

L'eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico

Magdolna SIČ (SZŰCS)

(*Université de Novi Sad*)

1. La nullità della vendita dell'eredità futura e la questione dell'*emptio spei* nel diritto classico

Secondo la regola classica, la vendita di eredità della persona vivente (eredità futura) è nulla: “*Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit*” (Pomp. D.18.4.1). L'Arangio-Ruiz ritiene che si tratti dell'applicazione di una regola antica (risalente al tempo in cui l'unica pratica conosciuta era la vendita a contanti): “*nulla venditio sine re quae veneat*” (Pomp. D.18.1.8pr.¹). In questo contesto, l'eredità della persona vivente non si può vendere, semplicemente perché essa non esiste: *quia in rerum natura non sit quod venierit*². Senza riferirsi alle fonti, l'Arangio-Ruiz argomentava la nullità della vendita anche con “la ripugnanza romana verso le convenzioni relative all'eredità di persone viventi”, e con la difficoltà di realizzare la richiesta di adempimento della prestazione dedotta nel contratto³.

Peraltro, nel suo libro nono ad Sabinum, Pomponio apriva ad un'eccezione alla regola “*nulla venditio sine re quae veneat*”:

D.18.1.8.1

Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit cum captum piscium vel avium vel missilium emitur:

¹ D.18.1.8pr.: Pomponius libro nono ad Sabinum „*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.*

² V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, vol. I, Napoli 1978, p.117.

³ V.ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, vol. I, p.116.

emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

Secondo Pomponio, la *emptio spei* come contratto aleatorio (*quasi alea emitur*) è quindi possibile nel caso della pesca e della caccia, ed anche in caso di *missilia* (ossia, gettoni buttati in mezzo alla folla, per chi avesse la fortuna o l'abilità di prenderli).

Vediamo però che, seguendo la regola “*nulla venditio sine re quae veneat*”, secondo Paolo, l'eredità futura non può essere oggetto di *emptio spei*. Secondo il giurista si può vendere la propria eredità soltanto quando essa esiste, i.e. dopo la morte della persona dei cui beni si tratta⁴.

D.18.4.7

Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

Ebbene, l'opinione di Paolo sembra da condividere. Non sembra infatti possibile equiparare la disposizione dei beni della persona vivente da parte della persona che ha soltanto la speranza di diventarne erede, con altri casi di *emptio spei*. I pescatori, i cacciatori o le persone che catturano i *missilia* devono tenere un comportamento allineato alla *bona fides* affinché la cosa oggetto di vendita si materializzi, ossia per catturare i pesci, gli animali, o i gettoni⁵. In questi casi, l'obbligo del compratore di pagare il prezzo, anche prima della venuta in essere della cosa venduta, si giustifica con lo sforzo del venditore per realizzare l'effetto della vendita. Al contrario, nel caso dell'eredità futura, il successore futuro (eventuale) non deve fare altro che tenere un comportamento conforme alla comune morale e, forse, essere grato. Il suo comportamento dovrebbe essere in accordo con i *bonos mores*. Qui nasce il seguente problema: quando il successore legittimo, come per esempio il figlio, vende la sua eredità futura durante la

⁴ V. F.VASSALLI, *I contratti sull'eredità del terzo vivente*, Studi giur. III, 1960, p.343; M.KASER, *Erbschafts Kauf und Hoffnungs Kauf*, BIDR 74 (1971), p.59. La compravendita è nulla anche quando si vende l'eredità della persona che non esiste. Sulla *venditio hereditatis* e sui problemi che da essa derivano, v. V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, p.116; Gai.3.85; Gai.2.252.

⁵ V. J.BENKE, *Emptio spei*, *Tanulmányok Dr. Molnár Imre egyetemi tanár 70. születésnapjára*, Szeged 2004, p.71.

vita del padre o della madre, questa alienazione è contraria ai *bonos mores*⁶, immorale⁷ e dolosa, similmente al caso regolato nel SC Macedoniano. Di più, la vendita dell'eredità futura effettuata *invito et inscio domino* rappresenta una ragione accettabile per l'esclusione dall'eredità⁸. D'altra parte, influenzare la volontà del testatore al fine di rendere erede il venditore è anche *contra bonos mores*:

D.45.1.61 *Iulianus libro secundo ad Urseium Ferozem*
Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

Particolarmente a partire dall'età Severiana incontriamo alcune regole contro le pattuizioni immorali. Per esempio, nella costituzione di Caracalla, leggiamo che:

C.2.3.6 (Ant. a.213)
*Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*⁹.

In questo contesto, come spiegare il frammento di Ulpiano sulla vendita di “*quasi spes hereditatis*”?

D.18.4.11 *Ulpianus libro 32 ad edictum*
Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi emptā', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in rebus.

Secondo l'opinione prevalente, questo frammento è una testimonianza di *emptio spei* dell'eredità¹⁰. Allora, al contrario del testo di

⁶ V. R.ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p.707s.

⁷ Secondo ZIMMERMANN (*op. cit.*, p.249, n.92), “The immorality of such transactions is based on the desire on the part of the acquirer to see his *spes hereditatis* materialize as soon as possible”.

⁸ Secondo Bartolo (G.VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Bartolo*, Studi in onore di Emilio Betti, vol. IV, Milano 1962, p.483, n.76), “*pacisci sub spe de succedendo, istud est turpe, quia inducit votum captandae mortis alterius...*”

⁹ Anche: Pap. D.22.1.5: *Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur*; Sul contenuto, Pap. D.28.7.15: *...nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*; v. Th.MAYER-MALY, *THRHR* 50 (1987), p.68.

¹⁰ R.ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 249; J.A.C.THOMAS, *Venditio hereditatis and emptio spei*, *Tulane LR* 33 (1959), p.545ss.; M.KASER, *op. cit.*, p.50ss.; scettico V.ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, vol.I, p.120. La critica è in F.VASSALLI, *op. cit.*, p.371ss.

Paolo, questa vendita sarebbe stata valida anche nel caso in cui il venditore non fosse divenuto erede. Peraltro, gli autori che sostengono la validità della vendita senza la cosa venduta, sono cauti nel sostenere la possibilità di concludere il contratto prima della morte di *de cuius*¹¹. Secondo Benke, il compratore non compra semplicemente l'eredità, ma vorrebbe acquistare "*quidquid iuris venditor habuerit*"¹². Peraltro, il venditore che non è diventato erede non incorre in nessuna responsabilità, perchè dal patto segue che come il vantaggio, così anche il pericolo dell'eredità venduta appartiene al compratore ("*quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertinet*"¹³). Quindi il venditore resta responsabile solo per il caso di comportamento doloso¹⁴.

Secondo la nostra opinione, questo frammento non può essere interpretato come esempio tipico di *emptio spei*. Ulpiano permette infatti soltanto la vendita di "*res incerta*", ma non anche la mera speranza di diventare erede. La parte di esso: '*si qua sit hereditas, est tibi empti*' non significa che il compratore compri l'eredità della persona vivente. L'aleatorietà consiste soltanto nella circostanza che non si conoscono né la qualità, né la quantità dell'oggetto dedotto nel contratto, e nemmeno è nota la possibilità di realizzare la prestazione che in esso si deduce. L'elemento di rischio può essere dato anche dall'insovenza del *de cuius*. Secondo noi, la speranza che il venditore diventi o non diventi erede non è l'oggetto di questa vendita. La parte di testo "*ipsum enim incertum rei veneat*" mostra che soltanto il valore dell'eredità venduta è incerto. Non si sa se ci sarà qualcosa o no, né quale sarebbe la qualità e la quantità di questo qualcosa, come nel caso del pescatore che getti la sua rete nel mare ("*ut in retibus*"). Allora, questo caso non è un tipico caso di *emptio spei*, ma è ad esso simile (*quasi spes hereditatis*).

¹¹ Per esempio in un caso immaginario (R.ZIMMERMANN, *op. cit.*, p.249, n.96; M.KASER, *op. cit.*, p.55), uno romano ha sentito dire che suo zio è morto. Convinto che lo zio lo abbia nominato erede ed essendo senza soldi, ha venduto la *spes hereditas*. In questo caso, il prezzo potrebbe essere basso visto che c'è il rischio che il venditore non sarà l'erede e questo rischio lo sopporta il compratore. In questo esempio lo zio è già morto, così non si tratta di eredità futura nel senso di disporre dei beni della persona vivente.

¹² J.BENKE, *op. cit.*, p.83–84.

¹³ Iav. D.18.4.10.

¹⁴ Cels. D.19.1.12; Gai. D.18.4.12: "...sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur".

Possiamo accettare l'opinione, diffusa in letteratura, secondo la quale questo testo di Ulpiano sarebbe interpolato¹⁵. A parte l'inconsistenza testuale, per giustificare questa opinione possiamo aggiungere il fatto che, come si vedrà nel testo che segue, senza l'accordo del futuro *de cuius* (la persona dei cui beni si tratta) le disposizioni dell'eredità futura da parte degli eredi eventuali erano proibite anche durante il periodo postclassico, fino all'età di Giustiniano.

2. *La confusione sul divieto dei patti successori¹⁶ e dei patti di disposizione dell'eredità futura (bonis viventis¹⁷) da parte dell'erede eventuale nei testi postclassici*

Nelle *Sententiae* di Paolo troviamo una versione della regola generale sulla nullità delle convenzioni, che, a nostro avviso, è accettabile come classica¹⁸.

P.S.1.1.4 [=Brev. P.S.1.1.2(4)]

Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci¹⁹ possumus.

Diversamente, D'Ors²⁰ ritiene che, mentre i giuristi classici proibivano di pattuire contro le norme pubbliche (*leges*) e contro le norme

¹⁵ F.VASSALLI (*op. cit.*, p.371): "Il testo è tutto compilatorio... E l'ultima parte dell'interpolatissima...considera l'ipotesi dell'*emptio spei*".

¹⁶ Bartolo (G.VISMARA, *op. cit.*, p.467-492) ha classificato i patti successori nel modo seguente: 1. patto acquisitivo (*pactum pro iure successionis acquirendo*); 2. patto rinunciativo (*pactum pro iure successionis amittendo seu perdendo*); 3. patto conservativo (*pactum pro iure successionis servando*); 4. patto dispositivo (*pactum de eo, quod acquireretur per successionem, certo modo disponendo*).

¹⁷ Secondo Bartolo (G.VISMARA, *op. cit.*, p.482), al gruppo dei patti dispositivi (che non sono i tipici patti successori) appartiene anche il *pactum de hereditate viventis*. Questo patto potrebbe essere valido se il "*de cuius*" vi abbia acconsentito, conservandosi in questa volontà fino alla sua morte.

¹⁸ La troviamo anche nell'editto del pretore "*De pactis conventis*" (Lenel, § 10); v. anche, Paul. D.2.14.27.4; D.12.5.8; Ulp. D.17.1.6.3; Pap. D.28.7.15; E.LEVY, (1969) *Pauli sententiae, a palingenesia of the opening titles as a specimen of research in west Roman vulgar law*, South Hackensack, N. J., Rothman Reprints; J.A.GODDARD, *Los pactos en las "Sentencias de Paulo"* (Análisis del título 1 del libro primero), www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/7.pdf

¹⁹ Come Gy.DIÓSDI scrive (*Contract in Roman Law, From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981, p.169) nelle fonti postclassiche le parole *contractus*, *pactum*, *pactio*, *placitum*, *conventio*, *negotium* sono state utilizzate sia nello stesso senso, sia in senso simile, sia in senso diverso. Secondo la nostra opinione nelle *Sententiae* di Paolo la parola *pactum*, *paciscere* si utilizza nel senso di *conventio*, *convenire* come la intendevano anche gli interpreti del testo di Paolo.

etiche (*bonos mores*), l'espressione „*boni mores*” nelle *Sententiae* avrebbe un nuovo significato di origine postclassico. Lo studioso osserva che la menzionata Sentenza di Paolo era formulata dal suo autore anonimo sotto l'influenza diretta del rescritto di Diocleziano conservato in *Consultatio – Cons.4.10 (Flavio Rumitalo pp.293)* “*Pactum neque contra bonos mores neque contra leges emissum valet et rel.*²¹” Secondo lui, Diocleziano utilizzava l'espressione *boni mores* (*Cons.4.10*) nel senso normativo, avendo intenzione di conservare ed estendere i principi romani come obbligatori per tutta la popolazione dell'Impero, contrapponendoli ai costumi provinciali²². Seguendo il pensiero di Mayer-Maly²³, Zimmermann scrive anche che, dalla fine del terzo secolo, i *boni mores* si considerano un sistema normativo uguale al *ius*²⁴. Secondo Goddard, Giustiniano accettava la concezione di *boni mores* anche in questo senso normativo, intendendoli quali norme di diritto non scritto²⁵.

Nella costituzione di Diocleziano del 293 d.C. (C.8.38.4) la stipulazione sulla futura successione è espressamente menzionata come convenzione *contra bonos mores*:

C.8.38.4

Imperatores Diocletianus, Maximianus (Domnae pp. 29 Apr. 293)

Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint.

Interpretando il significato dell'espressione *boni mores* nei testi di Diocleziano, D'Ors vorrebbe affermare che la convenzione *contra bonos mores* è nulla perchè è contraria ai principi romani. La ques-

²⁰ A.D'ORS, *De Nuevo sobre los estratos de las Pauli Sententiae*, BIDR 37-38 (1995-1996), p. 6.

²¹ Cons.4.9 (*Sebastiano pp. 29 Dic/Mag 293*) *Neque ex nudo nascitur pacto actio, neque si contra bonos mores verborum intercessit obligatio, ex his actionem dari convenit et reliqua*; D.LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen II*, ZSS 113 (1996), p.136.; E.LEVY, *op.cit.*, p.54. n.3.; J.A.GODDARD, *op. cit.*, p.18.

²² Anche secondo l'opinione di Honoré (T.HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford 1994, p.181-185), Diocleziano vorrebbe preservare il diritto classico dall'influenza del diritto provinciale.

²³ Th.MAYER-MALY, *op. cit.*, p.70s.

²⁴ R.ZIMMERMANN, *op. cit.*, p.710.

²⁵ J.A.GODDARD, *op. cit.*, p.18.

tione che sorge a questo punto è la seguente: secondo Diocleziano, la convenzione sulla futura successione (o sull'eredità futura) è nulla perché l'oggetto non esiste ancora, o perché è immorale – visto che i principi classici includono anche i principi morali?

Il rescritto di Diocleziano conservato in C.8.38.4 non dà risposta alla questione, non fa differenza fra le pattuizioni contrarie alla *bona fides* (D.45.1.61²⁶) e quelle sull'eredità futura a cui acconsenta la persona vivente (il futuro *de cuius*). Dunque, tutte e due sono nulle.

L'interpretazione delle *Sententiae* di Paolo [P.S.1.1.4 = Brev. P.S.1.1.2(4)] citate sopra enumerava i casi concreti della proibizione:

I.P.1.1.2(4)

Si inter aliquos conveniat aut de admittendo crimine, vel inferenda violentia, vel faciendo, quod lex aut honestas prohibet, aut de rebus alienis, aut de bonis viventis aliquid paciscantur, haec pacta valere non possunt.

Per quanto riguarda la tecnica legale, gli interpreti non sono precisi ed entrano in pleonasmii. Evidentemente “*admittendo crimine e inferenda violentia*” è proibito dalla legge ed è anche contrario all’*honestas* (*bonos mores*). Gli interpreti (probabilmente durante il quinto secolo) hanno sostituito l’espressione *bonos mores* con il termine “*honestas*”. Secondo *Gaii Epitome* (Brev. Gai.Ep.2.9.18) tutte e due le espressioni (*bonos mores* e *honestas*) hanno la stessa valenza²⁷. Siamo d’accordo con l’opinione di Goddard il quale ritiene che, in questo modo, i buoni costumi, dopo Diocleziano, ricevano nuovamente una connotazione morale²⁸.

Levy ha spiegato l’*Interpretatio* come segue: la regola generale sarebbe quella della nullità dei patti contrari alla legge e all’onestà. La

²⁶ D.45.1.61: *Iulianus libro secundo ad Urseium Ferocem: Stipulatio hoc modo concepta: ‘si heredem me non feceris, tantum dare spondes?’ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*

²⁷ *Gaii Epitome* (Brev. Gai.Ep.2.9.18): *Possumus enim aut nostra negotia aut aliena cuicumque agenda mandare: dummodo honestum aliquid agi mandemus. Nam si contra bonos mores aliquid mandare voluerimus, hoc est, si cuiquam mandemus, ut alicui furtum faciat, aut homicidium aut adulterium admittat, in his rebus mandati obligatio non contrahitur;* Diversamente Gai.3.157 usa soltanto l’espressione „*boni mores*”.

²⁸ L’opinione di Goddard (*op. cit.*, p.19) è che, utilizzando la parola “*honestas*” I. P. “voleva dare un sentido de moralidad personal, quizá una moral común como podria ser entonces la moral cristiana.”

parte rimanente del testo enumererebbe gli esempi di “*pacta nulla*”, che Levy divide in tre gruppi: nel primo gruppo ci sono i patti volti a commettere un delitto (*admittendo crimine, vel inferenda violentia*), nel secondo quelli sulle cose altrui (*il res aliena* - secondo Levy significa l’eredità altrui), ed infine i patti sui *bonis viventis* – spiegati da Levy come le cose che rappresentano l’eredità della persona vivente²⁹.

Levy considera le cose altrui ed i beni delle persone viventi insieme, nel senso di eredità altrui o propria, seguendo il testo conservato attraverso *Lex Romana Burgundionum* 38.3:

De successione viventum, nec de sua nec de aliena, quemquam pacisci posse, nec huiusmodi scripturam nomen pacti legibus vindicare, secundum legem Gregoriani et Hermogeniani.

In questo modo, Levy intende introdurci alla problematica dei patti successori praticati nelle province. Si pone la questione se, secondo l’*Interpretatio* [I.P.1.1.2(4)], siano proibiti i patti sulla divisione dei beni delle persone viventi (il cosiddetto patto successorio), o semplicemente la disposizione (per esempio la vendita) delle cose altrui, cioè, la disposizione dell’eredità futura da parte dell’erede eventuale. Dobbiamo constatare che il termine *pactum*, nel periodo postclassico, non si utilizza più nel senso tecnico classico, ma assume il significato generale di convenzione, pattuizione³⁰.

Levy analizza soltanto i testi che sono direttamente (spesso anche testualmente) legati alla problematica considerata, trascurandone altri, che invece testimoniano le circostanze economico-sociali e politiche sulle quali il cambiamento del testo potrebbe essere fondato.

A partire da Costantino, le costituzioni imperiali regolavano i problemi della società decadente dell’epoca. Benché le costituzioni siano state soggette alla “massimazione³¹” dei compilatori del Codice Teodosiano, i problemi e le circostanze del periodo si possono rinvenire, di solito, nelle decisioni³².

²⁹ E.LEVY, *op. cit.*, p.55, nt.3.

³⁰ Gy.DIÓSDI, *op. cit.*, p.169.

³¹ V. E.VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, Rend. Cl. Scienze Morali Accad. Lincei. Ser. VIII vol. 13, 1958, p.62-76; E.VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, La critica del testo, Atti del secondo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, Firenze 1971, p.821-1097.

³² Non vogliamo entrare in questa sede nella problematica complessa della relazione tra *leges* e *ius* nel periodo postclassico, però, riguardando la composizione del Breviaro ed anche il contenuto delle regole, la nostra opinione è che in questo codice le

Troviamo la regola della proibizione di patti sull'eredità futura successivamente, nella costituzione di Costantino, ma con l'eccezione dell'eredità della madre. Questa costituzione considera la questione della divisione dei beni della madre (durante la vita della medesima) tra i figli.

CTh.2.24.2 = Brev. CTh.2.24.2 (327): *Nulli quidem de bonis usurpandis vivorum, nec dividendi contra bonos mores concessa licentia est...*, soltanto in conformità alla volontà della madre, i figli possono dividerne la proprietà e possono tenerla per sé, a condizione che la madre non cambi la sua volontà durante la sua vita: "*sed si praeicipiente matre bona eius inter se liberi diviserunt, placuit omnifariam nobis, huiusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur*".

L'*Interpretatio* (Int. CTh.2.24.2) non cambia il significato della regola di Costantino, ma al posto di "*contra bonos mores*" (che si spiega in Brev. I.P.1.1.2(4), come "*honestas prohibet*") utilizza la parola "*iniustum*", mostrando che questa divisione non è più immorale, ma è proibita dalle norme di legge:

Int. Licet vivorum bona, ut dividantur, iniustum sit, tamen si mater vivens facultates suas filiis praeceperit et permiserit dividendas, et usque ad exitum vitae suae in eadem voluntate perstiterit, diviso inter filios facta perduret.

Per quanto riguarda questo cambiamento, si pone anche la questione dell'influenza dei costumi delle popolazioni germaniche³³. In

regole del *ius* (E.G.; P.S.; C.Greg; C.Hermog. - nel Breviario le costituzioni di Codex Gregorianus e Hermogenianus sono trattate come *ius* probabilmente seguendo l'interpretazione della cosiddetta "*Lex citationis*", Brev. Int.CTh.1.4.1 *in fine*: "*Sed ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo, quae necessaria causis praesentium temporum videbantur, elegimus.*") siano in armonia con le regole delle *leges*. Per di più, questo processo di armonizzazione è in sintonia con le proibizioni previste *utilitate publica* dalle *leges*. Secondo l'opinione prevalente, i compilatori del Breviario hanno fatto mutamenti soltanto nell'*Interpretatio* per armonizzare le regole di fonti diversi del Codice. Dunque, interpretando le fonti di *ius* nel Breviario dobbiamo tenere presente le costituzioni imperiali inserite nei libri del Codex Theodosianus e nelle Novelle Posttheodosianae. V. M.SiC, *Odnos iusa i legesa od Justinijana do danas* (Ius and Legels from Justinian until Today), Post-Conference Publication, International Symposium 'Contemporary Law, Legal Science and the Justinian's Codification', Tom. 1, Vol. 1, Skopje 2004, p.363-393.

³³ V. R.ZIMMERMANN, *op. cit.*, p.712s.

accordo con il *SC Orfitianum* (178 d.C.), i figli diventano gli eredi della madre³⁴, ma in pratica potevano sorgere problemi al momento in cui si fosse reso necessario riconoscere questo diritto da parte dei fratelli e dei parenti³⁵. D'altra parte, i Germani non concepivano il patto successorio come un atto immorale e contro la libertà di testare (*libera testandi facultas*). Ci si imbatte allora nel seguente problema: come armonizzare il costume germanico con le regole romane? Questo problema ritornerà anche successivamente, nelle epoche più tarde, per esempio al tempo di Bartolo³⁶ e di Mevius³⁷.

³⁴ C.G.BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen 1909, p.211, n.64, Ulpianus l. XII ad Sabinum: *Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex SCto Orphitiano. Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. (Ait senatus) quae iudicata transacta finitave sunt, rata maneat; D.38.17.1pr.; 9.; 12; D.38.17.9 (Ulpianus); C.6.57.1 (Krueger, Berlin 1954): Imperator Alexander Severus (a. 225): *Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet*; 3. Imperatores Diocletianus, Maximianus (a. 293): *Matri intestatae defunctae secundum Orfitianum senatus consultum citra bonorum possessionem filia pro herede gerendo succedere non prohibetur*; 4. Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius (a. 383): *Quotiens de emancipati filii filiaeve successione tractatur, filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido successio neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas*; Iulii Pauli Sententiae, 4.10.1 (FIRA II, Firenze 1940): *Filii vulgo quaesiti ad legitimam matris hereditatem adspirare non prohibentur, quia pari iure, ut ipsorum hereditates matribus, ita ipsis matrum deferri debuerunt*; Tituli ex corpore Ulpiani, 26.7 (GIRARD/SENN, Paris 1967): *Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventionem matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis*.*

³⁵ Per esempio, nel caso di successione della proprietà della *filia emancipata*: Brev. CTh.5.1.3 [= CTh.5.1.3 - Tit. I (=Brev. I) “*De legitimus hereditatibus*”]: *Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Hilarium Pf. P. (19 Feb 383 Mediolanum): Quoties de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit, seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus avo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur, neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas, quum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum, incolumes ac superstites optabili sorte genitoris, successio liberorum*.

³⁶ G.VISMARA (*op. cit.*, p.465-492) esplica il metodo di Bartolo di risolvere le controversie sui patti successorii tra il diritto civile (concetti di diritto romano), il diritto canonico ed i diritti particolari (l'antico diritto longobardo, il diritto feudale e il diritto statutario) con l'allineamento alla realtà sociale del suo tempo.

La risposta al quesito appena menzionato si trova nella costituzione sulla validità della *longa consuetudine*.

CTh.5.20.1 [= Brev. CTh.5.12.1 (anno incerto)]

Imp. Constantinus (Mommsen) Iulianus (Haenel), a. ad Maximum: *Venientium est temporum disciplina instare veteribus institutis. Ideoque cum (quam) nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt*³⁸.

Vediamo allora che, nel periodo postclassico, il principio guida era la *utilitas publica* nel senso dell'interesse dell'Impero romano (cosiddetto interesse comune). Seguendo questo principio, i patti invalsi nella vita quotidiana delle provincie, che non fossero contrari all'*utilitas publica*, avrebbero ritenuto la propria validità. Di più, secondo l'*Interpretatio*, essi avevano il valore di legge:

Int.: *Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur*³⁹.

Non possiamo negare che il costume germanico avrebbe potuto influenzare l'applicazione nell'*Interpretatio* (Int. CTh.2.24.2) del termine "*iniustum*" al posto di "*inhonestum*", ma ciò non significa che la regola di Costantino fosse basata esclusivamente su questo influsso. Secondo la nostra opinione, infatti, le ragioni di Costantino sono fondate soprattutto sulle circostanze economiche.

Vediamo infatti che il divieto di pattuire circa i beni delle persone viventi (eredità futura) nella pratica dei tempi postclassici, soprattutto dopo la riforma diocleziana delle tasse (*capitatio-iugatio*), avrebbe potuto causare problemi di sopravvivenza nella popolazione povera⁴⁰.

³⁷ MEVIUS, *Decisiones (Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismariense delatis*. Frankfurt am Main 1698), pars III, Dec. CCIX (5): "*Sic in Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenda amplius ea juris civilis veteri constitutione pacta successoria valeant*".

³⁸ Vedi anche, G.BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983, p.64.

³⁹ Gli imperatori hanno riconosciuto valide le scritture di divisione dei beni da parte di persone viventi a favore dei loro successori legittimi (*filis vel nepotibus cuiuscumque sexus*) con efficacia *post mortem*, anche se la scrittura non presentava tutti gli elementi formali del testamento romano. CTh.2.24.1 (= Brev. CTh.2.24.1) da 321/324; Int.: *...hoc inter filios et nepotes ex filiis masculis observetur, quod voluntate auctoris per quamcumque scripturam probabitur ordinatum*; C.3.36.21 (294); 26 (321).

⁴⁰ Fino dal tempo di Diocleziano il patrimonio di tutti i sudditi dell'Impero era stato aggravato da un pegno nell'interesse del fisco. Secondo Frezza (P.FREZZA, *Le gar-*

L'esecuzione delle tasse era severa, come possiamo scoprire dagli scrittori contemporanei e dalle costituzioni contro gli abusi degli ufficiali⁴¹. Dalle costituzioni imperiali sappiamo poi che era diffusa la pratica della vendita dei figli, e talvolta anche degli altri parenti “*ut discrimen instantis mortis effugerent*”⁴².

Per quanto riguarda l'impatto delle circostanze economiche sugli istituti qui oggetto di indagine, è bene ricordare che i membri della famiglia povera non avevano la possibilità di essere economicamente indipendenti, pertanto era necessaria la collaborazione di tutti. Non era importante chi sarebbe stato il proprietario legittimo dei beni della famiglia. La costituzione citata vietava l'usurpazione e la divisione della proprietà della persona vivente senza il suo consenso. La divisione dei beni fra i figli era possibile in costanza di consenso della madre.

Il caso della divisione dei beni della madre pone il problema di ciò che potevano fare i figli con la proprietà della madre (i.e. con l'eredità futura) dopo averla divisa. Si tratta infatti di stabilire se fosse o no possibile alienare i beni facenti parte di questa proprietà, e se i figli potessero o no aggravarla di pegni, ecc.

anzie delle obbligazioni, Corso di diritto romano, vol. II, Garanzie reali, Padova 1963, p.176-178), fino dal tempo dei Severi il fisco aveva il privilegio “*veluti pignoris iure*” su tutti i beni presenti e futuri dei contribuenti. Nelle costituzioni di Caracalla possiamo leggere: C.8.14(15).1 da 213 d. C.: “*Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributes obligate sunt*”; C.8.14(15).2 da 214 d. C.: “*Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, /quamvis specialiter id non exprimitur/*. La regola dell'hypotheca generale del fisco si ritrova anche nel testo di Ermogeniano: D.49.14.46.3 *Fiscus /semper/ habet ius pignoris*. Questo era il pegno legale che “*tacite contrahitur*”, Nerat. D.20.2.4; Paul. D.2.14.4.

⁴¹ Nella pratica potevano esistere problemi d'incasso dei debiti fiscali, causati non soltanto dalla povertà della popolazione, ma anche dall'abuso da parte degli esecutori, nel senso che costoro spesso usurpavano tutta la proprietà del debitore (Salvianus, *De Gub. Dei*, 268; 269; 284; CTh.11.1.20; 26; 7.20).

⁴² La vendita dei membri della famiglia era una realtà tristissima nel periodo tardo imperiale. Illustrando la situazione dopo l'invasione d'Italia ad opera dei Goti, (Nov. Val. 33.1 = Brev. Nov. Val. 3.11.1 da 451) - “*Notum est, proxime obscaenissimam famem per totam Italiam desaevisse, coactosque homines filios et parentes vendere, ut discrimen instantis mortis effugerent.*” - l'imperatore Valentiniano si chiede: “*Cui non ingenuo mori satius est quam iugum servile perferre?*” V. M.SIČ, *Izlaganje i prodaja dece u rimskoj imperiji* (Esposizione e vendita dei figli nell'Impero romano), *Pravni život*, Beograd 2001/9. tom. I, p.573-585; su *ius exponendi*: T.NÓTÁRI, *De iure vitae necisque et exponendi*, *Iuridicophilologica*, Budapest 2004, p.117-140 [anche in, *Jogtudományi Közlöny*11 (1998), p. 421-434].

Nella costituzione di Costantino la questione della disposizione dell'eredità futura non è regolata espressamente. Però, la condizione che il consenso della madre dovesse essere permanente fino alla sua morte, limitava la possibilità di disposizione della sua proprietà da parte dei figli. La madre infatti non poteva restare priva dei beni a lei necessari per la sopravvivenza. In questo senso, il testo conservato attraverso *Epit. S. Gall*⁴³ è molto più chiaro:

Quicūq; mulier post morte mariti sui vivens si suas res in suos filius dividere voluerit ipsas res postea dū vivit tenere potē et ipsa divisio post eius mortē firma pmaneat.

In questo passo la madre divide i suoi beni fra i figli dopo la morte del marito, durante la sua vita. In questo modo i beni della famiglia sono assicurati per i figli, anche nel caso in cui la madre entri in un nuovo matrimonio. L'altra ragione alla base di questa regola è che i figli – di norma – possono coltivare ed amministrare i beni della famiglia probabilmente in modo più efficiente della madre. D'altro canto, quest'ultima non perdeva i beni, perchè la divisione poteva acquisire definitività soltanto dopo la sua morte.

È chiaro che, permettendo la divisione della proprietà della madre fra i figli, si doveva, al contempo, procurare la protezione della madre. Evidentemente, con la divisione, la madre rimaneva il proprietario dell'eredità, così possiamo immaginare che senza il suo consenso la disposizione dei suoi beni da parte dei figli soggiacesse alla proibizione della pattuizione sulle cose altrui.

3. *Le cose altrui*

Quanto alle cose altrui, l'opinione prevalente è che, nel periodo classico, queste cose potessero essere oggetto del contratto di vendita. Peraltro, secondo l'Arangio-Ruiz, si trova soltanto un testo che afferma la validità di questa vendita:

⁴³ *Epit. S. Gall* (v. *Lex Romana Visigothorum*, ed. G. Haenel "Scientia Verlag Aalen" 1962, p. XXXI – XL) - Brev. CTh.2.24.2.

D.18.1.28 (Ulp. 41. ad Sab.)

*Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest*⁴⁴.

Il tacere delle fonti si spiega col regime delle obbligazioni del venditore nell'età classica⁴⁵, e con l'argomento che i classici non ritenevano importante proclamare le regole ordinarie⁴⁶.

Al contrario, nel periodo postclassico la vendita di cose altrui era proibita. Il divieto della vendita di cose altrui nel periodo postclassico si spiegava con la pratica della vendita a contanti con effetto traslativo della proprietà al momento di conclusione del contratto⁴⁷. Oltre a questa ragione, si deve aggiungere che anche le costituzioni imperiali vietavano la pattuizione sulle cose altrui⁴⁸.

Nel periodo postclassico, specialmente dal periodo di Costantino, la proprietà ed il proprietario dovevano essere conosciuti (*certa et vera*) per ragioni di *utilitas publica*.

La costituzione di Costantino del 337 d.C. richiede la conferma da parte dei vicini di *certa et vera proprietas* del venditore, perchè vendendo la cosa, al compratore si trasmette anche l'obbligo delle imposte.

⁴⁴ Secondo la critica (V.ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, vol. I, p.134. n.1), il testo sarebbe stato formulato dai compilatori giustinianeî sulla base di un altro testo di Ulpiano che afferma la facoltà del creditore pignoratizio di vendere la cosa oppignorata.

⁴⁵ Sono obbligazioni del venditore: *possessionem tradere, purgari dolo malo, evictionem se obligare*. Naturalmente, il loro regime è intimamente legato alla consensualità del contratto di compravendita. Su tutto questo v. V.ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, vol.I, p.149-182; M.KASER, RPR I, München 1971, p.549.; W.W.BUCKLAND, *A Text book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1966, p.481.; F.DE ZULUETA, *The Roman law of Sale*, Oxford 1945, p.11-12.

⁴⁶ V.ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, vol.I, p.134. n.1.

⁴⁷ M.KASER, RPR. II, p.282.; E.LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, p.209; F.PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p.13. Il diritto greco contemporaneo accetta le regole classiche sul trasferimento della proprietà della cosa venduta. V. K.D.KERAMEUS/P.J.KOZYRIS, *Introduction to Greek Law*, Denver-Boston 1993, p.129.

⁴⁸ Per esempio, alle persone sottoposte (servi, coloni, procuratori, ecc.) era proibito aggravare di pegno le cose del proprietario "*invito vel inscio domino*". CTh.2.30.2 = Brev. CTh.2.30.2 (422): *Imp. Honorius et Theodosius AA. Ioanni Pf. P. Post alia: Nexum non faciat praediorum nisi persona, quae iure potuit obligari. Per servum autem procuratoremve, colonumve vel actorem seu conductorem praeiudicium possessioni invito vel inscio domino inponi non posse, et iuris et legum auctoritatibus decantatur. Et cetera.*

CTh.3.1.2 = Brev. CTh.3.1.2⁴⁹:

Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante perdat. 1. Id etiam placuit neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas a vicinis demonstretur: usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. 2. Nec inter emptorem et venditorem sollemnia in exquisitis cuniculis celebrentur, sed fraudulenta venditio penitus sepulta depereat.

Mentre la costituzione si riferisce soltanto alle cose immobili, l'*Interpretatio* estende la conferma della proprietà del venditore anche quando si vendono le cose mobili (*mediocribus rebus*), con la spiegazione „*ne aliena vendatur*⁵⁰”.

La proprietà deve essere *certa* e *vera* nell'interesse fiscale dell'Impero. Il nome del nuovo proprietario deve essere registrato nei libri della pubblica evidenza (*censualibus paginis, publicis libris*⁵¹).

Osservando questi testi, non si può accogliere l'opinione di Levy, secondo la quale le cose altrui [I.P.1.1.2(4)] significano l'eredità altrui secondo il testo di *Lex Romana Burgundionum* (38.3⁵²).

⁴⁹ La versione più ampia in: Fr. Vat. 35.

⁵⁰ Int. CTh.3.1.2: *Quicumque villam comparat, tributum rei ipsius, sicuti et ius possessionis se comparasse cognoscat, quia non licet ulli agrum sine tributo vel solutione fiscali aut comparare aut vendere. Quod si subpressa fiscali solutione aliquis vendere ausus fuerit vel comparare praesumpserit, noverint inter quos talis fuerit secreta transactione contractus, quod et ille pretium perdat qui emptor accesserit et venditor possessionem amittat, quia iubetur, ut vicini rei quae venditur testes esse debeant et praesentes, in tantum, ut etiam de mediocribus rebus si quid in usum venditur, ostendi vicinis placeat, et sic comparari, ne aliena vendantur.*

⁵¹ CTh.11.3.5 = Brev. CTh.11.2.2 (391): *Quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet adnotari ac se spondeat soluturum, ablataque molestia de auctore in succedentem capitatio transferatur.*

⁵² E.LEVY, *op. cit.*, p.55, nt.3.

4. *La distinzione del patto successorio dal patto di disposizione dell'eredità futura nel diritto giustiniano*

Il problema della validità della pattuizione sull'eredità futura era molto attuale anche al tempo di Giustiniano, e particolarmente era sentita la questione del valore dei patti di disposizione sulla eredità sperata durante la vita della persona della cui eredità si tratta.

C.2.3.30: *Imp. Iustinianus* (531):

De quaestione tali a Caesariensi advocazione interrogati sumus: si duabus vel pluribus personis spes alienae fuerat hereditatis ex cognitione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos perveniat, certos modos in eadem hereditate observari, vel si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oportet.

Sappiamo dalla costituzione che le convenzioni sull'eredità futura sono sottoposte a due condizioni: che la persona dei cui beni si tratta muoia e che la persona che ha stipulato il patto (contratto) diventi erede:

C.2.3.30.1

Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus condicionibus composita sunt, si ille fuerit mortuus et si ad hereditatem vocentur hi qui pactionem fecerunt.

Tenendo presente la vecchia proibizione di pattuire contro *bonos mores*, Giustiniano ritiene che *nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus* (C.2.3.30.2), di più se sono fatte durante la vita e senza la conoscenza di esse da parte della persona dei cui beni si tratta (*quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes convenerunt*).

Tuttavia, seguendo la costituzione di Costantino, anche Giustiniano apre un'eccezione alla proibizione nel caso di pattuizione sull'eredità futura, nel senso di *pacta successoria* alla quale acconsentano i proprietari, ma adesso in via generale, e non soltanto in caso di eredità della madre.

C.2.3.30.3

Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus

observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare.

Giustiniano regola anche gli effetti giuridici del patto successorio, ossia la questione della disposizione dell'eredità futura, che mancava nella costituzione di Costantino.

C.2.3.30.4

Quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. iubemus etenim neque donationes talium rerum neque hypothecas penitus esse admittendas neque alium quendam contractum, cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum meorum non patitur.

Giustiniano chiarisce che l'eredità futura divisa fra i figli, come una cosa altrui, non può essere oggetto di contratti contro la volontà del proprietario, specialmente quando il contratto produce l'effetto di alienare il bene in questione (donazione, pegno, etc). La parte della costituzione *in fine*: "*temporum meorum non patitur*" indica la pratica secondo la quale i figli disponevano di questi beni senza chiedere, o forse anche contro la volontà dei genitori.

Nello stesso anno (531) Giustiniano emanava un'altra legge (C.7.71.7⁵³) che mostra le ragioni economiche della disposizione dei beni che formalmente appartengono al padre da parte dei figli *alieni iuris utriusque sexus*.

Anche se i figli, come è noto, non sono titolari di alcuna proprietà che pertenga al loro *censu*, questa legge permette, per il caso di loro insolvenza, la *cessio bonorum* „*ne patiantur iniuriam*”.

L'imperatore spiega questa possibilità come segue: *Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus adquiri vetitae*

⁵³ C.7.71.7: Imp. Iustinianus (531): *Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus adquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit? cum, etsi nihil in suo censu hi qui in potestate sunt parentum habeant, tamen, ne patiantur iniuriam, debet bonorum cessio admitti. si enim et pater familias admittendus est propter iniuriarum timorem ad cessionis flebile veniens adiutorium, quare filiis familias utriusque sexus hoc ius denegamus? cum apertissimi iuris est et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguis accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli.*

sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit?

Secondo Giustiniano, in caso di insolvenza dei figli il *pater familias* deve prestare il suo consenso alla *cessio bonorum* dell'eredità futura: „*cum apertissimi iuris est et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli*⁵⁴”.

Secondo noi, l'opinione di Giustiniano in punto di patti sull'eredità futura può aiutarci a chiarire il frammento controverso di Ulpiano sulla „*quasi spes hereditas*” (D.18.4.11). Partendo dal fatto che nel periodo postclassico l'*utilitas publica* è stata sovraordinata alla *utilitas privata*⁵⁵, e che gli imperatori emanavano leggi di protezione degli interessi dell'Impero (in questo senso Giustiniano ha dichiarato che lui è non soltanto *solus conditor* ma anche *interpretes legum*⁵⁶), le regole di *ius* contenute nel Digesto dovevano prima essere armonizzate, e poi anche interpretate, in accordo con le costituzioni imperiali (*leges*⁵⁷). Dunque, accettiamo l'opinione secondo la quale il testo di Ulpiano è stato interpolato da parte dei codificatori del Digesto. Per quanto riguarda il frammento (di Ulpiano) in questione, riteniamo che esso dovrebbe essere interpretato in accordo con la costituzione di Giustiniano (C.2.3.30). Quindi, l'eredità futura potrebbe essere oggetto di vendita sotto condizione che la persona dei cui beni si tratta (*de cuius*) muoia e che il venditore ne diventi l'erede (in questa parte, il patto corrisponde alla *emptio rei speratae*⁵⁸). Secondo Giustiniano, questo patto sarebbe permesso solo se il futuro *de cuius* ne sia a conoscenza e presti il suo consenso. Tenendo presente che la realizzazione del patto sarebbe possibile solo dopo la morte del *de cuius*, al momento della stipulazione è completamente incerto l'oggetto della

⁵⁴ V. S.SEGURA, *La cessio bonorum*, Zurich 2005, p.22, scrive: “Le texte justifie cette extension par l'espérance de patrimoine qu'ont les fils, héritiers de leur père”.

⁵⁵ E.PÓLAY, *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest 1964, p.401; E.PÓLAY, *Rechtsordnungen im antiken Rom*, AJASH 3 (1961), p.42.

⁵⁶ C.1.14.12.5: *Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpretes legum solus imperator iuste existimabitur...* v. G.BASSANELLI SOMMARIVA, *op. cit.*, p.132.

⁵⁷ Questo accordo è raggiunto con molto successo nella Lex Romana Visigothorum che, in verità, è di minore volume rispetto alla codificazione di Giustiniano.

⁵⁸ Per quanto riguarda la differenza nell'effetto giuridico tra la *emptio rei speratae* e la *emptio spei* v. A.FÖLDI/G.HAMZA, *A római jog története és institúciói*, Budapest 1996, p.502-503.

vendita (*incertum rei veneat ut in retibus*). Solo in questa parte il negozio giuridico potrebbe essere simile alla *emptio spei*.

5. Conclusione

Osservando il problema relativo alla disposizione dell'eredità futura da parte dell'erede eventuale, sin dal periodo classico e fino al regno di Giustiniano, la nostra conclusione generale è che l'eredità futura non potesse essere oggetto di disposizione durante la vita della persona dei cui beni si tratta, senza la sua approvazione. La disciplina di questo problema, però, presenta sfumature sottili se osserviamo non solo le regole legislative, ma anche le circostanze economiche e sociali del periodo classico e postclassico.

Nel periodo classico, oltre alla regolamentazione dettagliata della vendita dell'eredità, la nullità della vendita dell'eredità futura sperata si spiega sia con l'inesistenza dell'oggetto della vendita, sia con l'immoralità di queste disposizioni. Quanto alla nostra opinione, nemmeno il testo di Ulpiano sulla *quasi spes hereditatis* (D.18.4.11) disturba questo argomento. Se lo interpretiamo in accordo con la costituzione di Giustiniano (C.2.3.30), vediamo come esso tratti della vendita dell'eredità futura a condizione che il venditore diventi effettivamente l'erede (*emptio rei speratae*). L'elemento aleatorio è solo nel valore dell'eredità – cosa succederà nella „rete“? In questa parte il negozio è simile alla *emptio spei*.

Sotto l'influenza della pratica provinciale in relazione al patto di divisione dell'eredità tra gli eredi futuri (figli) durante la vita dei genitori (*pacta successoria*), nel periodo postclassico le differenze tra questi patti e i patti di disposizione dell'eredità futura (*bonis viventis*) non sono chiare. Si considera che nel tempo di Diocleziano i patti sull'eredità futura erano contrari ai buoni costumi (C.8.38.4), espressione con cui ci si riferiva alle norme romane, contrapposte ai costumi provinciali.

A differenza di Diocleziano, Costantino permette la divisione dei beni della madre durante la sua vita da parte dei figli, qualora la madre presti il proprio consenso (C.Th.2.24.2). Questo patto (*pactum successorium*) si considera valido a condizione che la madre rimanga d'accordo fino alla fine della sua vita. Tenendo presente che gli atti dispositivi di questi beni scompagnati dall'accordo della madre sono soggetti alla proibizione degli atti dispositivi di cose altrui, Costantino non considera la questione della possibilità della disposizione

dell'eredità futura durante la vita della madre effettuata dagli eredi futuri.

Alla fine, Giustiniano estende la possibilità della divisione dei beni durante la vita del futuro *de cuius* e con il suo consenso (*pacta successoria*) a tutte le persone, e nello stesso tempo regola la possibilità della disposizione dell'eredità futura da parte degli eredi futuri (C.2.3.30pr.-4). Egli proibisce espressamente tanto il donare o l'impegnare l'eredità futura da parte degli eredi futuri, quanto gli altri atti dispositivi effettuati durante la vita del "*de cuius*" e senza il suo consenso.

Anche se i Germani conoscevano e praticavano diversi patti riguardo all'eredità futura, la regola postclassica e giustiniana, secondo la nostra opinione, non costituisce una accettazione del costume germanico. Né è possibile interpretare queste regole nel senso che esse rendano leciti i contratti aleatori stipulati dagli eredi futuri. Riteniamo invece che nel periodo postclassico e giustiniano i patti sull'eredità futura erano ammessi perché essi rendevano possibile la sopravvivenza della famiglia e dei suoi membri attraverso la divisione dell'eredità, oppure attraverso la disposizione anticipata dei beni ereditati, cioè la disposizione effettuata durante la vita dei genitori e con il loro consenso.