

Liber Amicorum
Francesco Vassalli



Giappichelli

Liber Amicorum
Francesco Vassalli



IUSTITIAM COLIMUS

Liber Amicorum
Francesco Vassalli



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-2922-9

ISBN/EAN 979-12-211-7966-8 (e-book -pdf)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

Alcune osservazioni sulla responsabilità degli amministratori di società di capitali (parte seconda)

Anna Rosa Adiutori

1. Introduzione	1
2. Artt. 2395 e 2476, comma 7, c.c.	2
3. Art. 2395 e responsabilità da gestione	4
4. Art. 2395 e responsabilità risarcitoria	8
5. Brevi conclusioni	17

I contratti di borsa nelle procedure di soluzione della crisi

Carlo Angelici

1. Premessa	19
2. Rapporti finanziari e valore	20
3. Mercato e creditori	22
4. Posizione nel mercato e <i>close-out-netting</i>	25
5. Inadempimento e insolvenza	27
6. Liquidazione della posizione e valore di sostituzione	28
7. La liquidazione del contratto nell'art. 76 legge fall. e nell'art. 181 codice della crisi	30
8. La (non) applicazione dell'art. 76 legge fall.	31

The impact of COVID-19 on the performance of international commercial contracts: the uniform and flexible approach provided by the UNIDROIT Principles

Michael Joachim Bonell

1. Introduction	33
2. The UNIDROIT Principles: origin, nature and their use in practice	34
3. COVID-19 as a case of Force Majeure?	37
4. COVID-19 as a case of Hardship?	41

Usura e interessi di mora

Dario Buzzelli

1. Il problema e la posizione assunta dalle Sezioni unite	45
2. Impostazione dell'indagine	48
3. La rilevanza usuraria degli interessi moratori	50
4. I riflessi civilistici dell'antigiuridicità penale della pattuizione di interessi moratori usurari. La nullità virtuale del patto	52
5. L'inapplicabilità del rimedio previsto dall'art. 1815, comma 2, c.c.	55
6. La riducibilità degli interessi <i>ex art.</i> 1384 c.c.	59
7. La concorrente tutela <i>ex artt.</i> 33, comma 2, lett. <i>f)</i> , e 36, comma 1, codice del consumo, per i contratti del consumatore	61

La transazione nella lettura della Seconda Scolastica: brevi note

Mario Caravale

1. Premessa	65
2. Requisiti della transazione	67
3. Natura giuridica della transazione	70
4. I soggetti della transazione	75
5. Oggetto della transazione	79

Tra crisi e insolvenza. La definizione del presupposto oggettivo come problema di politica del diritto

Alfonso Castiello d'Antonio

1. Premessa	87
-------------	----

	<i>pag.</i>
2. Le nuove prospettive del codice della crisi. La definizione normativa dello stato di crisi	89
3. Considerazioni conclusive	95

Ambito oggettivo e soggettivo dell'arbitrato societario

Diego Corapi

1. Premessa	99
2. L'arbitrabilità delle controversie relative all'ordinamento societario	100
3. I diritti non indisponibili <i>ex art.</i> 806 c.p.c.	105
4. I diritti disponibili <i>ex art.</i> 838- <i>bis</i> , comma 1, c.p.c.	110
5. L'ambito soggettivo	127
6. I soci	128
7. I componenti di organi sociali e i direttori generali	131
8. Le società commerciali	133
9. Il divieto di arbitrato nelle società aperte	134
10. I terzi	137

Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)

Floriano d'Alessandro

1. Prologo (quasi) in cielo: mantelli, miracoli ed operazioni distributive	139
2. Le operazioni distributive come giochi a somma zero?	140
3. Altruismi distributivi ed egoismi produttivi	143
4. Le attività produttive come giochi a somma positiva	143
5. A vantaggio di chi?	145
6. Esternalità positive e negative	148
7. Esternalità negative incidenti su diritti di terzi o su interessi di terzi	151
8. <i>Segue</i>	155
9. La produzione di massa presuppone il consumo di massa e questo la distribuzione della ricchezza	158
10. Coordinate costituzionali	168
11. Il regolamento delle competenze tra l'impresa e l'intervento dello Stato e il paradosso del principio democratico-maggioritario	171
12. Quale responsabilità sociale per l'impresa (ovvero: la benevolenza del birraio nel XXI secolo)?	177

Questioni ancora attuali in tema di finanziamento dei soci e postergazione

Giuseppe Ferri jr.

1. Premessa	189
2. L'ambito di applicazione: il presupposto soggettivo	190
3. <i>Segue</i> : il presupposto oggettivo	193
4. Postergazione e versamenti dei soci	194
5. Il contenuto: postergazione e inefficacia del rimborso	197
6. <i>Segue</i> : postergazione e inesigibilità del credito	199
7. <i>Segue</i> : postergazione e pagamenti preferenziali	201
8. Conclusioni	204

Struttura dei reati fallimentari e tecnica della fattispecie penale

Antonio Fiorella

1. Premesse. Tecniche di formulazione delle fattispecie e indirizzi giurisprudenziali	205
2. Verso una più convincente ricostruzione dei reati fallimentari	207
3. <i>Segue</i> : la necessità di ulteriori passi in avanti	211
4. Una precisazione	213
5. Conclusioni	215

Continuità aziendale, bilanci e crisi da pandemia

Sabino Fortunato

1. Pandemia e legislazione di emergenza anche in materia societaria	219
2. L'intervento in materia di bilanci e continuità aziendale: profili oggettivi, soggettivi e ambito temporale di applicazione	222
3. La portata interpretativa della c.d. "deroga facoltativa"	228
4. Gli obblighi informativi e di comportamento, nonostante la "deroga"	232
5. L'art. 38- <i>quater</i> del "decreto rilancio" e la conferma dell'impostazione seguita	235

Francesco Vassalli e lo studio dei rapporti pendenti

Enrico Gabrielli

1. Il tema e il suo ambito	241
----------------------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Liquidazione giudiziale e contratti in corso di esecuzione	243
3. Le regole generali. La discussione sul loro inquadramento e fondamento teorico	245
4. Il contraente <i>in bonis</i> e la tutela della funzionalità del sinallagma	251

Società a responsabilità limitata e raccolta di “capitale di credito”

Maura Garcea

1. Premessa per una perimetrazione tematica del lavoro	255
2. I titoli di debito e gli strumenti finanziari partecipativi	257
3. L'offerta attraverso i portali <i>on-line</i> di cui all'art. 100-ter del d.lgs. n. 58/1998: una ricostruzione dell'evoluzione legislativa del sistema	264
3.1. Le novità introdotte a seguito dell'entrata in vigore del regolamento UE/2020/1503	268

Riflettendo sul pensiero di Francesco Vassalli e sull'imperscrutabile futuro per le soluzioni concordate delle crisi d'impresa

Alberto Jorio

1. La storia delle occasioni mancate	275
2. Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una riforma incompiuta	282
3. Le occasioni perdute per un'equilibrata disciplina del concordato preventivo. La prevedibile fortuna degli istituti minori	289

Insolvenza, crisi e pre-crisi nel codice della crisi, a valle della emanazione del decreto attuativo della Direttiva *Insolvency*

Ermanno La Marca

1. La “crisi” quale confine tra diversi modi d'essere della gestione	293
2. Abbondanza dei “principi” posti a governo dell'impresa in crisi e conseguente incertezza della sua particolare regolazione	296
3. Richiami alla evoluzione del concetto di crisi sino alla attuazione della Direttiva <i>Insolvency</i>	298
4. La probabilità di insolvenza come formante del vigente concetto di crisi	301

	<i>pag.</i>
5. Il problema delle “condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario” nella disciplina di accesso alla composizione negoziata	303
6. Allerta e probabilità della crisi: un corto circuito logico; non configurabilità della situazione di pre-crisi	306
7. Conclusioni: l’allerta come disciplina di sola aggravata verifica della sussistenza della crisi	308

La consulenza finanziaria digitalizzata

Raffaele Lener

1. Premessa	309
2. La regolamentazione fra legge e <i>soft law</i>	310
3. La “democrazia” dell’algoritmo	312
4. Il mito della <i>neutralità</i> tecnologica	315
5. La tecnologia <i>Blockchain</i>	316
6. La <i>delocalizzazione</i> della consulenza	319
7. L’assenza di interazione umana diretta	320
8. L’algoritmo	321
9. Algoritmi e standard di mercato	322

Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d’impresa

Mario Libertini

1. Contratti commerciali e contratti d’impresa. Notazioni terminologiche	327
2. La ricostruzione tipologica della realtà degli atti di autonomia privata: mancanza di un referente tipologico unitario	329
3. I diversi riferimenti di principio degli atti di autonomia privata nel diritto costituzionale interno e nel diritto europeo	330
4. La ricostruzione tipologica dei contratti d’impresa: diverse sottocategorie, pur nella costanza del dato della strumentalità rispetto all’attività d’impresa e al funzionamento dei mercati	332
5. Valorizzazione della priorità sistematica della disciplina delle attività e dei mercati rispetto a quella dei singoli atti	334
6. L’unificazione della disciplina generale dei contratti nel codice civile del 1942: il recepimento di diverse norme giuscommercialistiche in un quadro generale che si voleva confermare immutato	335

	<i>pag.</i>
7. La riemersione di una peculiarità dell'autonomia d'impresa nel dibattito dottrinale	337
8. Conferma di questo orientamento, alla luce del dibattito odierno	341
9. Un tentativo di delineare i profili disciplinari propri dell'autonomia d'impresa	344
9.1. La "libertà contrattuale" dell'impresa	344
9.2. La parte generale della disciplina del contratto come insieme di norme residuali, per ciò che riguarda l'autonomia d'impresa	345
9.3. La formazione del rapporto contrattuale e i rapporti di fatto	346
9.4. Regolazione privata e regolazione amministrativa dei contratti d'impresa	350
9.5. Il controllo causale nei contratti d'impresa	355
9.6. Profili rimediali nella disciplina dei contratti d'impresa	360

Trusts and their comparative understanding

Maurizio Lupoi

1. "The trust" v. "trusts"	363
2. The vagueness surrounding trust matters	365
3. The incoherence of trust law	368
4. Civilian legislations attempting to shape civil law "trusts"	370
5. Trusts categorised as contracts	372
6. The role of the court	374
7. The "industrial trusts"	374

Sezioni unite penali *versus* Corte EDU sui fratelli minori di Contrada: problema dogmatico o scelta di politica criminale?

Adelmo Manna

1. Introduzione: l'evoluzione storica del concorso esterno	377
2. L'evoluzione giurisprudenziale del concorso esterno	378
3. La sentenza della Corte EDU Contrada	379
4. La diversa opinione e la sostanziale chiusura delle Sezioni unite penali, ricorrente Genco	381
5. Gli argomenti addotti, come la mancanza di una sentenza pilota ed il loro superamento in base alla giurisprudenza della Corte EDU, che ritiene, comunque, applicabili le proprie sentenze negli Stati membri	381

	<i>pag.</i>
6. La vera ragione che sta al fondo della chiusura della giurisprudenza della Cassazione, ovvero sia la negazione che il concorso esterno sia una <i>création prétorienne</i> , in quanto si basa sugli artt. 110 e 416- <i>bis</i> c.p.	382
7. L'ulteriore dimostrazione dell'addebito di <i>création prétorienne</i> , lo si ricava, ad esempio, anche dal <i>leading case</i> Andreotti e, comunque, dall'ancora insoddisfacente soluzione derivante dal plurimo intervento delle Sezioni unite penali	385
8. In conclusione, risulta fondato il richiamo all'art. 7 CEDU – da interpretarsi con riferimento anche alla qualificazione giuridica del fatto – per cui da ciò si può chiaramente evincere come resti decisivo l'ostacolo di politica criminale, nel senso di far prevalere le esigenze general-preventive rispetto alle garanzie, quando si tratta del “diritto penale del nemico”, cioè a dire della criminalità organizzata	387

La “commercializzazione” degli enti del Libro I del codice civile

Giorgio Marasà

1. Significato e cause della “commercializzazione”	389
2. Caratteri funzionali degli enti del Libro I e del Libro V: attività d'impresa e finalità	390
2.1. <i>Segue</i> : disciplina di Onlus e imprese sociali: sua coerenza funzionale con gli enti del Libro I ma non con quelli del Libro V	393
3. Problemi di fattispecie e di disciplina dell'impresa degli enti del Libro I	394
4. <i>Segue</i> : le direttive della legge delega n. 106/2016 in punto di disciplina dell'impresa degli enti del Libro I	397
5. <i>Segue</i> : i d.lgs. n. 112/2017 e n. 117/2017 e la disciplina del Libro V	398
5.1. <i>Segue</i> : rilevanza della disciplina societaria negli ETs <i>ex</i> d.lgs. n. 117/2017, nelle imprese sociali <i>ex</i> d.lgs. n. 112/2017 e nelle associazioni e fondazioni diverse dagli ETs	398
5.2. <i>Segue</i> : la disciplina dell'impresa negli ETs <i>ex</i> d.lgs. n. 112/2017, <i>ex</i> d.lgs. 117/2017 e nelle associazioni e fondazioni diverse dagli ETs	406
6. Ininfluenza della disciplina delle imprese sociali sulla funzione delle società del Libro V	412

pag.

Impresa agricola, forma societaria e procedure concorsuali

Pietro Masi

- | | |
|---|-----|
| 1. La sottrazione dell'impresa con oggetto non commerciale (anche in forma societaria) al fallimento nel sistema del 1942, tra privilegio e privazione di un diritto, a confronto con l'innovazione legislativa | 415 |
| 2. Unità e pluralità nel riferimento in evoluzione all'impresa "agricola", in un contesto anche europeo ed internazionale | 420 |
| 3. Impresa agricola e attività connesse; il ricorso a società costituite per l'esercizio dell'attività connessa | 423 |
| 4. Oggetto agricolo e forma societaria nel rapporto con le procedure concorsuali | 426 |
| 5. L'attrazione negli anni recenti (dell'impresa e) della società agricola nella disciplina di momenti delle procedure concorsuali | 430 |
| 6. Il codice della crisi e l'impresa agricola; in particolare, il ruolo della liquidazione controllata | 433 |
| 7. Prospettive e regole transitorie: considerazioni finali | 442 |

Il problema del nesso tra rischi nel delitto di bancarotta

Enrico Mezzetti, Marcello Sestieri

- | | |
|---|-----|
| 1. Il contesto di riferimento: il caso dell'eterodirezione governativa nella vicenda Alitalia e le sue implicazioni sul tema causale nella bancarotta | 449 |
| 2. Correlazione tra rischio iniziale e rischio finale nella causazione del dissesto nel delitto di bancarotta | 452 |

Il creditore di società di persone può chiedere sentenza di condanna sia della società sia dei suoi soci illimitatamente responsabili: la Cassazione conferma

Giuseppe Niccolini

457

I soci illimitatamente responsabili nel nuovo diritto delle crisi

Alessandro Nigro

- | | |
|------------------------|-----|
| 1. Premessa | 471 |
| 2. Il quadro normativo | 473 |

	<i>pag.</i>
3. I. La regola dell'estensione a carico dei soci degli effetti dell'apertura di talune procedure	474
4. II. La regola dell'estensione a favore dei soci degli effetti delle procedure o procedimenti "esdebitatori" aperti nei confronti della società	480
5. III. Art. 2, comma 1, lett. e); art. 278, comma 4; art. 283	488
6. Qualche notazione conclusiva	492

Gestione della s.r.l. e tutela dei terzi: ambiguità nella recente giurisprudenza sulle modificazioni di fatto dell'oggetto sociale

Alessandra Paolini

1. La questione	493
2. Le diverse ricostruzioni	496
3. La prospettiva della tutela del terzo	499
3.1. Le difficoltà di qualificazione delle fattispecie concrete	499
3.1.1. Le conseguenti incongruenze della giurisprudenza	504
3.2. Gli ordinamenti stranieri e la valorizzazione della stabilità degli atti	507
4. Inadeguatezza della nullità	509
4.1. La Cassazione a Sezioni unite sulla nullità di <i>atti</i> in relazione ad un' <i>attività</i>	512
5. I limiti derivanti dalla disciplina dell'UE e la competenza funzionale degli amministratori	513
6. Agire procedimentalizzato della società, limitazioni legali gestorie e tutela dei terzi	514
7. Gli sviluppi della giurisprudenza italiana e straniera – verso una crescente attenzione alla tutela dell'affidamento dei terzi	522

Polizze assicurative e accantonamenti per rischi nel bilancio d'esercizio

Gabriele Racugno

1. La stima dei fondi rischi	529
2. I fondi rischi per contenziosi in corso	533
3. Il ruolo delle polizze assicurative a copertura di passività potenziali	535
4. Polizze e clausole	537
5. Iscrizione in bilancio del credito verso l'assicuratore	537

Datazione del c.d. periodo sospetto e consecuzione di procedure concorsuali. Le nuove revocatorie

Luigi Salamone

- | | | |
|------|--|-----|
| 1. | La nuova disciplina della decorrenza del c.d. periodo sospetto dal tempo della domanda di dichiarazione del fallimento | 539 |
| 1.1. | <i>Segue:</i> antedatazione del c.d. periodo sospetto e prenotazione | 542 |
| 1.2. | <i>Segue:</i> le misure cautelari nel giudizio per la dichiarazione del fallimento (art. 15.8 legge fall.) / apertura della liquidazione giudiziale (art. 54 c.c.i.i.) | 543 |
| 1.3. | <i>Segue:</i> le misure protettive (art. 54 c.c.i.i.). Le misure conseguenti alla sospensione e alla revoca della liquidazione giudiziale (art. 52; art. 53 c.c.i.i.) | 545 |
| 2. | La retrodatazione dell'insolvenza per consecuzione di procedure concorsuali. L'insuccesso delle procedure di risanamento | 546 |
| 2.1. | <i>Segue:</i> alla ricerca di una definizione di «procedura concorsuale» | 549 |
| 2.2. | <i>Segue:</i> procedure concorsuali e non; insuccesso della procedura c.d. minore, consecuzione delle procedure e retrodatazione dell'inizio del c.d. periodo sospetto | 550 |
| 2.3. | <i>Segue:</i> sugli accordi di ristrutturazione dei debiti | 550 |
| 2.4. | <i>Segue:</i> evoluzione della crisi, consecuzione di procedure ed accertamento dell'insolvenza nel c.d. formante giurisprudenziale | 552 |
| 3. | Composizione negoziata della crisi d'impresa e concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio | 553 |
| 3.1. | <i>Segue:</i> la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa (art. 2 d.l. n. 118/2021; art. 12 c.c.i.i., testo novellato dal d.lgs. 17 settembre 2022, n. 83); misure protettive (art. 6 d.l. n. 118/2021; art. 18 c.c.i.i., nuovo testo); conservazione degli effetti (art. 12 d.l. n. 118/2021; art. 24 c.c.i.i., nuovo testo) | 554 |
| 3.2. | <i>Segue:</i> d) il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 18 d.l. n. 118/2021). Il <i>nomen iuris</i> rinvia, per quanto non espressamente disposto, alla disciplina del concordato preventivo di diritto comune | 556 |
| 4. | Consecuzione delle procedure concorsuali e «quadri di ristrutturazione preventiva» (nel diritto interno: «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza») | 558 |

La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza creditizia nei confronti di risparmiatori e investitori.

La giurisprudenza delle corti europee

Vittorio Santoro

- | | |
|---|-----|
| 1. La responsabilità extracontrattuale delle autorità di vigilanza in alcuni ordinamenti europei e nei “principi” del Comitato di Basilea | 561 |
| 2. Le autorità di vigilanza tra immunità e indipendenza | 566 |
| 3. La responsabilità extracontrattuale ai sensi dell’art. 340 TFUE | 569 |
| 4. Il caso <i>Paul</i> | 571 |
| 5. Giurisprudenza in tema di ablazione dei diritti di proprietà di <i>asset</i> finanziari e sua importanza per il tema della risarcibilità | 573 |
| 6. La Corte di giustizia tra continuità e discontinuità: il caso <i>Kantarev</i> | 577 |
| 7. Il quadro socio-economico e i possibili sviluppi | 582 |

Semplificazione normativa e fenomeni corruttivi nell’amministrazione pubblica

Franco Gaetano Scoca

- | | |
|---|-----|
| 1. Semplificare è difficile e “costoso”. Esempi | 585 |
| 2. Semplificazione e riesercizio del potere | 587 |
| 3. Semplificazione procedimentale, disordine normativo e complessità organizzativa | 589 |
| 4. Semplificazione e responsabilità | 591 |
| 5. Semplificazione normativa e prevenzione della corruzione. L’esempio dei contratti pubblici | 591 |
| 6. Semplificazione della disciplina della prevenzione della corruzione e proporzionalità dei relativi strumenti | 594 |

Autonomia negoziale e discipline della crisi d’impresa: il caso delle “clausole *ipso facto*”

Giuliana Scognamiglio

- | | |
|--|-----|
| 1. Le clausole <i>ipso facto</i> nella direttiva 2019/1023/UE: la regola dell’inefficacia di dette clausole ed il suo ambito di applicazione (anche con riferimento alla distinzione fra contratti “essenziali” e non) | 597 |
| 2. La <i>ratio</i> delle soluzioni adottate nella direttiva europea | 604 |

	<i>pag.</i>
3. Contratti pendenti e clausole <i>ipso facto</i> nella disciplina italiana del concordato preventivo: dalla legge fallimentare del 1942 al vigente codice della crisi e dell'insolvenza	605
4. Contratti pendenti e clausole <i>ipso facto</i> nel fallimento e nella liquidazione giudiziale dell'impresa	610
5. Una valutazione di sintesi (con uno sguardo altresì ai possibili riflessi internazionalprivatistici della questione)	616

Responsabilità patrimoniale d'impresa e destinazione: rileggendo la prima monografia di Francesco Vassalli

Paolo Spada

1. "Da Secondo"	621
2. Diritto penale e diritto commerciale: <i>doctor in utroque</i>	622
3. "Responsabilità d'impresa" e destinazione	623
4. <i>Segue</i>	624
5. Articolazione del patrimonio da destinazione tra separazione patrimoniale e personalità giuridica	628
6. La funzione: una "grande assente", ma non nel pensiero di Francesco Vassalli	633

Francesco Vassalli e il tecnicismo giuridico

Giuseppe Terranova

635

LA TRANSAZIONE NELLA LETTURA DELLA SECONDA SCOLASTICA: BREVI NOTE

Mario Caravale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Requisiti della transazione. – 3. Natura giuridica della transazione. – 4. I soggetti della transazione. – 5. Oggetto della transazione.

1. Premessa

«*Praestabit quidem interdum transigere quam iudicis quantumcunque incorruptissimi iudicium expectare. Adde quod imprudentia quoque iudicis et errore, ius partis deperire solet ... commentatione dignissimus est qui lites execratus transigere maluit, quam sapius propter rem aliquam litigare*». Con queste parole Antonio de Padilla y Meneses esaltava nel secolo XVI la funzione della transazione e lodava chi ad essa ricorreva¹. E con un' enfasi ancora maggiore tesseva le lodi della transazione nel secolo successivo Emanuel Roman Valerón², il quale non si

¹ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum de Transactionibus Commentarius*, Salmanticae, 1566, f. 2 a, n. 3. L'opera è un commento al titolo *De transactionibus* C. 2. 4. Antonio de Padilla y Meneses (nato presso Toledo e morto a Badajoz nel 1580) studiò a Salamanca e vi insegnò dopo aver conseguito il dottorato. Fu poi uditore della Cancelleria di Valladolid, consigliere di Castiglia, consigliere di Stato, presidente del Consejo des Ordenes e successivamente del Consejo de Indias: su di lui si veda la biografia redatta da A. LÓPEZ ÁLVAREZ per il *Diccionario biografico español electrónico*.

² Emanuel Roman Valerón insegnò diritto canonico a Valladolid sulla metà del secolo XVI. Scarse risultano le notizie sulla sua vita: S. PARINI VINCENTI, *La res dubia nella transazione dal diritto comune ai codici: un problema aperto*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanaugh*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G.P. Massetto, vol. III, Milano, 2003, p. 1747, nota 3, ricorda che di lui hanno fornito qualche dato A. FONTANA, *Amphitheatrum legale seu bibliotheca legalis, Pars Secunda*, Parmae, 1688 (ed. an. Torino, 1961), col. 383 e N. ANTONIO, *Bibliotheca hispana nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV floruerunt*, I, Madrid, 1783 (ed. an. Madrid, 1996), p. 356. Il giurista spagnolo è ricordato anche da J.H. ZEDLERS, *Grosse vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste*, XXXII, Leipzig und Halle, 1742, sub voce Roman.

limitava a rilevare i suoi vantaggi pratici, ma metteva anche in evidenza il suo significato etico in quanto strumento di pace e di concordia sociale. «*Utilitas eius [transactionis] eximia est, cum per transactionem, et amicabilem litium conventionem pax et concordia firmetur inter eos qui in foro contedunt, quae semper viris bonis fuit chara, et legibus nostris merito commendata*» dichiarava il giurista³. Un significato etico che la tradizione culturale cristiana sin dalle origini riconosceva ad ogni accordo che mettesse fine a contrasti tra fedeli e salvasse la solidarietà nel popolo di Dio⁴ e che spiega l'attenzione per l'istituto romanistico della transazione da parte delle raccolte di diritto canonico a partire dalla *Prima Compilatio Antiqua* di Bernardo da Pavia, seguita dal *Liber Extra* che ad esso dedicò il titolo 36 del libro I⁵.

Tra il trattato di Padilla y Meneses e quello di Valerón passa circa un secolo. Il primo, opera di un professore dello Studio di Salamanca, fu ben noto ai giuristi teologi della Seconda Scolastica, nelle cui opere risulta frequentemente citato. I suoi riferimenti dottrinali sono costituiti soprattutto dalla riflessione dei grandi esponenti, civilisti e canonisti, della scuola del commento. Il secondo presenta una straordinaria ricchezza di citazioni dottrinarie, tratte non solo dalla consolidata tradizione di diritto comune, ma anche da opere più recenti che risultano particolarmente numerose, a testimonianza del fatto che nel corso del secolo trascorso dalla pubblicazione del trattato di Padilla y Meneses il tema della transazione aveva attirato l'interesse di un numero significativo di giuristi. Tra questi ultimi sono da annoverare alcuni dei più noti teologi del periodo, la cui lettura appare per più versi degna di attenzione⁶.

³ Il *Tractatus de transactionibus* fu approvato dalla censura nel 1663 e fu pubblicato per la prima volta a Lione nel 1664. Al riguardo S. PARINI VINCENTI, *La res dubia*, cit., p. 1747, n. 3. In questa sede è utilizzata l'edizione Coloniae Allobrogum, 1757: il passo citato è al f. 3 b, n. 2.

⁴ S. PARINI VINCENTI, «*Omne, quod non est ex fide, peccatum est*». *The relevance of good faith in canonical transaction*, in *Vergentis*, II (2016), p. 277 s.

⁵ Come ha rilevato L. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico*, Roma, 1942, pp. 15-24 «*nella letteratura patristica e nelle fonti canonistiche più antiche non vi sono testi che trattino espressamente della transazione: è dato invece riscontrare soltanto degli accenni al precetto evangelico di non litigare*». Nei testi dei primi secoli si trovano soltanto spunti sul dovere dei cristiani di astenersi dalle liti e di ricercare la concordia. E lo stesso Graziano si limita a ribadire «*la preoccupazione della Chiesa di evitare liti, discordie, odio fra i propri membri nell'interesse supremo della salus animae*».

⁶ Il contributo della Seconda Scolastica all'interpretazione del diritto civile è stato sottolineato in un Incontro di studio di qualche anno fa. Gli atti di questo Incontro risultano tuttora molto utili: P. GROSSI (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio. Firenze, 16-19 ottobre 1972. Atti*, Milano 1973.

2. Requisiti della transazione

«*Transactio est enim pactio non gratuita super re dubia ac lite incerta*» affermava Padilla y Meneses ed aggiungeva che «*Bartolus in lege sive apud acta [C. 2. 4. 28] n. 22 existimat transactionem derivari a praepositione trans, et nomine actio, quasi transactio sit transitus ac recessus ab actione*»⁷. La medesima definizione troviamo in Juan Gutiérrez, a detta del quale «*transactio litem praesupponit, et sic iudicium, cum fiat super re dubia ac lite incerta. Quia transactio derivatur a praepositione trans et nomine actio, secundum Bartolum in l. sive apud acta, n. 22 de transactionibus, cuius in hoc opinio est communiter approbata*»⁸. «*Transactionem ... sic possumus definire. Est de re dubia, lite aut controversia iam mota, non gratuita pactio*» affermava Luis de Molina⁹. E con loro concordava il teologo e giurista tedesco Paul Laymann, per il quale «*transactio est de re dubia et controversa, non gratuita pactio*»¹⁰.

Queste definizioni precisano i requisiti della transazione. Essa deve riguardare innanzi tutto una questione dubbia e di lite incerta: «*res dubia et lis incerta*», dunque, come aveva dichiarato Ulpiano in D. 2. 15. 1 («*qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta*») e come ribadivano i giuristi di diritto comune¹¹. E su que-

⁷ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum*, cit., f. 6 a, nn. 16-17.

⁸ J. GUTIÉRREZ, *Tractatus Tripartitus de Iuramento Confirmatorio, et Aliis in Iure Variis Resolutionibus* Antverpiae 1618, f. 258, nn. 1-2. Juan Gutiérrez nacque a Plasencia intorno al 1535 e morì a Salamanca nel 1618. Addottoratosi in diritto civile a Salamanca, insegnò in quello stesso Studio diritto civile e canonico. Su di lui si veda la biografia redatta da S. DE DIOS per il *Diccionario biográfico español electrónico*.

⁹ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure Tractatus*, II, Venetiis, 1614, f. 804 b, n. 1. Gli studi sul pensiero di Luis de Molina (1535-1600), uno dei principali esponenti della Scuola di Salamanca, sono numerosi. Mi limito a ricordare, oltre alla biografia scritta da F. GÓMEZ CAMACHO per il *Diccionario biográfico español electrónico*, K. MCGREGOR, *Luis de Molina. The life and theology of the founder of middle knowledge*, Grand Rapids, 2015.

¹⁰ P. LAYMANN, *Theologiae Moralis in Quinque Libros Distributa*, Venetiis, 1680, f. 382 a, n. 1. Su Paul Laymann (1574-1635) F. RAINER, *Paul Laymann ein Jesuit im Spannungsfeld*, Münster, 2017.

¹¹ È questa la definizione correntemente usata dalla dottrina di diritto comune all'inizio dell'età moderna. Ad esempio la si trova nel *Vocabularium utriusque iuris*, Venetiis, 1569 dove si legge, f. 221 r «*transactio est de re dubia et lite incerta ... non gratuita pactio*». E la stessa definizione si trova, ad esempio, nel passo di F. CORTI, *In Undetriginta Casus Iustiniani Rubricas Interpretationes Luculentissimae*, Lugduni, 1552, f. 66: «*transactio dicitur esse pactio non gratuita de re dubia et lite incerta*» ricordato da S. PARINI VINCENTI, *La res dubia*, cit., p. 1750 (su Francesco Corti [1470-1533] rinvio alla biografia di M.G. DI RENZO VILLATA in I. BIROCCHI-E. CORTESE-A. MATTONE-M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, I, pp. 584-586). Sulla dottrina medievale si vedano G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, 1972, pp. 5-24 e F. TREGGIARI, voce *Transazione (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 799-803.

sto punto tutti concordavano, come si legge, ad esempio, in Juan Azor – per il quale «*transactio vero est de re dubia, et lite incerta*»¹² – e in Francisco Suárez, che dichiarava «*ad transactionem ergo tria requiruntur. Primum est, ut ius, vel res, super quam transigitur, sit incerta, seu dubia*»¹³. E Luis de Molina precisava «*dictum vero in definitione est, de re dubia quoniam, si tempore transactionis, alicui transigentium constaret, rem de qua est controversia, pertinere omnino ad alterum, invalida esset transactio*»¹⁴. Per quanto, poi, in particolare riguardava la lite, Juan Gutiérrez sembra ritenere che la vertenza giudiziaria doveva essere in

¹²J. AZOR, *Institutionum Moralium in Quibus Universae Quaestiones ad Conscientiam Recte, aut Prave Factorum Pertinentes Breviter Tractatus, Pars Prima*, Brixiae, 1622, col. 881 D. Juan Azor nacque a Lorca (Murcia) nel 1535, nel 1559 entrò nella Compagnia di Gesù, insegnò teologia nel Collegio romano e morì a Roma nel 1603. Su di lui si vedano R.G. VILLOSLADA, *Storia del Collegio romano*, Romae, 1954, p. 338 e la biografia redatta da J. BURRIEZA SÁNCHEZ per il *Diccionario biográfico español electrónico*.

¹³F. SUAREZ, *Opus de Virtute et Statu Religionis*, Maguntiae, 1609, f. 579 b, n. 1. È impossibile fornire un quadro esauriente degli studi sul pensiero di Francisco Suárez (1548-1617), considerato il maggiore esponente della Scuola di Salamanca. Tra le più recenti ricerche ricordo Q. SKINNER, *Le origini del pensiero politico moderno*, Bologna, 1989; M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, 1990, pp. 305-358; H.A. LLOYD, *Constitutionalism*, in *The Cambridge history of political thought, 1450-1700*, a cura di J.H. Burns, Cambridge, 1991, pp. 192-207; L. CEDRONI, *La comunità perfetta. Il pensiero politico di Francisco Suárez*, Roma, 1996; F. MIGLIORINO, *Rileggendo Francisco Suárez*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, cit., vol. II, pp. 1453-1475; B. WAUTERS, *Francisco Suárez and the foundation of law*, in *Proceedings of the International Congress of medieval canon law*, a cura di U.-R. Blumemthal, K. Pennington, A.A. Larson, Città del Vaticano, 2008, pp. 57-71; J.J. ESCANDELL, *Suárez: el pensamiento español de XVI siglo. Continuidad y actualidad*, in *En la frontera de la modernidad. Francisco Suárez y la ley natural*, a cura di C. Fernández de la Cigoña Cantero, F.J. López Atanes, Madrid, 2010, pp. 17-38; A. LOBATO, *Aproximación a la 'ley natural' en Francisco Suárez*, *ibid.*, pp. 39-49; C. FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO, *Derecho y ley natural ¿Hay un deber objetivo?*, *ibid.*, pp. 61-74; P. SÁNCHEZ GARRIDO, *El contractualismo político suareciano: ¿antecedente premoderno o alternativa altomedieval?*, *ibid.*, pp. 127-137; J.P. DOYLE, *Collected studies on Francisco Suárez S.J. (1548-1617)*, Leuven, 2010; T. PINK, *Reason and obligation in Suárez*, in *The philosophy of Francisco Suárez*, a cura di B. Hill, H. Lagerlund, Oxford, 2012, pp. 175-208; J. GORDLEY, *Suárez and natural law*, *ibid.*, pp. 209-229; C. FARACO, *Obbligo politico e libertà nel pensiero di Francisco Suárez*, Milano, 2013; B. SLINGO, *Salas contra Suárez on the origins of political power*, in *The concept of law (lex) in the moral and political thought of the School of Salamanca*, a cura di K. Bunge et alii, Leiden-Boston, 2016 pp. 58-80; A. BROLEZE, *Francisco Suárez: 1617-2017. Quarto centenario de sua morte*, in *Ámbito jurídico*, XX, n. 162, jul. 2017; S. SCHWEIGHÖFER, *Die Begründung der normativen Kraft von Gesetzen bei Francisco Suárez*, Münster, 2018; R.A. MARYKS-J.A. SENENT DE FRUTOS (a cura di), *Francisco Suárez (1548-1617): Jesuits and the complexity of modernity*, Leiden-Boston, 2019; C. FARACO-S. LANGELLA (a cura di), *Francisco Suárez, 1617-2017. Atti del Convegno in occasione del IV centenario della morte*, Capua, 2019; W. FARRELL, *The natural law according to Aquinas and Suárez*, Providence, 2019; M. MERLI, *Leggi e governo. Studi sulle figure dell'obbligazione nel pensiero di Francisco Suárez (1548-1617)*, Milano, 2020; M. SANTIAGO DE CARVALHO et alii (a cura di), *Francisco Suárez. Metaphysics, politics and ethics*, Coimbra, 2020.

¹⁴L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 804 b, n. 1.

atto: «*transactio litem praesupponit, et sic iudicium*» dichiarava, infatti. Ma non era questa l'unica opinione sostenuta dai giuristi in esame: altri ammettevano, infatti, che la transazione potesse essere conclusa anche su una controversia che non era ancora evoluta in una lite giudiziaria, ma poteva così evolversi in futuro. Padilla y Meneses dichiarava ad esempio: «*collige ex hac lege [C. 2. 4. 2] valere transactionem factam super lite futura, sed videtur transactionem concepì non posse, nisi super re dubia ac lite incerta*»¹⁵. Francisco Suárez, dal canto suo, individuava come requisito della transazione «*ut sit in ordine ad litem componendam, vel dirimendam, sive lis incerta sit, sive controversia tantum mota sit et lis intentari possit*»¹⁶, ammettendo così che si potesse concludere una transazione anche su una controversia non ancora evoluta in lite giudiziaria. Tesi, quest'ultima, che Roman Valerón indicava come ampiamente diffusa e da lui stesso condivisa, dicendo «*verissimum enim est futurae litis timore transigi posse. Quid enim interest an lis praesens sit, vel futura, ut transigi de ea possit? Num perinde dubia res sit de qua metus litis iuste potest, ac si cum effectu mota iam fuisse, eodemque modo dubium litis eventum evitat, qui praeve de futura lite transigit, quam qui de praesenti*»¹⁷. E precisava «*non quaecumque lis, vel futurae litis timor sufficit ad transactionem, sed ea demum quae incerta est, et dubia, vel propter factum eius quod dubium est et incertum, vel propter dubiam iuris resolutionem*»¹⁸.

Sulla questione Sara Parini Vincenti ha rilevato che l'espressione ulpiana può essere intesa in due modi, considerando, cioè, i due termini legati dall'«et» come endiadi, e di conseguenza, ritenendo che la «*res dubia*» debba essere oggetto di una vertenza giudiziaria, oppure intendendo l'«et» come congiunzione avversativa e quindi ammettendo che i contendenti su una «*res dubia*» potessero legittimamente decidere di concludere tra loro una transazione, anche se la loro controversia non era evoluta in una vertenza giudiziaria, spinti dal timore di ricorrere in futuro dal giudice. Afferma che la prima interpretazione fu seguita dai glossatori e dai commentatori, mentre la seconda fu teorizzata dai culti, i quali si limitarono a richiedere come requisiti della transazione l'incertezza della vicenda, il timore di una lite e la buona fede¹⁹. I passi ora esaminati sembrano testimoniare che entrambe le interpretazioni ora indicate erano seguite dai teologi qui in esame, anche se la seconda pare maggiormente condivisa.

Il requisito della lite, attuale o eventuale, aveva la conseguenza di rendere nulla la transazione conclusa in merito ad una vertenza già definita da una sentenza passata in giudicato. «*Transactio facta post sententiam quae transivit in rem*

¹⁵ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum*, cit., f. 16 b, n. 2.

¹⁶ F. SUÁREZ, *Opus de Virtute*, cit., f. 579 b, n. 1.

¹⁷ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 60 a, n. 9.

¹⁸ *Ivi*, f. 67 b, n. 1.

¹⁹ S. PARINI VINCENTI, *La res dubia*, cit., pp. 1756-1791.

iudicatam est nullius momenti ... cuius ratio est, quia hoc casu nullum est dubium, et transactionis materia est dubietas litis» dichiarava, ad esempio, Juan Gutiérrez²⁰. Questa opinione appare concordemente condivisa, come confermava Roman Valerón a detta del quale *«de lite per sententiam decisa, quae nullo iuris medio attentari, aut in dubium revocari potest, frustra transigi diximus»*; a suo parere la transazione dopo una sentenza era ammessa soltanto se la sentenza stessa non fosse ancora passata in giudicato e contro di essa fosse stato presentato appello: *«de ea vero quae adhuc post sententiam ad controversiam reduci potest, ut puta si ab ea appellatum sit, recte transigitur ... ratio est, nam per appellationem iterum causa in dubium reducitur, et sententiae virtus suspenditur, habeturque ac si iudicatum non esset»*²¹.

Il secondo requisito, poi, consisteva nella reciprocità delle concessioni. *«Secundum est»*, proseguiva Francisco Suárez indicando i tratti della transazione, *«ut conventio sit cum aliquo onere utriusque partis, alias non esset propria transactio, sed donatio»*²². Una reciprocità di concessioni che era richiesta da tutti i giuristi, come leggiamo, ad esempio, in Padilla y Meneses, per il quale *«in transactione oportet aliquid dari vel promitti, vel remitti»* e *«nec in vim pacti valet transactio in qua nil datum promissumve est»*²³, e che distingueva la transazione dalla *compositio*, la quale era segnata dalla gratuità. *«Inter compositionem, et transactionem hoc interesse, quod compositio est gratis, et liberaliter facta conventio, et fieri solet inter amicos. Transactio vero est ... aliquo dato, vel retento, pactio»* affermava Juan Azor²⁴. E Luis de Molina confermava, dichiarando che *«in definitione [transactionis] additur non gratuita pactio ... Quum, si absque aliqua recompensatione, unus concederet alteri rem, aut ius, quod circa eam pretendere potest non esset transactio, sed compositio, aut condonatio, vel pactio, late sumpto vocabulo. Hoc loco observa, compositionem latius patere quam transactionem»*²⁵.

3. Natura giuridica della transazione

«Transactio est terminus litis ... et futuri certaminis prohibitio» aveva dichiarato Baldo, aggiungendo *«Nunquid transactio sit contractus vel distractus respondeo, di-*

²⁰ J. GUTIÉRREZ, *Tractatus Tripartitus*, cit., f. 265 a, n. 1.

²¹ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 83 a, f. 84 a, nn. 1-2.

²² F. SUÁREZ, *Opus de Virtute*, cit., f. 579 b, n. 1.

²³ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum*, cit., f. 166 a, n. 1 e f.167 b, n. 10.

²⁴ J. AZOR, *Institutionum Moralium*, cit., col. 881 D.

²⁵ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., ff. 804 b, n. 4-805 a, n. 5.

*stractus est in quantum est liberatio, contractus est in quantum est promissio»*²⁶. Baldo, dunque, esprimeva l'opinione, ampiamente diffusa in dottrina, che metteva in luce il duplice profilo della transazione la quale da un canto dissolveva l'obbligazione sottostante, dall'altro dava vita ad una nuova obbligazione²⁷. Secondo Sara Vincenti Parini la dottrina per un lungo tratto aveva privilegiato l'aspetto processualistico della transazione, ponendo l'accento soprattutto sulla capacità della transazione di produrre la rinuncia al giudizio: aveva, infatti, letto il termine *transactio*, come composizione di *trans* e *agere*²⁸ e aveva inteso l'*agere* in senso «esclusivamente processualistico»²⁹. E la duplice natura della transazione era ricordata ancora da Roman Valerón, il quale affermava «*nam quod nec pactum, nec contractus transactio sit, sed potius distractus, ex eo constat, quod in iudiciis per contestationem quasi contrahitur inter partes*»³⁰. Sembra, comunque, che la dottrina abbia mutato prospettiva sin da Bartolo, il quale alla domanda «*quaero utrum transactio sit contractus*» rispondeva senza esitazione «*certe sic*»³¹. E questa lettura si consolidò nella giurisprudenza successiva³². Perciò Roman Valerón non aveva dubbi: affermava, infatti, «*sed tamen non ideo quod naturam distrabendi transactio habeat, contractus esse definit ... respectu enim litis quam terminat et resolvit, distractus est, respectu vero obligationis, quae ex transactione sequitur, per quam aliquid hinc inde deviant retineri convenit, ut a lite discedatur contractus est, et nova obligatio, ac proinde quoad formam contractus, quoad finem vero distractus dicitur, nec ideo minus contractus appellari debet*»³³.

Bartolo proseguiva chiedendosi «*quaero secundo utrum sit contractus nominatus vel innominatus*». E rispondeva «*videtur quod sit nominatus, quia habet ele-*

²⁶ BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretales Subtilissima Commentaria*, Venetiis, 1571, ad rubr. *de transactionibus* (X. I. 36), f. 204 ra, n 1, f. 204 va, n. 10.

²⁷ Al riguardo S. PARINI VINCENTI, *La res dubia*, cit., p. 1749, nota 9.

²⁸ Questa origine del termine *transactio* risulta ricordata continuamente dalla dottrina qui in esame: si veda, ad esempio, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus Tripartitus*, cit., f. 258 b, n. 2: «*quia transactio derivatur a praepositione trans, et nomine actio secundum Bartolum in l. sive apud acta C. de transactionibus [C. 2. 4. 28] cuius in hoc opinio est communiter approbata*».

²⁹ S. PARINI VINCENTI, *Transactionis causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai codici*, I, *La dottrina dei secoli XV e XVI*, Milano s.d. (ma 2012), pp. 32-41.

³⁰ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 30 a, n. 67.

³¹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam Codis Partem Commentaria*, in ID., *Opera omnia*, VII, Venetiis, 1596, in l. *sive apud acta*, C. *de transactionibus* (C. 2. 4. 28), f. 56 vb, n. 20.

³² S. PARINI VINCENTI, *Transactionis causa*, cit., pp. 36-38 vede ormai consolidata questa nuova interpretazione nella seconda metà del secolo XV. Ne costituisce prova il *Tractatus de transactionibus* di G.B. CACCIALUPI, edito a Siena nel 1486, dove si legge, f. 17 «*transactio proprie in specie sumpta sit contractus ... innominatus*». Su Giovanni Battista Caccialupi (1425 c.-1496) si vedano le biografie redatte da G. D'AMELIO per il *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. XV, Roma, 1972, pp. 790-797 e da D. QUAGLIONI per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 369 s.

³³ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 31 a, n. 75.

*gans nomen, sicut empio, venditio, depositum, societas, pignus, ita transactio habet nomen elegans. In contrarium est veritas quia contractus nominati praevedent actionem eo ipso quo ponuntur ... sed transactio non producit actionem nisi impleatur rei interventu, ergo apparet quod non est contractus nominatus, ut hic, et hoc sentit ista glossa tota, et ista est veritas»³⁴. Con decisione Bartolo respingeva la tesi di quanti sostenevano che la transazione dovesse essere qualificata come contratto nominato in quanto presentava una chiara individualità espressa nell'avvalersi di un proprio nome e sosteneva che alla transazione mancava il requisito essenziale dei contratti nominati, quello di attribuire ai contraenti sin dal momento della sua conclusione il diritto di agire in giudizio. La sua opinione, tuttavia, non dovette eliminare ogni dubbio se Baldo continuava a chiedersi «*sed nunquid est distractus nominatus vel innominatus?*», rispondendo «*respondeo dici potest contractus, sive distractus nominatus si fiat per acceptilationem C. e lege ubi pactum [C. 2. 4. 40], si autem nudo pacto, tum distractus est innominatus, ita est reperire contractum nominatum et innominatum, ita est reperire distractum nominatum et innominatum*»³⁵. E benché la classificazione della transazione come contratto innominato risulti prevalente, non mancarono i sostenitori della tesi opposta. È il caso, ad esempio, del francese Jean Coras che riprendeva l'argomentazione a suo tempo respinta da Bartolo. «*Probabiliusque semper opinatus sum*» dichiarava «*transactionem contractum esse nominatum, cum non stet sub generis nomine alteri contractui conveniente, sed transeat in speciale nomen ... transactio in suo generis nomine remaneat, ut non etiam flet sub nomine pacti, quod tamen ut conventionis species consideratur*»³⁶. Per lui, dunque, la transazione si avvaleva di una propria individualità espressa nel nome e non poteva, di conseguenza, essere considerata uno dei variegati accordi «*do ut des, do ut facias, facio ut facias*» privi di un proprio nome. Ma proprio questa motivazione era contestata da Padilla y Meneses, che a differenza del giurista francese giudicava generico il termine transazione in quanto attribuibile a diversi accordi; per tale ragione, a suo parere, la transazione doveva essere considerata un contratto innominato. Dichiarava infatti. «*verius tamen est transactionem esse contractum innominatum, habet enim nomen generale, quod aliis etiam conventionibus adaptatur*»³⁷. Questa opinione sembra dominante tra i giuristi in esame: l'affermava, ad esempio, Luis de Molina il quale, dopo aver detto «*constat transactionem contractum esse, eumque non gratuitum, sed onerosum*», dichiarava «*sunt vero transactio et compromissum contractus innominati, nempe facio ut**

³⁴ BARTOLO, *In Primam Codis Partem*, cit., in l. *sive apud acta*, C. *de transactionibus* (C. 2. 4. 28), ff. 56 vb-57 ra, n. 20.

³⁵ BALDI UBALDI *In Decretales*, cit., f. 204 va, n. 11.

³⁶ J. CORAS, *Miscellaneorum Iuris Civilis Libri Septem*, Coloniae Agrippinae, 1590, f. 72, n. 4.

³⁷ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum*, cit., f. 6 b, n. 21.

*facias, aut do ut facias hoc est recedo a lite, meumque ius arbitrio talis, aut tallium, committo, ut tu idem facias*³⁸. E Roman Valerón, dopo aver affermato che la transazione era un vero e proprio contratto respingendo le opinioni di quanti la consideravano un mero patto, si chiedeva «*an transactio sit ... inter contractus nominatos referenda*». E rilevava che «*precipue nominatum contractum defendit Coras*», mentre tutti gli altri interpreti erano di opinione contraria. «*Sed tamen contractum innominatum verius est*» affermava, condividendo la tesi dei numerosi giuristi citati. E motivava questa tesi dicendo «*primo, quia transactio non habet certam, et solemnem formam, qualem caeteri contractus innominati. Secundo, nam transactio non nisi sequuto implemento ex una parte actionem parit. Tertio, quia producit actionem propriam innominati contractus, quae est praescriptis verbis*». Né, a suo giudizio, poteva essere invocata la motivazione su cui si basava Coras per sostenere la natura di contratto nominato: affermava, infatti, che alla tesi «*quod transactio nomen habet ... respondetur esse nomen nimis generale, quod convenit iureiurando, praescriptioni, rei iudicatae, aliisque finiendarum litium modis*»³⁹.

La transazione, dunque, per la maggior dottrina qui in esame era un contratto innominato. Un contratto, comunque, «*iure gentium*». «*Existimo contractum hunc iure gentium fuisse inventum*» dichiarava Padilla y Meneses⁴⁰ e la sua opinione era condivisa da Roman Valerón, che la indicava come generalmente accolta: «*iuris gentium esse asserit Padilla ... et recte*» affermava «*nam cum eo iure lites esse coeperint ... quibus causam praebeuit dominiorum distinctio, bella, captivitates, servitutes, et contractus, quae ab eo iure originem trahunt*»⁴¹. Contratto «*stricti iuris*» e non «*bonae fidei*», nel senso che la *bona fides*, come rileva Luigi De Luca, non costituisce requisito qualificante della transazione, ma soltanto della sua validità, come avviene per tutti i contratti⁴², anche se forse nel caso

³⁸ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 806 ab, nn. 6-7.

³⁹ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., ff. 21 a, n. 1-35 b, n. 17. Si può aggiungere che la discussione ora ricordata non sembra aver trovare riscontro presso Giovan Battista De Luca, il noto canonista italiano del secolo XVII, il quale si limita a definire la transazione come un contratto, senza precisare se si tratta di contratto nominato o innominato. Scrive, infatti, che la transazione è «*quel contratto il quale si faccia tra litiganti sopra la cosa, che sia in lite: cioè, che stando ambedue incerti dell'evento buono, o cattivo della lite, e per conseguenza essendo ciascuno di loro nella speranza di vincere, e nel timore di perdere il tutto con la sentenza del Giudice; quindi per liberarsi di questo timore, e di mettere in sicuro qualche parte, si accordano tra loro, giudicando in tal modo da se stessi la lite con la reciproca partecipazione della cosa, ch'era in lite, maggiore, o minore a proporzione delle maggiori, o minori ragioni di ciascuno. E per tal'effetto la transazione si dice una specie di sentenza, e di regiuicata*»: G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il Compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale*, III, Colonia, 1740, p. 296, n. 2.

⁴⁰ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum*, cit., f. 8 a, n. 24.

⁴¹ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 19 a, n. 2.

⁴² L. DE LUCA, *La transazione*, cit., pp. 70, 83 s.

della transazione la *bona fides* era, per alcuni, particolarmente richiesta⁴³. «*Est quidem notissima tractatus nostri doctrina, transactionem stricti iuris esse*» dichiarava Roman Valerón⁴⁴. E di conseguenza concludeva, in maniera sintetica, «*ad eaque restringi, de quibus specialiter transactum esse constet, nec extendi ad res, casus, aut personas in ea non comprehensas*»⁴⁵. Più articolata era al riguardo la trattazione di Luis de Molina che rilevava «*sive petitio, et prosequutio litis fuerit universalis, sive particularis, quia videlicet particularis, aliqua res petebatur ... si postea sequatur transactio particularis, ut quia circa particularem rem, aut particulares res in transactione expressas, est facta transactio, tunc ea transactio non extenditur ad alias res, sed in integrum manet intentare actionem adversus eundem, cum quo facta est transactio, circa quascunque alias res, non vero circa res illas in particulari. Si petitio, ac prosequutio litis fuit generalis, et sequuta etiam fuit transactio generalis, tunc transactio generaliter debet intelligi*»⁴⁶. Anche Paul Laymann si chiedeva «*quam ampie transactio interpretanda est?*». E rispondeva «*Si transactio fiat circa rem unam, aut plures particulatim, extendi non debet ad res alias in eiusdem causae controversia contentas, praeterquam si dependentes, et connexae sint ... Si transactio fiat generaliter, seu indefinite ... extendit se ad omnia particularia contenta, etsi in specie incognita sint*». Aggiungeva precisando «*licet transactio verbis generalibus, aut indefinitis concepta videatur, restringitur tamen ad rem, seu causam, de qua inter partes actum erat*»⁴⁷.

L'accordo transattivo, peraltro, poteva essere concluso nella forma della *stipulatio*. «*Quamvis transactio sit contractus innominatus, si tamen transactio celebretur interveniente stipulatione transeat in contractum nominatum, ac proinde non solum naturalis obligatio, sed etiam civilis oriatur, competatque ex illa, non tantum exceptio, sed etiam actio ad cogendum illam implere, eique stare*» affermava Luis de Molina⁴⁸. La forma della *stipulatio*, dunque, trasformava la transazione in contratto nominato e le attribuiva la tutela di un'azione. Non solo. L'accordo transattivo poteva essere rafforzato da un giuramento delle parti: in tal caso ove la transazione fosse risultata invalida, l'accordo tra le parti sarebbe

⁴³ Ad esempio S. ODDI, *Tractatus de Restitutione in Integrum*, in *Tractatus de In integrum Restitutionibus ex Diversis Iuris Doctoribus Decepti*, Lugduni, 1586, f. 840 a, n. 56: «*magis bona fide in ea [=transactione] videtur requiri quam in iudiciis quia consensus videtur deficere detecta falsitate, nam numquam transigisset reus, si putasset instrumenta, quorum vigore, et timore, transigit, falsa essent, et sic deficit substantiale ipsius transactionis*». Sul giurista Sforza Oddi (Perugia 1540-Parma 1611) si veda la biografia redatta da A. CADOPPI per il *Dizionario biografico degli Italiani*, LXXIX, Roma, 2013, pp. 122-125.

⁴⁴ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 346 b, n. 1.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 817 a, nn. 2-3.

⁴⁷ P. LAYMANN, *Theologiae Moralis*, cit., f. 383 ab, nn. 7-8.

⁴⁸ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 806 b, n. 9.

stato comunque tutelato dal patto tra loro concluso. Così affermavano, ad esempio, Juan Gutiérrez – secondo il quale «*ubi ex hoc bene infert in materia transactionis iuratae, ut si non valeat ut transactio, valebit autem ut pactum nudum*»⁴⁹ – e Diego Covarruvias che ripeteva «*si transactio fiat iuramento praestito, ut non valeat ut transactio, valebit tamen ut pactum nudum*»⁵⁰. E, ancora, nel concludere la transazione le parti potevano definire il contenuto della pena per chi non rispettasse l'accordo. «*Quando transactio facta fuit sub certa aliqua poena nolenti illi stare, aut ei contravenienti*» dichiarava Luis de Molina «*tunc is, qui transactioni non stat, eive contravenit, cogi potest, vel illi stare, vel poenamolvere, non vero compelli potest ad utrumque*»⁵¹.

4. I soggetti della transazione

I giuristi in esame mettevano in evidenza innanzi tutto che il contratto transattivo era deciso liberamente dalle parti di una controversia, non già imposto dal giudice, al quale spettava soltanto di confermare l'accordo. «*Iudex ergo regulariter, et nisi aliqua rationabilis causa obstet, debet transactionem confirmare, et suum decretum imponere*» diceva Roman Valerón⁵². Ritenevano, tuttavia, che in alcuni casi, del tutto eccezionali, il giudice potesse imporre alle parti la conclusione del contratto. Lo dichiarava, ad esempio, il teologo olandese Leonardo Lessio, a parere del quale «*si sciens monitus de causae iniustitia, nolit desistere, non tamen secreta causae proderet parti, nisi id foret necessarium ad grave aliquod damnum proximi impediendum, tunc enim deberet iudici aperire, ut occurrat, quivis enim iure charitatis tenetur proximi damna impedire, quantum sine suo damno potest. Neque tunc potest inducere partem ad transactionem, si ea cum damno eius futura esset*»⁵³. La medesima opinione era espressa da Paul Laymann che am-

⁴⁹J. GUTIÉRREZ, *Tractatus Tripartitus*, cit., f. 237 a, n. 6.

⁵⁰D. COVARRUVIAS, *In Titulo de Testamentis Interpretatio*, in ID., *Operum Tomus Primus*, Antverpiae, 1638, f. 105 b, n. 21. Diego Covarruvias y Leiva o Covarruvias, famosissimo giurista, detto Il Bartolo spagnolo, nacque a Toledo nel 1512, studiò diritto a Salamanca, insegnò nello stesso Studio. Fu nominato vescovo e partecipò al Concilio di Trento. Ebbe incarichi pubblici, come quello di presidente del Consiglio di Castiglia. Morì a Madrid nel 1577. Su di lui rinvio alla biografia redatta da L. PEREÑA VICENTE per il *Diccionario biográfico español electrónico*.

⁵¹L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 807 v, n. 13.

⁵²E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 40 b, n. 3.

⁵³L. LESSIO, *De Iustitia et Iure Caeterisque Virtutibus Cardinalibus Libri Quatuor*, Brixiae, 1696, liber II, cap. 31, *disputatio* VIII, f. 322 a, n. 49. Sul teologo olandese Lenaert Leys, latinizzato in Leonardo Lessio, 1554-1623, si veda W. DECOCK, *Le marché du mérite. Penser le droit et l'économie avec Léonard Lessius*, Bruxelles, 2019.

metteva l'intervento cogente del giudice anche in altri casi, dichiarando «*iudex ... ordinarie cogere non potest partes ad transactionem ... primo nisi sit iudex supremus, qui in causa illa liberam disponendi facultatem obtineat, puta Papa in Ecclesiasticis beneficiis ... secundo, si partes diu litigaverunt, quia causa valde dubia est, ut difficile sit eam decidere, hoc casu iudex, praesertim supremus, ad transactionem partes compellere potest*»⁵⁴.

«Tutti quelli che liberamente hanno l'amministrazione delle loro cose» sono legittimati a stipulare una transazione: così scriverà nella prima metà del secolo XIX Pietro Vermiglioli, riportando l'opinione saldamente radicata nella tradizione giurisprudenziale sin dal Medioevo⁵⁵. Opinione condivisa dai giuristi in esame, i quali si impegnarono ad individuare i soggetti che non potevano vantare la libera amministrazione delle loro cose e, di conseguenza, non potevano stipulare una transazione. «*Quae personae transigere non possint?*» si chiedeva, ad esempio, Paul Laymann. E rispondeva «*qui alienare rem prohibentur, ii neque circa eam transigere, aut compromittere possunt. Exempli causa: haeres fideicommisso gravatus, tutor item sine iudicis decreto ... et similiter vassallus in feudo ex providentia sine consensu domini et agnatorum transigere, vel compromittere non potest ... Transactionem in bonis Ecclesiasticis immobilibus pretiosis, quae servari possunt, si fiat sine debita solemnitate irrita est ... Et procurator Principis ... sicut alienare rem non potest, ita neque super ea transigere sine mandato speciali*»⁵⁶. Un elenco analogo dei soggetti esclusi dalla transazione si trova in Luis de Molina, il quale dichiarava «*qui alienare non potest bona aliqua, is neque circa illa potest transigere, aut compromittere. Ea vero ratione is, ad quem bona vinculata devenire, non potest circa illa transigere, nec compromittere. Simileque modo feudatarius transigere, aut compromittere, non potest circa res feudales, neque item haeres gravatus aliquid alteri restituere, transigere, aut compromittere, potest circa illud. Itemque praelatus transigere non potest, neque compromittere circa bona Ecclesiastica, quae alienare non potest, eaque ratione, quae causa, et solemnitas, necessaria est ad alienandum bona Ecclesiae ... Eodem praeterea modo, sicut minor ipse tutor, aut curator, sine iudicis decreto alienare non possunt bona immobilia minoris*»⁵⁷. Vediamo alcune delle categorie escluse dalla conclusione del contratto transattivo.

La dottrina discuteva in merito alla possibilità delle parti di una controversia di concludere una transazione per il tramite di un procuratore. Per Luis de Mo-

⁵⁴ P. LAYMANN, *Theologiae Moralis*, cit., f. 383 b, n. 9.

⁵⁵ P. VERMIGLIOLI, *Lezioni di diritto canonico esposte secondo l'ordine dei titoli delle Decretali di Gregorio IX corredate di note e d'illustrazioni per uso della gioventù studiosa*, Perugia, 1835, p. 294. La stessa espressione si trova in L. DE LUCA, *La transazione*, cit., p. 101 secondo il quale possono transigere innanzi tutto «*coloro che siano domini rerum vel actionum*».

⁵⁶ P. LAYMANN, *Theologiae Moralis*, cit., f. 382 b, nn. 3-4.

⁵⁷ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 811 b, n. 1.

lina era necessario che il procuratore avesse ricevuto un mandato speciale e non generale: affermava infatti «*procurator alicuius constitutus ad agendum ac defendendum non potest transigere, aut compromittere, nisi ad id habeat specialem facultatem*»⁵⁸. Juan Bernal Díaz de Luco escludeva, invece, che il contratto potesse essere stipulato da un procuratore *ad agendum*: «*procurator ad agendum sicut non potest transigere, ita non potest facere compromissum in arbitratorem, quia censetur quaedam transactio*» scriveva⁵⁹. Più articolato era il discorso di Roman Valerón, il quale, basandosi sulla ricca giurisprudenza precedente, dichiarava «*procurator an transigere valeat, et quale mandatum ad id intercedere debeat difficilis est quaestio*». Distingueva allora tra mandato generale e speciale e divideva ulteriormente il generale in mandato «*cum libera bonorum administratione*» e mandato privo di tale clausola. Affermava in conclusione che «*ad transactionem alterius celebrandam opus esse speciali mandato*» ed aggiungeva che «*difficilius est dignoscere*» la medesima capacità «*in procuratore generali cum libera bonorum administratione*»⁶⁰.

Roman Valerón affermava, poi, che numerosi dottori «*tam in possessore majoratus quam in vassallo, haerede fideicommisso gravato, et emphyteuta ... transigere ii nequeant docent*»⁶¹. La maggior dottrina, dunque, riteneva che i soggetti ora indicati non fossero abilitati a stipulare una transazione relativa ai beni da loro posseduti perché di questi beni non avevano un pieno e libero *dominium*. Ammetteva, invece, che i soggetti di età minore potessero concludere un accordo transattivo ed al contempo cercò di definire strumenti che consentissero al soggetto, una volta raggiunta la maggior età, di rimediare a clausole dell'accordo rivelatesi nocive ai propri interessi. Sforza Oddi, ad esempio, affermava «*si minor transegit in minore aetate et postea factus maior aliqua capitula transactionis adimplevit, non amplius restitui potest ... Sed tu ex praedictis declara sic, ut si quidem maior factus ipsemet voluit adimpleri sibi capitula transactionis in favorem suum existentia, procedat hoc dictum, si vero maior factus cogatur illa adimplere, quia ipse dum erat minor voluit sibi impleri alia, et impleta fuerunt in favorem suum, et hodie constat, quod praeiudicialis ei est huiusmodi transactio, et impletum ipsius, secus erit*»⁶².

La dottrina riteneva che anche i coniugi fossero abilitati a transigere in meri-

⁵⁸ *Ivi*, p. 816 a, n. 19.

⁵⁹ J.B. DÍAZ DE LUCO, *Regulae Iuris, cum Suis Ampliationibus et Restrictionibus ex Variis Codicis Excerptae*, Lugduni, 1554, *regula* 605, f. 309. Juan Bernal Díaz de Luco nacque a Siviglia nel 1495 e morì a Logroño nel 1556, si addottorò a Salamanca, fu nominato vescovo e prese parte al Concilio di Trento. Su di lui si veda la biografia redatta da I. FERNÁNDEZ TERRICABRAS per il *Diccionario biográfico español electrónico*.

⁶⁰ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., ff. 277 a, n. 1-279 b, n. 18.

⁶¹ *Ivi*, f. 236 b, n. 6.

⁶² S. ODDI, *Tractatus*, cit., f. 483 a, n. 63.

to ad una vertenza relativa ad una donazione. Secondo Juan López de Palacios Rubios «*si inter ipsos coniuges litigantes fieret pactum, vel transactio super validitate ipsius donationis, quia ex quo sententia iudicis hoc facere non potest, ergo eadem ratione pactum inter coniuges factum, cum sententia et equiparentur ... et multo fortius idem erit in transactione, cum ad esse transactionis requiratur, quod fiat super re dubia, lite incerta*»⁶³.

A detta di Padilla y Meneses, infine, «*administratores civitatis possunt super rebus civitatis, quam administrant, transigere*»⁶⁴. L'opinione era condivisa da Roman Valerón, il quale dedicò al tema una riflessione più articolata. A suo parere sui «*bona universitatis*» «*non aliter transigi posse, quam si Principis facultas accedat ... quod bonorum alienatio non aliter subsistit, quam si Regia licentia interveniat*». Non solo. Il giurista prendeva in esame varie ipotesi. In caso di «*transactio inter universitatem, et privatum super dominio et proprietate bonorum universitatis*», ove l'accordo avesse previsto la cessione al privato dei beni della comunità cittadina «*necessaria est facultas Regia*», mentre di tale autorizzazione non ci sarebbe stato bisogno ove in base alla transazione «*universitas retinet aliqua pecunia vicissim data*». Se, poi, la transazione avesse riguardato due città, bisognava ulteriormente distinguere il caso in cui entrambe le città fossero di dominio regio da quello in cui una delle due fosse di dominio baronale. Nel primo caso la maggior dottrina riteneva superflua l'autorizzazione regia, ma il giurista era di parere contrario, ritenendo che la transazione «*absque Principis licentia invalida foret*»; nel secondo caso valevano le stesse regole che disciplinavano l'accordo tra una città regia e un privato. Se, poi, l'accordo riguardava non già il dominio delle cose, ma il loro uso, la rigorosa osservanza delle norme avrebbe imposto l'intervento della licenza regia, ma la prassi consolidata ne faceva a meno. Infine, per quanto riguardava le città appartenenti al dominio di un barone «*an eius licentia sufficiat, vel Regia intervenire debeat controversum est apud Doctores*»⁶⁵.

⁶³ J. LÓPEZ DE PALATIUS RUBIOS, *Commentaria Utilissima Insignisque Repetitio Rubricae et Capituli, Per Vestras, De Donationibus inter Virum et Uxorem*, Lugduni, 15512, f. 58 b, n. 3. Juan López de Vivero, meglio noto come Juan López de Palatios Rubios, nacque a Salamanca nel 1450 e morì nel marzo 1524. Studiò diritto canonico a Salamanca, dove si addottorò e successivamente insegnò. Ebbe incarichi pubblici e, tra l'altro, partecipò alla stesura delle *Leyes de Toro* del 1505. Su di lui si veda la biografia redatta da J. BARRIENTOS GRANDON per il *Diccionario biográfico español electrónico*.

⁶⁴ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum*, cit., f. 64 b, n. 1.

⁶⁵ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., ff. 255 b, n. 1-261 a, n. 44.

5. Oggetto della transazione

Particolare attenzione, poi, la dottrina in esame dedicò ad alcune materie oggetto di un contratto transattivo. Ne ricordo alcune.

i) Transazione *in rebus spiritualibus*. Il più significativo contributo di originalità portato dai canonisti medievali alla lettura dell'istituto romano della transazione era consistito, come noto, nella distinzione tra *transactio personalis* e *realis*, la prima vincolante soltanto i contraenti, la seconda valida anche per i loro successori e quindi definitiva. I canonisti medievali avevano, infatti, teorizzato che la transazione conclusa tra chierici, ove avesse ricevuto l'approvazione dell'autorità ecclesiastica superiore, avrebbe obbligato anche i successori dei contraenti – e, quindi, sarebbe stata qualificata come *realis* –, mentre in caso contrario avrebbe avuto validità esclusivamente tra le parti e quindi sarebbe rimasta *personalis*⁶⁶. Di questa distinzione, però, non sembra esserci traccia nella lettura, formulata dalla dottrina qui in esame, in merito alla transazione sulle *res spirituales*, in alcuni aspetti della quale era richiesto l'intervento della superiore autorità ecclesiastica, ma con una funzione nettamente differente.

Il cap. *super eo*, X, *de transactionibus* del *Liber Extra* (c. 7. X. I. 36) disponeva «*super eo quod quaesivisti, utrum de ecclesiastico beneficio in litigium deducto, possit fieri transactio tale damus responsum, quod transigi super re sacra et litigiosa non potest. Etenim res sacrae ut possideantur aliquo dato vel retento sive promisso speciem credimus habere simoniae. Alias si gratis et amicabiliter inter se litigantes componant, sacris canonibus nequaquam dicimus obviare*». Il capitolo condannava, quindi, come simoniaca ogni transazione che scambiasse un beneficio ecclesiastico con un bene temporale. La regola risulta condivisa dai giuristi in esame. Paul Laymann, ad esempio, si chiedeva «*utrum transactio seu pactio onerosa ad terminandam litem beneficialems absque simonia fieri possit?*». E rispondeva, richiamandosi al *Liber Extra*, «*respondeo et dico I. orta lite de Ecclesiastico beneficio, vel alia re spirituali non prohibentur partes gratis, et amicabiliter inter se componere ... Dico II. Transactio simoniaca est, in qua ex una parte beneficium ecclesiasticum, ex altera vero parte res temporalis datur, remittitur, retinetur*». Aggiungeva poi «*eadem ratio est, si controversia orta sit de alia quacunque spirituali, v.g. sacris reliquis, iure patronatus, eaque per transactionem, interventu alicuius rei temporalis ... Ratio est quia transactio est reciprocus contractus, et species quaedam commutationis: spiritualia autem cum temporalibus commutari non possunt, sine vitio simoniae*»⁶⁷. Luis de Molina ripeteva «*transactio ... neque*

⁶⁶L. DE LUCA, *La transazione*, cit., pp. 119-123; G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., p. 5 s.

⁶⁷P. LAYMANN, *Moralis Theologiae Repertorium*, Venetiis, 1630, f. 251 a, nn. 55-56.

locum habet in rebus spiritualibus ... de beneficio ecclesiastico», mentre «*compositio, quae vere non est transactio locum habet circa res spirituales*»⁶⁸. Francisco Suárez concordava: «*transactio, in qua ius spirituale pro aliquo temporali remittitur, vel retinetur est mala et simoniaca*»; e spiegava «*ratio est clara ... nam in transactione re vera sit quaedam permutatio, quae sub venditione comprehenditur, quando pretium intervenit, ergo si transactio sit remittendo spirituale pro temporali venditur spirituale ab eo, qui illud remittit, et e converso si retinetur, et quasi firmatur spirituale, dato temporali, emittitur aliquid spirituale*»⁶⁹.

Proseguiva Paul Laymann affermando che «*licet controversie, quae circa alias res, vel iura spiritualia versantur, terminari possint offerendo, vel retinendo aliud spirituale, id tamen concessum non est in materia beneficii, nisi Praelati auctoritas intercedatur ... nam... transactio est species quaedam permutationis: spirituale autem cum spirituali permutari nihil prohibet*». E spiegava questa affermazione dicendo che in virtù del sopraricordato capitolo del *Liber Extra* «*omnis reciproca pactio, conventio, permutatio in beneficiis ecclesiasticis ... tamquam simoniaca prohibeatur*», ma «*cum Praelati, aut Iudicis ecclesiastici auctoritate ... permutatio, ita et transactio in beneficiis de causa fieri potest*»⁷⁰. Francisco Suárez era d'accordo; scriveva infatti «*in materia beneficii non est licita transactio, etiam si in ea spirituale pro spirituali transigatur, quando illa propria auctoritate litigantium fit, auctoritate autem Praelati poterit honestari ... Fundamentum huius assertionis non est sumendum ex solo iure naturali, nam ex vi illius permutatio spiritualis pro spirituali non est simoniaca ... Fundamentum ergo est ex iure positivo, quo talis transactio prohibita est facta sine auctoritate Episcopis*», come aveva disposto il cap. *constitutus* del *Liber Extra* (c. 4. X. I. 36) il quale condannava come simoniaca una transazione che il superiore non aveva approvato. E quindi concludeva «*igitur ex vi solius Domini iuris haec transactio non est simoniaca*»⁷¹. In altri termini, la concessione di un beneficio ecclesiastico spettava in via esclusiva alla superiore autorità ecclesiastica e non poteva essere disposta liberamente dai chierici interessati: a costoro, infatti, mancava quel pieno *dominium* che costituiva, come sappiamo, il presupposto per procedere ad un accordo transattivo⁷². In conclusione i teologi qui esaminati negavano la transazione sui benefici

⁶⁸ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 806 a, n. 5.

⁶⁹ F. SUÁREZ, *Opus de Virtute*, cit., f. 580 b, n. 6.

⁷⁰ P. LAYMANN, *Moralis Theologiae Repertorium*, cit., ff. 251 b, n. 57-252 a, n. 58.

⁷¹ F. SUÁREZ, *Opus de Virtute*, cit., ff. 581 b, n. 11-582 a, n. 12.

⁷² Si può ricordare in proposito la transazione conclusa tra due chierici in merito ad una chiesa parrocchiale, transazione riportata da M. AZPILCUETA, *Consiliorum sive Responsorum Volumen Secundum*, Lugduni, 1594, cons. 46, f. 82 b, n. 1. Il giurista giudicava valida la transazione oggetto del suo parere perché «*fuit nota Praetorio Rotae, et placita illi, et decreta ... tum quia satis videtur a papa ratificata, cum iudex ab eo datus illam ratam habuerit*». Martín de Azpilcueta, detto il Dottor Navarro, nacque in Navarra nel 1492 e morì a Roma nel 1586. Dopo aver insegnato a Salamanca e

ecclesiastici sia quando questi erano scambiati con beni temporali, sia quando la compensazione avveniva tra beni spirituali, ammettendo quest'ultimo caso solo se approvato dalla superiore autorità ecclesiastica. Appare interessante rilevare che nessun giurista parlava di transazione personale: l'intervento dell'autorità ecclesiastica aveva l'effetto non già di trasformare la transazione conclusa da chierici da personale in reale, bensì l'altro di rendere legittima la transazione in questione⁷³.

Si può, infine, ricordare che oggetto della transazione poteva essere anche il versamento di decime. Il tema fu toccato da Ferdinando de Castro Palao a parere del quale la transazione aveva «*virtutem liberandi a debito decimarum, et a fortiori ad transferendum ex una Ecclesia in aliam obligationem*». Tale transazione, comunque, era valida solo se fondata su una «*sufficienti auctoritate. Haec autem auctoritas debet esse Pontificis*» se conclusa «*inter clericos et laicos*»; se, invece, l'accordo fosse stato «*inter unam, et aliam Ecclesiam ... auctoritas Episcopi sufficit*»⁷⁴.

ii) Transazione in materia matrimoniale. Secondo la *gl. servili ad l. iubemus, C. de transactionibus* (C. 2. 4. 43) «*valet transactio in causa matrimoniali sed decretum Episcopi est necessarium ... cum sit spiritualis causa, nam et in alia re alienanda est necessarium episcopi decretum*». I glossatori, dunque, ammettevano la transazione in una causa matrimoniale, ma richiedevano che la stessa fosse recepita e formalizzata da un decreto episcopale. La dottrina qui in esame risulta di opinione diversa: riteneva, infatti, che in virtù della sua natura sacramentale, il matrimonio era sottratto alla libera disponibilità degli sposi. Padilla y Meneses non aveva dubbi al riguardo: «*matrimonii sacramentum transactione terminari non potest. Cuius illa ratio est, quoniam causa haec non est sub ipsorum actoris et rei potestatem redacta ... nam neque volentes possunt a matrimonii vinculo discedere*»⁷⁵. E la stessa opinione era condivisa dagli altri giuristi: «*transactio in causa matrimoniali fieri nequit*» dichiarava, ad esempio, Diego Covarruvias ed aggiungeva «*cum in causa matrimoniali non sit transactioni locus, nec erit admittendum compromissum in arbitratorem factum*»⁷⁶. Roman Valerón, poi, ricordava la tesi della glossa: «*super causa matrimoniali an transactio valeat gl. in l. iubemus, C. de transactionibus valere affirmat, dum tamen Episcopi auctoritas interveniat*». Ma

a Coimbra, si trasferì a Roma presso la corte pontificia dove operò nella Penitenzieria Apostolica. Sulla sua vita e la sua opera rinvio alla biografia redatta da E. TEJERO TEJERO per il *Diccionario biográfico español electrónico*.

⁷³ Un'ampia trattazione del tema si può trovare in E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., ff. 198 b-209 a.

⁷⁴ F. DE CASTRO PALAO, *Operis Moralis de Virtutibus, et Vitiis Contrariis in Varios Tractatus, et Disputationes Theologicas Distributi, Pars Secunda*, Lugduni, 1635, f. 112 a, n. 4. Fernando de Castro Palao, gesuita e teologo, nacque a León nel 1581 e morì a Medina nel 1633.

⁷⁵ A. DE PADILLA Y MENESES, *In Titulum*, cit., f. 209 b, n. 5.

⁷⁶ D. COVARRUVIAS, *De matrimoniis*, in ID., *Operum Tomus Primus*, cit., f. 233 a, nn. 7, 9.

aggiungeva «*sed contraria sententia procul dubio verior est. Nec etiam matrimonialis quaestio potest in arbitrium compromitti*»; e spiegava «*ratio autem cur transigi de causa matrimoniali prohibeatur, est, quod non pendet a voluntate transigentium matrimonii vinculum, nec volentes possunt ab illo discedere propter vim sacramenti eademque ratione, nec valet compromissum ... consideratur autem matrimonium non ut contractus, sed ut sacramentum*»⁷⁷.

iii) Transazione relativa a una vertenza sul diritto agli alimenti. In tema di transazione sulle vertenze concernenti il diritto agli alimenti⁷⁸ disposto in via testamentaria, i teologi in esame seguirono la disposizione di C. 2. 4. 8 per la quale la transazione su una vertenza riguardante tale diritto era valida solo se approvata dal giudice⁷⁹; aggiunsero che la transazione poteva considerarsi valida anche nel caso in cui l'accordo comportasse un incremento dell'ammontare degli alimenti in questione. «*Transactio fieri non potest super alimentis futuris in ultima voluntate vel donatione causa mortis relicta inconsulto praetorio ... cuius ratio est duplex, favor alimentorum, et praeterea ultimae voluntatis ... Favor alimentorum in eo consistit, ne alimentarius contentus modica pecunia praesenti futuris alimentis renuntiet, et fame pereat*» affermava Juan Gutiérrez⁸⁰. La tesi era condivisa, tra gli altri, da Luis de Molina – a parere del quale «*circa alimenta alicui relicta ex ultima voluntate, etiam ex donatione causa mortis, si debeant praestanda in futurum, invalida est transactio, quae vis alia conventio, sine iudicis auctoritate, ... excipitur, nisi transactio cedat in maiorem utilitatem eius cui debetur*»⁸¹ – e da Paul Laymann, che affermava «*transactio super alimentis in futurum debitis ex ultima voluntate, si sine iudicis auctoritate fiat, irrita est, nisi ita fiat, ut per eam conditio alimentarii melior fiat*»⁸². Diego Covarruvias, poi, aggiungeva un'ulteriore possibilità, ritenendo legittima la transazione sugli alimenti se rafforzata da giuramento: affermava, infatti «*quamvis super alimentis futuris transactio iure optimo prohibita sit ... praestito tamen iuramento valida efficitur. Huius conclusionis ratio ea est, quod prohibitio ista facta fuerit propter privatorum utilitatem, qui ob modicam praesentem pecuniam futurae et maximae spei facillime solent renuntiare*»⁸³.

⁷⁷ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., ff. 145 b, n. 57-147 b, n. 71.

⁷⁸ Sul diritto agli alimenti nella dottrina di diritto comune si veda G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti*, I, *L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei sec. XII-XIV*, Torino, 1972.

⁷⁹ C. 2. 4. 8: «*De alimentis praeteritis si quaestio defertur transigi potest, de futuris autem sine praetorio seu praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur*».

⁸⁰ J. GUTIÉRREZ, *Tractatus Tripartitus*, cit., f. 263 b, n. 1.

⁸¹ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 815 a, n. 17.

⁸² P. LAYMANN, *Theologiae Moralis*, cit., f. 383 b, n. 6.

⁸³ D. COVARRUVIAS, *De iuramento confirmatorio*, in ID., *Operum Tomus Primus*, cit., f. 300 b, n. 12.

E fondandosi ancora sulla sopraricordata disposizione del Codice, i giuristi in esame sostenevano che il divieto di transazione non riguardava gli alimenti passati. «*Ubi dicitur de alimentis secundum tempus praeteritum transigi posse*» scriveva, ad esempio, Paul Laymann⁸⁴.

iv) Transazione su una vertenza in materia testamentaria. I giuristi in esame ammettevano che i fratelli, i quali avessero ricevuto per testamento dal padre beni indivisi, potevano decidere una divisione degli stessi. «*Si haereditas quam pater in testamento non divisit, inter fratres post mortem ipsius dividenda sit ... generali consuetudine receptum est ... Ubi talis consuetudo recepta non est, ad iudicem pertinet, divisionem iustam instituere*» diceva Paul Laymann ricordando che la consuetudine disponeva in questo senso e che in mancanza di una tale consuetudine poteva intervenire il giudice⁸⁵. Oggetto della divisione transattiva tra fratelli poteva essere anche il fedecommesso: in tal caso Juan Gutiérrez poneva come condizione che i fratelli avessero preventivamente preso conoscenza dei termini testamentari. Affermava, infatti «*fratres dividentes non possunt sibi invicem remittere fideicommissa, non inspectis nec cognitis verbis testamenti, ut tenent communiter Doctores*»⁸⁶.

La medesima conoscenza del contenuto della disposizione testamentaria era richiesta per la transazione su tale disposizione. «*Circa ea quae in testamento aliquo continentur invalida est transactio, nisi prius a transigentibus sciantur quae eo testamento continentur*» dichiarava Luis de Molina⁸⁷. Una conoscenza per la quale non era indispensabile la diretta lettura del testamento, essendo sufficiente che le parti ne avessero consapevole notizia. Lo chiariva, ad esempio, Juan Gutiérrez secondo il quale «*ex quibus omnibus infertur quoddam optimum in practica, scilicet non requiri necessario ad hoc, ut valeat transactio, quod transigentes inspexerint testamentum, super quo transigunt ob hoc ipsum, ut transigant, sed sufficere si aliter sciant tenorem testamenti, vel habeant eius notitiam ... Sufficit quod transigentes sciant contenta in testamento, eo aperto per relationem notarii vel testium, seu alio certo sciatur, licet non inspiciantur verba testamenti*»⁸⁸.

v) Transazione in materia penale. Luigi De Luca rileva che i canonisti medievali, con rare eccezioni, avevano rifiutato la distinzione romanistica tra reati pubblici (quelli contro il popolo romano) e privati (quelli contro i singoli soggetti), considerando tutti i reati come pubblici e negando quindi per tutti i cri-

⁸⁴ P. LAYMANN, *Theologiae Moralis*, cit., f. 383 a, n. 6.

⁸⁵ *Ivi*, ff. 383 b-384 a, n. 10.

⁸⁶ J. GUTIÉRREZ, *Tractatus Tripartitus*, cit., f. 258 b, n. 4.

⁸⁷ L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 813 b, n. 12.

⁸⁸ J. GUTIÉRREZ, *Tractatus Tripartitus*, cit., f. 259 ab, nn. 11, 15.

mini la possibilità di transigere⁸⁹. I teologi qui in esame risultano, al contrario, recuperare la suddetta distinzione e richiamare a fondamento della loro analisi, in particolare, l. *transigere*, C. *de transactionibus* (C. 2. 4. 18), secondo la quale «*transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio prohibitum non est. In alii autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem*». Così, ad esempio Leonardo Lessio ammetteva la transazione su un crimine pubblico se per questo era prevista la pena capitale, con l'eccezione del reato di adulterio; sui crimini pubblici non capitali, invece, la transazione non era ammessa, con l'unica eccezione del reato di falso. Sosteneva, infatti, «*licitum est transigere in crimine publico capitali, id est quod poena capitis punitur praeterquam in crimine adulterii, quia hic transactio est turpis, si autem est crimen publicum non capitale non est licitum transigere, nisi in crimine falsi*»⁹⁰. La sua opinione era correntemente condivisa: Juan Bernal Diaz de Lugo confermava che «*transigere de crimine adulterii non licet*»⁹¹, mentre Paul Laymann, dopo aver riportato il testo della l. *transigere*, affermava che «*de falsi crimine transactio valida est*»⁹². E Roman Valerón spiegava che sul reato di adulterio «*transactionem tantum maritis interdictam esse, id est, eam remissionem, quae aliqua re, aut pecunia accepta sit, vel adiecto pacto, quod apud eum maneat aliqua bona adulterae, vel si quoque modo compendium ex transactione quaesierit; ea tamen ita concepta turpis et detestabilis est, cum venalem honorem maritus reddat, seque proprie lenonem faciat, dissimulando adulterium propter pretium*»⁹³.

In merito, poi, ai crimini privati secondo Leonardo Lessio «*generatim transactio est licita ... haec tamen intelligenda sunt ante accusationem, nam post accusationem non potest fieri sine auctoritate iudicis*»⁹⁴. Paul Laymann proponeva, al riguardo, una riflessione più articolata: si chiedeva «*sed quid sentiendum de privatis criminibus, quibus poena sanguinis non irrogatur?*» e rispondeva «*si de tali crimine ... criminaliter agatur, transactio irrita est, et accusatus transigens pro confesso habetur, non minus quam in transactione de crimine publico. Si vero agatur civiliter ad poenam applicandam parti laesae transactio, sicuti et gratuita pactio, valet*»⁹⁵.

La transazione su crimini pubblici, comunque, non aveva effetti definitivi. Lo sosteneva Diego Covarruvias, a parere del quale le conseguenze della transazio-

⁸⁹ L. DE LUCA, *La transazione*, cit., pp. 112-117.

⁹⁰ L. LESSIO, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 312 b, n. 20.

⁹¹ J.B. DÍAZ DE LUGO, *Regulae Iuris*, cit., f. 393.

⁹² P. LAYMANN, *Theologiae Moralís*, cit., f. 383 a, n. 5.

⁹³ E.R. VALERÓN, *Tractatus*, cit., f. 187 a, n. 21.

⁹⁴ L. LESSIO, *De Iustitia et Iure*, cit., f. 312 b, n. 20.

⁹⁵ P. LAYMANN, *Theologiae Moralís*, cit., f. 383 a, n. 5.

ne erano differenti da quelle di una sentenza di assoluzione. Dichiarava, infatti «*ubi reus per sententiam iudicis absolutus fuerit, secus equidem si transactionis causa; nam etiamsi transactio valida sit, poterit alter a transigente idem crimen ad iudicium accusatione deferre*». Al contrario, la transazione su crimini privati aveva effetti definitivi: aggiungeva, infatti, Diego Covarruvias «*At si crimen in iudicium delatum fuerit privatim, eo accusante, cui ius accusandi aut prosequendi proprium vel propinquorum ... competit, isque cum reo transegerit, apparet post hanc transactionem, non posse ab alio remotiori, etiam ignaro prioris accusationis, criminis causa reperi, cum reus ipse pacem inierit cum legitimo ... accusatore*»⁹⁶.

⁹⁶D. COVARRUVIAS, *Variarum ex Iure Pontificio, Regio et Canonico Resolutionum Liber Secundus*, in ID., *Operum Tomus Secundus*, Antverpiae, 1638, f. 160 b, n. 5.

