si vere [...] non inspicior vitio humanae memoriae aliquando idem esse bis scriptum [...]» (Noodt, *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus*, cit., Caput. III, 427a).

<sup>40</sup> F. Duaren, *Opera Omnia*, Lucae 1765, To. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Caput VIII, *De foro competentis, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 306 e, per un'esegesi testuale più profonda: *De pactis*, Caput VII, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 95 e 97.

<sup>41</sup> I punti controversi erano fondamentalmente due ed inerivano 'quasi de re dubia et lite incerta neque finita' *transigit* (A. Corbino – B. Santalucia (curr.), *Justiniani Augusti Pandectarum. Codex florentinus*, I, Firenze 1988, I, 52v) che, lasciando fuori dall'inciso la reiterazione del verbo *transigit*, avrebbe causato forte incertezza circa il suo valore, e l'incomprensibile uso della punteggiatura. L'imbarazzante iterazione del *transigit* nel corso del tempo aveva infatti condotto a letture diverse della fattispecie. La prima legata psicologicamente al dubbio circa *res* o la *lis*; un'altra, maggioritaria, proposta dalla Glossa, e seguita da Duaren, tesa invece a sottolineare le differenze dei negozi contrapposti (*pacisci-transigere*), sia in ordine all'oggetto che,



allo stesso tempo risolvere il problema, Noodt proponeva un compromesso: l'uso di una litote («utitur figura quae 'litotes' vocatur»)⁴², con la quale Ulpiano «minus dicit[ur], et plus significat[ur]»⁴³.

Se la teoria doveva piegare verso la pratica, e viceversa, anche la definizione di ogni negozio avrebbe dovuto essere ricavata dal *genus* di partenza, esplicitandone le proprietà generali, per poi giungere ad identificare quelle unicamente adattabili alla *transactio*. Solo in questo modo sarebbe stato possibile fissare le intelaiature portanti e catalogare, in ragione della *causa expressa*, ogni *conventio*⁴⁴.

È chiaro che ciò apriva la discussione anche sui limiti entro cui riconoscere validità al patto e, quindi, all'articolazione dell'intero principio. Ma il campo era più libero di un tempo.

Diminuita la distanza storica tra *ius civile* e *mores*⁴⁵, nel difficile e drammatico transito tra categorie giuridiche consolidate e nuove concezioni, che appiattivano persino la storica partizione fra *contractus* e *pacta*, la costruzione di un *systema* coerente ed organico⁴⁶ contestava alla prestazione materiale la funzione di causa contrattuale assegnandola, ora, all'*utilità* ritraibile dalla composizione.

Del resto, proprio in sede di commento al *De pactis*, anche Voet si era affrettato a sgombrare il campo da spiacevoli equivoci, chiarendo, sulla base della disciplina olandese più autorevole⁴⁷, come il trovarsi di fronte ad un patto o ad un contratto non dipendesse tanto dalle parole o dalle formule utilizzate per concluderlo, bensì dalla reale intenzione delle parti contraenti: «dicitur *hodie* ex pactis nudis, serio ac deliberato animo interpositis, aequae ac ex contractibus, actionem nasci»⁴⁸.

Sentieri analoghi percorreva, in Frisia, Ulrich Huber. Più specificamente, se era ormai incontestato che «de rebus certis non recte transigitur», e che l'incertezza fosse dovuta all'alea del giudizio, il fulcro di tutta l'impalcatura negoziale doveva per forza ruotare intorno ad un altro cardine⁴⁹.

Il vero protagonista diventava allora *qui transigit*, colui, cioè, che compie l'azione qualificante, perché spettava all'attore la decisione di prevenire o chiudere anticipatamente

---

soprattutto, alla gratuità ed onerosità del trasferimento, e quindi al titolo.

⁴² Noodt, *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus*, cit., Caput. III, 428.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Senza identificarle per forza né nelle *passiones*, né nei *contractus*, poiché sarebbe assai difficile che «unius et ejusdem rei duplex esse potest genus» (Vinnen, *Tractatus de transactionibus*, cit., Cap. I, n. 5, 118).

⁴⁵ L.T. Maes, *Resum de la historia del derecho en los antiguos Países Bajos españoles*, in "Anuario de historia del derecho español", XXIV (1954), pp. 7-55; F. Carpintero Benitez, *Del derecho natural medieval al derecho natural modern: Fernando Vasquez de Menchaca*, Salamanca 1977 e Birocchi, *Autonomia privata tra ordini e mercato*, cit., pp. 145-146.

⁴⁶ P. Cappellini, *Systema iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della 'scienza' delle pandette*, Milano 1984, pp. 175-323 e Mazzacane, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi*, cit., pp. 214-216.

⁴⁷ Voet, *Commentariorum ad Pandectas, Libri quinquaginta*, Venetiis 1804, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 9, pp. 202-203, oltre che Tit. XV, *De Transactionibus*, nn. 3-4, pp. 213-214 = *Commentarius ad Pandectas*, To. I, Venetiis 1775, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis* n. 9, 94 e Tit. XV, *De Transactionibus*, nn. 3-4, 99-100, edizione d'ora in avanti utilizzata quale testo di riferimento.

⁴⁸ Voet, *Commentarius ad Pandectas*, cit., To. I, Lib. II, Tit. XIV, *De pactis*, n. 9, 94.

⁴⁹ Spiega, infatti, che: «ex omni promissione facta, cum clara significatione voluntatis de jure proprio in alterum conferendo, ex ratione juris, nasci vim obligandi», (H. Huber, *Praelectionum Juris Civilis tomus tres*, Neapoli 1784, Lib. III, Tit. XVI, *De verborum obligationibus*, n. 2, 294 e, per la citazione *ivi*, (a), 293).

la lite, dal momento che «effectus transactionis est, quod litem dirimat, habeat vim rei iudicatae ac jusiurandi inter transigentes»<sup>50</sup>. Una valutazione, questa, non certo di sapore antiquario ma che ‘strizzava l’occhio’ alle riflessioni di Glossatori e di Commentatori, da sempre assertori di una *transactio* solo *ex parte actoris*.

Al contrario, volendo vedere al di là di quanto le etichette siano disposte a concedere, quello che il *Roman-Dutch Law*<sup>51</sup> tendeva a portare in luce era un legame più solido tra autenticità storica e valore precettivo del costrutto ulpiano<sup>52</sup>. Il tutto oltre il tenore letterale di un frammento che, fra le poche certezze, indicava come scopo primario del transigente il timore di un futuro incerto<sup>53</sup>, contrapponendovi il valore tombale del giudicato<sup>54</sup>.

In questa problematica ricostruzione, il fatto che la *transactio* non si facesse *gratis* o *donationis causa* non era più il nocciolo della discussione. La *causa finale* si spingeva ben oltre il reciproco corrispettivo delle parti, anche perché il titolare della pretesa ed il suo contestatore non potevano collocarsi sullo stesso piano, nemmeno per soddisfare quella corrispettività materiale necessaria affinché si potesse veramente ravvisare il sinallagma.

Per poter discettare della natura contrattuale della transazione, ammesso che fosse ancora necessario farlo, si doveva perciò guardare altrove, talvolta spingendosi a richiamare le specifiche e singole decisioni giudiziali<sup>55</sup>. Ed ove fosse in qualche modo ritornato in auge il *remittere* di accursiana memoria, non vi sarebbe più stata alcuna necessità di sottintendere rispetto ad esso il *dare*.

Nel progetto didattico ‘elegante’, insomma, la rappresentazione giuridica della *transactio* collocava la propria essenza nell’azione di colui che, rimettendo l’azione, non intraprendendola o abbandonandola se già intrapresa, soddisfaceva il vantaggio concreto ed effettivo che ogni transigente sempre si prefigge: sottrarsi all’alea di un giudizio e delle relative spese, evitare un’eventuale soccombenza ed, infine, le preoccupazioni ed i patemi d’animo, solo in parte ricompensabili da una completa riuscita giudiziale.

Al di là delle apparenze, e forse anche di qualche fraintendimento storiografico, tutte queste ampie, insistenti ed argomentate esposizioni miravano alla stabilità dell’accordo compositivo, ad assicurare la maggiore effettività possibile ai due poli di un equilibrio speculare – *commune et hodiernum* – ancora troppo contigui per essere completamente superati.

### 3. La transazione ‘azionabile’ nella *Pratica giuridica*

Nel clima di generale comparazione, cui spingeva la stessa natura dei diritti romano-

<sup>50</sup> Voet, *Commentarius ad Pandectas*, cit., To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, 109.

<sup>51</sup> L’espressione *Roman-Dutch Law* fu coniata da Simon van Leuween e dallo stesso utilizzata come sottotitolo dei *Paratitla Juris Novissimi*, pubblicati a Leida nel 1652. Successivamente ripresa, divenne questa volta il titolo della sua opera più grande e meglio conosciuta, ovvero: *Roomsch Hollandsch Recht* (stampata nel 1664, tradotta come *Commentaries on the Roman-Dutch law*, by C. Isaakszoon, London 1820, e da me consultata in questa versione, riedita nell’edizione sudafricana di Sir J.G. Kotze, London 1881-1886).

<sup>52</sup> Voet, *Commentarius ad Pandectas*, cit., To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, 109.

<sup>53</sup> Noodt, *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus*, cit., Caput. III, 428a. Leggiamo le stesse parole in Vinnius (*Tractatus de transactionibus*, cit., Cap. I, n. 3, 118).

<sup>54</sup> Voet, *Commentarius ad Pandectas*, cit., To. I, Lib. II, Tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, 109.

<sup>55</sup> Un classico dell’opera di Groenewegen, ove si parla di *Gallorum moribus*, ma anche di *Suprema Curiae Hollandiae* (*Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, cit., pars III, *Quae est ad Codicem*, l. 42, *de falsis*, 427).

olandese e romano-frisone, la necessità di una revisione della materia delle obbligazioni era, infatti, un problema assai sentito, quasi quanto la ristrutturazione del sistema processuale<sup>56</sup>.

Non di minor peso era poi la discussione sul valore da attribuire ai *mores hodierni*, vera cartina tornasole di una rinnovata gerarchia delle fonti, finalmente rispondenti alle richieste dei ceti emergenti nelle città<sup>57</sup>.

Dalla consapevolezza dei limiti della dottrina più risalente e della dimensione autoritativa giustiniana, prendono dunque corpo una serie di riflessioni finalizzate a colmare le lacune più evidenti di un ordinamento, in cui l'inazionabilità dei patti era sicuramente l'epicentro problematico<sup>58</sup>.

Una *nova opinio*, formatasi *on the essence of a perfect obligation*<sup>59</sup>, rompe la passività psicologica della *scientia juris*. Nel Cinquecento si erano infatti levate solo alcune coscienze più vive e culturalmente vigilianti<sup>60</sup>, ma già nel 1602 le *Enantiophanon Centuriae* di Everard Bronckhorst<sup>61</sup> denunciavano la vacuità del basso profilo da sempre tenuto in tema di *libertas oris*<sup>62</sup>, dimostrando la necessità di un raffronto critico fra i testi del *Corpus* e le

<sup>56</sup> J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948<sup>3</sup>, pp. 310 ss.

<sup>57</sup> Si trattava di una cultura in cui convivevano tradizione romanistica, attenzione al *ius hodiernum* ed un *usus modernus* piegato alla prassi. In questo contesto, stretto era dunque il legame che univa le opere romanistiche a quelle dedicate al diritto patrio. Fra le molte opere, largo successo lo ottenne il *Commentariorum de iure novissimo libri sex* di Pierre Gudelin (*Opera omnia*, Anteverpiae 1685, pp. 1-272) edito, in Italia, fino al XIX secolo; il *De legibus abrogatis* di Simon Groenewegen, autore meglio noto per le annotazioni all'*Inleiding* di Grozio; la *Censura forensis* ed il *Roomsch Hollandsch Recht* di Simon di van Leuween. Per tutti, cfr. Van Oven, *Le droit romain aux Pays Bas*, cit., pp. 25-55; W.J.M. van Eysinga, *Quelques observations sur Grotius et le droit romain* in *Symbolae ad ius et historiam antiquitatis pertinentes* J.C. Van Oven dedicatae, (*Symbolae van Oven*), Leiden 1946, pp. 401-410; R. Van Caenegem, *Le droit romain en Belgique*, in *Ius Romanum Medii Aevi*, pars V, b, Mediolani 1966. Il legame fra diritto comune e patrio, invece, è sottolineato da H. Mohnhaupt, *'Europa' und 'ius publicum' im 17. und 18. Jahrhundert*, in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte: Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, C. Bergfeld – H. Coing hrsg., Frankfurt am Main 1982, pp. 207-232.

<sup>58</sup> La storiografia ha, infatti, collegato con una certa insistenza in queste aree la sanzionabilità giudiziale del patto con la pratica affermazione del diritto nazionale (Cappellini, *Systema iuris*, cit., pp. 126 e ss.).

<sup>59</sup> *Institutes of Holland* (translated by Juta, p. 187) di Johannes van der Liden. «The essence of a perfect obligation is: 1. That it has a lawful cause of origin; 2. That the contracting parties are capable of binding themselves; 3. That the thing is contracted for being made the subject of an obligation».

<sup>60</sup> Il pensiero corre a Wesembeck che, senza perdersi nelle nebbie dello scopo obbiettivo della funzione economico sociale delle *'conventiones'*, non solo aveva cercato di mettere ordine nella catalogazione di queste ultime, attribuendo alla *conventio* valore generale («ad omnia pertinens, de quibus negocij contrahendi transigendique causa consentiunt») assimilandola al *pactum*, ma aveva altresì provato a chiarire quale potesse essere la reale portata delle dottrine sulla causa. Se, infatti, le tesi corrispettivistiche di Connan, si erano rivelate fortunate, agli occhi Wesembeck non apparivano del tutto solide. Per il professore di Anversa tre soli erano gli elementi essenziali di ogni convenzione: il consenso delle parti, la cosa di cui si disponeva, ed un prezzo, o una ragione, per cui quest'ultima passasse in qualche modo dall'uno all'altro. La causa *efficiens propinqua* era infatti rappresentata dalla volontà di obbligarsi; quella *remota* rappresentava, invece, la «lex quae eiusmodi consensum approbat [...] et ad obligandum vult esse efficacem» (n.5, 166); la materia «omnes res quae in commercium existunt» (n.6, 168). In un simile discorso vi era pertanto ampio spazio per affermare che «hodie [...] ita usus observat ut indistinte ex pactis nudis serio et deliberate initis etiam in foro civili detur actio» e quindi anche per scrivere in merito alla transazione: «arbitror transactionem dici contractum posse» (Wesembeck, *In Pandectas Iuris Civilis*, cit., *De transactionibus*, Tit XV, 200A).

<sup>61</sup> E. Bronckhorst, *Enantiophanon, Centuriae Sex, Centuria I, Assertio XXXIX*, Hardervici 1652, pp. 49-51.

<sup>62</sup> *Ibid.*

disposizioni della giurisprudenza locale al fine di stabilire che «ex omni conventione serio pacta et conclusa de re licita, oritur actio»<sup>63</sup>.

Disposto a proiettare nella ricerca erudita il punto di partenza per il recupero delle fonti, il giurista ‘elegante’ vedeva nel giusnaturalismo un nuovo paradigma e dietro ogni convenzione una «debita agendi causa, duorumque in idem consensus, ut unus alteri quid det aut faciat»<sup>64</sup>. Insomma, diritti e azioni avevano ancora un nome latino<sup>65</sup> ma, secondo Simon Groenewegen, il loro contenuto era diverso, il sistema aperto, e la differenza fra *actio utilis* e *directa* quasi totalmente scomparsa<sup>66</sup>.

Fuori da ogni accademia, una rinnovata e più scarna pratica giudiziaria, sintetizzando il contenuto dell'*obligatio* nello *jus creditoris* e nell'*onus debitoris*, sollecitava da tempo la semplificazione dei criteri di adizione del giudizio al «jus persecuendi in iudicium quod sibi debetur»<sup>67</sup>, conducendo l'*actio praescriptis verbis* verso una sostanziale *desuetudo*<sup>68</sup>.

Sul versante sostanziale, invece, sparita la suggestione delle formule («hodiernis moribus confusa sunt pactorum et stipulationum jura»)<sup>69</sup>, il concetto di *jus civile* si modellava sulle esigenze dei diritti provinciali e statutari.

Al *Corpus iuris* non rimaneva, quindi, che un ruolo ordinante e comparativo<sup>70</sup>. Da

<sup>63</sup> Christianaeus, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum*, cit., II, *decc.* 96 e 238. Ma si vedano anche Goudelin (*Commentariorum de iure nouissimo libri sex*, cit., Lib. III, Cap. V, *Porro videamus*, 95) e Van Leuween (*Censura Forensis Theoretico-practica totius iuris civilis, Romani, usque recepti et practici, pars I*, Lugduni 1678, To. I, *De pactis et conventionibus*, Cap. II, nn. 2-3, p. 313).

<sup>64</sup> van Leeuwen, *Censura Forensis Theoretico-practica totius iuris civilis, Romani*, To. I, *De pactis et conventionibus*, cit., Cap. II, n. 1, pp. 312-313.

<sup>65</sup> «Et hinc actionum nomina fere in desuetudinem abierunt: quamvis plerique actionibus nos uti nullus in foro versatur in dubium revocare potest» (Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis*, pars I, *Imp. Iustiniani Institutiones*, Lib. IV, Tit. 6, *De actionibus*, *Rubr.* 57). Sul ruolo del *Tractatus* si veda Birocchi (*La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, cit., pp. 150-151). Riflessioni analoghe anche in J. C. de Wet, *Die ou Skrywers in Perspektief*, Cape Town 1988, pp. 135 e ss. Da ultimo, qualche delucidazione in L. Winkel, *Some remarks on Groenewegen's De legibus abrogatis and the reception of the roman law of sale*, in "Fundamina. A Journal of Legal History" (South Africa), VIII (2002), pp. 270-274.

<sup>66</sup> Cfr. D.G. van der Keessel, *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam*, Amsterdam-Rotterdam-Kaapstad 1961-1967, P. van Warmelo *et alii* (curr.), VI voll., *Praelectiones* ad 3.38.

<sup>67</sup> Huber, *Praelectionum Iuris Civilis*, cit., Lib. IV, Tit. VI, *De Actionibus*, n. 4, 392. Per un commento a tutto tondo, cfr. Van der Liden, *Institutes of Holland*, cit., pp. 280-422.

<sup>68</sup> «haec actio nostris et Gallorum moribus inutilis est et in desuetudinem abiit» (Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis*, cit., pars II, *Ad Digesta*, D.19.3.5, *De aestimatoria*, 182).

<sup>69</sup> «Moribus nostris ex nudo pacto non solum exceptionem, sed etiam actionem competere constat» (Ivi, D. 45.1.1, *De verborum obligationibus*, l. 1, 301; Ivi, pars III, *Quae est ad Codicem*, C. 2. 3.10, *De pactis*, l. *legem*, 424).

<sup>70</sup> A dar ragione dell'incontro fra diritto comune e del *jus* «quod in Germania evenit aut in Suprema Curia Hollandiae» riteniamo utili un paio di passi della *Censura forensis* dedicati, rispettivamente, a patti e convenzioni ed ai contratti innominati. Nel primo, van Leuween, ricordando le consuetudini della città di Anversa, nonché la prassi mercantile, oltre ad una nutrita serie di luoghi del *Corpus*, stabilisce l'unicità della causa obbligatoria, la sostanziale uniformità fra *pactum*, *pactio* e *conventio*, e la necessità dell'elemento causale, sopra ogni altro, per poter non solo azionare un accordo, ma anche perchè questo – *nomine deficiente* – possa essere a tutti gli effetti un contratto (nn. 1-3, 312-313). Non di minore portata è, però, il secondo, che, invece, ristabilisce i limiti ed i parametri operativi dell'*actio praescriptis verbis*, sintetizzandone la casistica applicativa e attribuendo l'operatività ad ogni accordo che abbia una causa sottostante (nn. 11-12, 356). Per tutto, van Leeuwen, *Censura Forensis Theoretico-practica totius iuris civilis, Romani*, cit., To. I, *De pactis et conventionibus*, Cap. II; *De contractibus innominatis*, Cap. XIII.

questo punto di vista, gli anni di Voet, che peraltro si avvale dei risultati del lavoro dei maggiori esponenti del *Roman-Dutch law*<sup>71</sup> – nonché della propria personale esperienza di docente di *ius hodiernum*, a Leida dal 1688<sup>72</sup> – appaiono i più fecondi testimoni dei cambiamenti di rotta nella cultura giuridica europea fra umanesimo e giusnaturalismo.

Ed è proprio Voet a fermare in proposizioni definitive i risultati di questa ampia e circostanziata meditazione sulla causa nei *pacta* e a misurare il cammino compiuto dai giuristi verso il superamento dell'incombente tradizione del metodo scolastico.

Sebbene, infatti, affondi le sue radici nello *ius naturale* e nell'*aequitas*<sup>73</sup> – da qui in poi un classico<sup>74</sup> – il tema transattivo, messo a fuoco da questo *novissimus compiler juris romani et practici*, non rispondeva più allo schema bipolare *contractus/pactum*, né alla distinzione fra *pacta actionem formantia aut non formantia*<sup>75</sup>.

Nel restituire un proprio e personalissimo schema, egli insisteva su altri requisiti per la tutelabilità della transazione, facendo leva sulla considerazione per cui «quod jure civili pacta semper servanda esse et grave esse fidem falli»<sup>76</sup>.

Voet non definisce né fornisce una speciale teoria<sup>77</sup>, ma non per questo i suoi passi appaiono vuoti, pigri o sciatti. Tutto il contrario: essi contengono elementi significativi, destinati a catturare il *sensus verborum Ulpiani* che si sostanzia nell'irrevocabilità; nel creare, cioè, una stabilità che va oltre la forza stessa delle legge, dando vita ad una disciplina così immutabile da resistere alla modifica, scoperta o sopravvenuta, persino di circostanze collaterali.

Insomma, nella Scuola olandese tutti gli sforzi sono diretti ad elevare, sul metro della funzionalità, l'architettura del negozio obbligatorio e le strutture delle singole fattispecie operative, come la nostra<sup>78</sup>.

<sup>71</sup> I riferimenti di Voet sono ricchi e circostanziati, a partire dalla citazione del lavoro di Grozio (*Inleiding tot de hollandsche rechts-geleerdheid* è del 1631) per proseguire con quello di van Leuween di vent'anni più tardi, senza scordare, peraltro né il contributo del proprio padre Paolo, né quelli, più risalenti di Groenewegen o di Goudelin.

<sup>72</sup> Insegnamenti di questo tipo si diffusero dalla prima metà del Seicento in Europa (per l'Olanda si ricordano le cattedre di Huber e, appunto, di Voet) e sarà per questa via che nel Settecento si passerà allo studio del *ius patrium*. Per riferimenti specifici all'area di nostra pertinenza, Ahsmann, *Collegia en colleges: juridisch onderwijs aan de Leidse Universteit 1575-1630*, cit.; van de Berg, *Holländische Elegante Schule*, cit., p. 62; Feenstra – Waal, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law*, cit., p. 38 e Birocchi, *La formazione dei diritti patrii nell'Europa*, cit. pp. 65-71. Uno sguardo al panorama europeo, invece, in I. Birocchi, *Insegnamento e pratica del diritto nel Seicento giuridico francese*, in *Panta rei*, II Roma 2004, pp. 277 e 294.

<sup>73</sup> «quoties enim inter duos pluresve lis est, inspiciendum ante omnia, an non municipalis aut provincialis juris scripti verbis, aut mente, atque sententia decisa sit. His deficientibus ad jura non scripta, inveteratas regionis consuetudines, recurrendum [...] Accuratam Romani juris scientiam hodie inutilem efficiunt [...] quo fundamento puto, quod Hollandiae ordines, reformato utroque, tam scabinico, quam aedomico [...] recurrendum esse» (Voet, *Commentarius ad Pandectas*, cit., To. I., D. 1.1, *De iustitia et iure*, nn. 2-3, 2).

<sup>74</sup> Cfr., a solo titolo di esempio, Christian Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium, ex sensu communi deducta*, Halae et Lipsiae 1718, (rist. anast. Darmstadt 1979) *Ad Cap. VII, De officio paciscentium*, § 1, 219.

<sup>75</sup> «caeterum si non haec circa pacta, actionem formantia aut non formantia, distinctiones necessariae prorsus essent, ad Romani juris genuinum intellectum, legumque sine hoc praecognitio [...] ex pactis nudis serio et deliberato animo interpositis aequae ac ex contractibus, actionem nasci» (Voet, *Commentarius ad Pandectas*, cit., To. I., D. 2.14, *De pactis*, n. 9, 94).

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ivi*, (n. 1, 99).

<sup>78</sup> «est enim utrimque par ratio servandae fidei» (*Ibid.*).

La centralità di tale collocazione che misura la distanza che separa l'opera di Voet dal commento alle *Institutiones* o dai *Tractatus* di Vinnius, conferisce alla prima una maggiore compiutezza ed un più ampio spessore rispetto ai secondi.

Con la stessa frondosa ricchezza che ispiravano i *verba Ulpiani*, quello che è considerato uno dei padri dell'*Usus modernus Pandectarum* fissa in un ordine intellegibile la *substantia transactionis*, preferendo alla catalogazione del contratto<sup>79</sup> la disamina della causa e degli effetti<sup>80</sup>: porre fine alla controversia e impedire il reiterarsi della disputa<sup>81</sup>. Per il resto, la sua attenzione si esprime attraverso rimandi, dotti, pertinenti e trasversali<sup>82</sup>.

Ciò che viene proposto, in buona sostanza, non è tanto quindi uno schema operativo inedito, quanto un'inattesa apertura all'applicazione concreta degli istituti.

Grazie alle indubbie capacità di giuristi che maneggiavano profili storici, elementi antiquari e aspetti razionali della scienza del diritto si pensava per le *conventiones* allo stesso percorso semplificativo già compiuto per le azioni processuali. L'idea generale era infatti quella di includere la varietà in uno schema di base romanistico, la cui tenuta, però, fosse direttamente proporzionale alla sua elasticità interpretativa ed alla sua capacità inclusiva di tutte le nuove realtà emergenti nella prassi.

Ma le maggiori conseguenze della *nova methodus* non possono essere rese efficacemente solo focalizzandosi sui lavori di commento ai testi del *Corpus iuris*, che scontano il riferimento obbligato al diritto romano, in un contesto che si voleva ormai nazionale.

Uno sviluppo più ampio si coglie nelle riflessioni sul diritto patrio che mantengono con il diritto romano quel rapporto di comparazione di cui si era parlato in apertura.

Tra queste indubbiamente spiccano, per la precocità delle intuizioni, l'*Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleertheit* di Ugo Grozio<sup>83</sup>, che in materia di *promissiones (toezegging)*<sup>84</sup>, e

<sup>79</sup> «pacto perfici potest, vel stipulatione, vel denique traditione: ita quoque sese res habet in transactione, quae proinde pactis quandoque annumeranda, si nudo consensu fiat; quandoque stipulationi, si intervenerit verborum sollemnitas, aliquando contractibus innominatis, si datione vel facto confirmatum sit, quod fuerat simpliciter de re dubia conventionione decisum» (Ivi, n. 1, 99).

<sup>80</sup> «hoc ipsum quod a lite disceditur causa videtur esse» (Ivi, n. 23, 110).

<sup>81</sup> «Effectus transactionis est quod litem dirimat, habeatque vim rei iudicatae ac jusiurandi inter transigentes [...] Ut tamen stricta recipiat interpretationem, sic ut non excedat negotia ac causas, de quibus nominatim concepta est, nec quantitatem pecuniariam de qua disputatum fuit» (Ivi, n. 21, 109). «Est etiam alius transactionis effectus, quod litium sopitarum favore tantam firmitatem habeat ut neque imperiali rescripto ruscitandae sint causae ita finitae [...] neque propter instrumenta noviter reperta retractari debeant, nec res iudicatae ex ea causa infirmandae sint» (Ivi, n. 23, 110).

<sup>82</sup> Cfr. *supra* ntt. 18 e 71.

<sup>83</sup> Risalente agli anni '20 del XVII secolo, viene pubblicata solo nel 1631 in lingua olandese. Fatta oggetto di grande fortuna tipografica, tradotta in latino (*Institutiones juris hollandici e Belgico in Latinum sermonem translatae a Joanne van der Linden*, Haarlem 1962) ed in inglese (*The Jurisprudence of Holland*, translated by R. W. Lee, Oxford 1926, reprint 1953), «was closely associated with the practice of the law of Holland and a chapter on the *Usus Modernus Pandectarum* in Netherlands». Di argomento privatistico, divisa in tre libri, viene considerata l'opera fondatrice del diritto romano-olandese. La sua migliore edizione critica è considerata quella di F. Dorving – H.F.W.D. Fischer – E.M. Meijers (curr.), Leiden 1952, ma l'uso più frequente si ha della versione latina di cui sopra. Per un quadro, relativamente alla problematica che qui interessa, Birocchi, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, cit., pp. 153-155, spec. nt. 79; Petronio, *Lotta per la codificazione*, cit., pp. 224 ss.; Feenstra, *Pact and Contract*, cit., pp. 205-208, da cui la citazione, e T. Repgen, Grotius redivivus. *Die Notwendigkeit einer neuen Übersetzung von "De jure belli ac pacis", erläutert am Beispiel der Auswirkung von Willensmängeln und nachträglich veränderten Umständen auf die Verbindlichkeit [Berichte und Kritik]*, in "Ius Commune", XXVI (1999), pp. 299-328.

<sup>84</sup> Una particolare attenzione al passo ed alla traduzione del termine olandese si coglie in Zimmermann, *The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, cit., p. 55; ma pare utile il richiamo anche di

più genericamente di obbligazioni, sottolinea, con un passaggio fatto oggetto di molte riflessioni critiche, la fonte del vincolo giuridico «by usage, o raised by the law»<sup>85</sup>, e successivamente, il *Tractatus de legibus abrogatis* di Simon Groenewegen del 1649<sup>86</sup>.

Né di minore importanza possono dirsi tanto la *Censura forensis* di Simon van Leuween<sup>87</sup>, di poco successiva (1662), ed il suo fortunato *Rooms Hollands Regt*, basato, in realtà, su di un lavoro giovanile, i *Paratitla iuris novissimi* (1652)<sup>88</sup>.

È soprattutto nel libro IV del suo corposissimo *Trattato di diritto romano-olandese* che egli si dedica alle obbligazioni<sup>89</sup>, diffondendosi sulla questione causale e sulla rilevanza dell'accordo fra le parti<sup>90</sup>.

Più si va a fondo nello studio del *Roman-Dutch Law*, e più si riconoscono i meriti di uno studio condotto sul diritto presente, per il quale il problema non era tanto la qualificazione del contratto, quanto, piuttosto, la ricerca di una «reasonable cause for the benefit for one's self or for another»<sup>91</sup>.

Mai come in quei tempi, in cui la tensione al ripristino coattivo dei diritti violati imponeva sforzi al mondo giuridico per allontanare lo spettro della guerra e della rappresaglia<sup>92</sup>, ebbero tanta importanza gli accordi liberamente conclusi.

Il mancato riconoscimento in giudizio dei *pacta nuda* non dipendeva per van Leuween

Birocchi, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus Pandectarum*, cit., p. 154.

<sup>85</sup> In relazione al quale Grozio «accepts the principle that every paction begets an action, but he does not make this plain» (Feenstra, *Pact and Contract*, cit, p. 208).

<sup>86</sup> Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis in Hollandia*, Lugduni 1648, pars. III, *Quae est ad Codicem, De pactis*, Lib. II, titt. III, l. *legem*, n. 10, 424= l. *cum proponas*, n.21, 425= l. *si certis annis*, n. 28, 425; pars. III, *Quae est ad Codicem, De transactionibus*.

<sup>87</sup> Simon van Leuween, laureato a Leida nel 1649, fu avvocato prima di essere nominato alla Corte Suprema all'Aja. La sua fama è dovuta principalmente alla *Censura forensis theorico-practica*, in latino (1678), innalzata, anch'essa come i Commentarii di Voet, a fonte del diritto sudafricano, ma ebbero grande risonanza anche i *Paratitla novissimi iuris* (1652) e, soprattutto, il *Trattato di diritto romano-olandese (Het Rooms-Hollands-Regt)* del 1664, questo, invece, in olandese.

<sup>88</sup> Divisi in cinque libri, a loro volta ripartiti in capitoli, affronta i temi sia di diritto sostanziale (persone, successioni, obbligazioni, Libri I-IV), sia di natura processuale (Libro V). La sua importanza e attualità è sottolineata con vigore nella prefazione dell'edizione inglese (basata sull'edizione in olandese stampata ad Amsterdam nel 1744) laddove se ne sostiene la validità per la regolamentazione del diritto del Capo e di tutte le colonie olandesi (*Commentaries on the Roman-Dutch Law*, by Simon Van Leuween, traslated by Isaakson, London 1820).

<sup>89</sup> «An engagement producing a liability to action arises from promise or unequal causes. An obligation through promise is effected, either by espress agreement, or tacitly through costruction of the law [...] But a promise is what anyone from a *reasonable cause* makes to another on his application [...]» (Van Leuween, *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, cit., Chap. I, §§ 1-2, p. 313).

<sup>90</sup> «A obligation through agreement is a mutual transaction of two persons by which they effectually bind reciprocally for the benefit of one or both» (van Leuween, *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, cit., Chap. II, §. 1, p. 315).

<sup>91</sup> Ivi, Chap. I, §§ 6-7, p. 314.

<sup>92</sup> Sullo *ius in bello*, si è riacceso, proprio di recente, l'interesse storiografico. Per alcuni riferimenti, cfr. U. Mariani, *Un contributo 'elegante' in materia di ius belli: il De jure militari di Johannes Voet*, in "Diritto e Storia", VIII (2009); A.A. Cassi, *Dalla santità alla criminalità della guerra. Morfologie storico-giuridiche del Bellum iustum*, in A. Calore (cur.), *Seminari di Storia e Diritto, 'Guerra giusta?'. Le metamorfosi di un concetto antico*, Milano 2003, pp. 101-158 e Id., *Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari di indagine*, in "Quaderni Fiorentini", XXXVIII (2009), pp. 1141-1168. Di carattere più generale, invece, il volume *Guerra e Diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea*, A.A. Cassi (cur.), Soveria Mannelli 2009.

da questioni di natura formale, bensì dall'eventuale assenza di una causa meritevole di tutela agli occhi dell'ordinamento per l'assenza di un qualsiasi sostrato giustificativo che ne lasciasse intravedere l'utilità. La *transactio*, per la sua indubbia socialità, andava esente da questa valutazione negativa, fuoriuscendo dall'area problematica una volta per tutte.

È dunque lecito ritenere che la propensione comparatistica della trattatistica romano-olandese e romano-frisona abbia sviluppato e condotto a termine una ricognizione del percorso sostanziale compiuto dalla *transactio*, circoscrivendone la funzione 'giudiziale'.

Ma se solo ci si fermasse a questo consuntivo, le conclusioni non potrebbero che definirsi sommarie.

La discussione in questi anni si concentra altresì sugli elementi dello schema causale oltre che sulla sua contrattualità e, proprio in relazione ad essi, evoca un'esigenza di unificazione dei tipi contrattuali e richiama il problema connesso dell'efficacia obbligatoria del negozio.

Fra l'incalzare del fenomeno economico e l'avarizia di una legislazione che manteneva ampi vuoti di tutela, si incuneava infatti la *scientia juris* deputata a supplire alle lacune normative col dar voce ad un vigore consuetudinario capace di offrire soluzioni pratiche ad esigenze concrete.

Pienamente consapevole del distacco storico fra diritto romano e ordinamento presente, la dottrina assumeva così posizioni critiche verso dibattiti plurisecolari e ritornava in qualche modo alla *simplicitas* del *ius gentium* ed alla franchezza costruttiva della società germanica.

Solo grazie ad una «ingenious mixture fra *ius romanum* e *ius proprium*»<sup>93</sup>, si può realmente cogliere la difficoltà di una lunga ricerca dottrinale, in cui la *scrupolosa subtilitas juris Romani* si scontra con l'inevitabile *applicatio* del quotidiano.

Se dunque l'esordio del ragionamento secentesco può ancora apparire di maniera, purtuttavia vengono in luce nuovi epiloghi interpretativi, che costituiranno, d'ora innanzi, il punto di partenza di interminabili discussioni circa una diversa e del tutto possibile visione della contrattualità dell'istituto.

E se, spesso, in uno stesso giurista si riscontrano posizioni ondivaghe, esse dimostrano solo la sintesi di un'esperienza complessa, incapace di rinnegare la tradizione così come di disinteressarsi della prassi. Non si tratta, insomma, di atteggiamenti discontinui, indici di un'ambiguità di fondo, quanto piuttosto della cifra stilistica e della raffinatezza di una dottrina che non può essere circoscritta alla mera eleganza.

---

<sup>93</sup> L'integrazione fra il diritto delle Province e gli *instituta* tipici del *ius civile romanorum*, pare affidata alla prassi. Per una sintesi P. Dibon, *Regards sur la Hollande du siècle d'or*, Napoli 1990, spec. pp. 31-45 e pp. 58-77, per la citazione, p. 69.