

I patti successori dispositivi

1. Puntando l'ago di un immaginario compasso sulla *constitutio de pactis*, emanata da Giustiniano nel novembre del 531 e contenuta in C. 2.3.30, Maria Federica Merotto ha inteso così tracciare il perimetro della sua indagine. Il provvedimento giustiniano, annoverabile tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*¹, contiene la più dettagliata regolamentazione dei patti successori dispositivi, argomento sul quale l'a. concentra tutta la sua ricerca². A giudizio della Merotto, infatti, la regolamentazione pattizia in essa contenuta costituirebbe una prima messa a punto di forme di patti suc-

* Maria Federica Merotto. *I patti successori dispositivi nel diritto romano*, Napoli Jovene 2020, pp. 1-297, ISBN 788824327039.

¹ Cfr. Merotto, *I patti successori* cit. 36 ss. Dopo l'ordine di compilazione dei *Digesta*, per risolvere le controversie classiche, si presentarono ai Commissari due alternative: o interpolare i passi dei giuristi da inserire nell'opera, o far emanare all'Imperatore una costituzione; espediente, quest'ultimo, che si è supposto adottato nel caso in cui i Compilatori non fossero stati d'accordo circa la soluzione da prendere. Sul punto v. part. K.H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Constitutionen*, Köln 1966, 96 s.; la notazione dello studioso tedesco è apparsa «assai interessante» a M. Varvaro, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, Palermo 2000, 472, nt. 290; sul tema v. comunque, oltre M. Varvaro, op. cit., 469 ss., anche S. De Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: «reverentia antiquitatis» e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, Bologna 2010, 87 ss. Sul rapporto tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* e le *quinquaginta decisiones* v., per la letteratura più recente, G. Luchetti, *Giustiniano e l'eredità della scienza giuridica romana*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino 2019, 145 ss.

² Per comodità del lettore, riporto qui il provvedimento: (*Imp. Iustinianus A. Iohanni p.p.*) *De quaestione tali a Caesariensi advocacione interrogati sumus: si duabus vel pluribus personis spes alienae fuerat hereditatis ex cognatione 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. 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. 2. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes convenerunt? 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. 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.*

cessori dispositivi sui quali però già i *veteres* avrebbero focalizzato la loro attenzione, anche se non sarebbero arrivati a ricondurli ad una categoria unitaria.

Continuando ad utilizzare la metafora del compasso la studiosa ha altresì immaginato di tracciare, dalla circonferenza del cerchio rappresentata da C. 2.3.30, dei raggi lungo i quali sviluppare le principali traiettorie della ricerca, che si snoda in dieci capitoli, cui segue un undicesimo dedicato a una sintesi e a delle osservazioni conclusive.

La dottrina maggioritaria ritiene che la contrarietà ai *boni mores* sarebbe stata la principale ragione di ostilità registrata nei riguardi dei patti dispositivi. Essi, infatti, sarebbero stati forieri del c.d. *votum corvinum*, inteso come desiderio della morte altrui³. Ora, secondo la studiosa, intanto non vi sarebbe alcun nesso tra contrarietà ai *boni mores* e necessità di impetrare il c.d. *votum captandae mortis*. L'esame delle fonti in cui è reso esplicito il collegamento tra *boni mores* e negozi relativi ad eredità future deporrebbe in tal senso⁴. L'a. si sofferma quindi sui riferimenti alla *spes* presenti nella costituzione giustiniana: *si duabus vel pluribus personis spes alienae fuerat hereditatis, de cuius hereditate sperabantur, acerbissima spe*. Questo dato, unito alla definizione data da Giustiniano a questi patti, che egli definisce odiosi e forieri di un infausto e pericoloso evento: *sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus*, ha infatti condotto alcuni studiosi a ravvisare in questa fonte una prova della forza inficiante del voto corvino⁵.

Ma la Merotto non è d'accordo: *spes* indicherebbe, a suo avviso, una semplice 'aspettativa'. Tra le fonti in cui *spes* compare in ambito successorio per indicare tale 'aspettativa' vengono prese in esame tre costituzioni di Diocleziano, emanate nel 294⁶. La loro analisi confermerebbe quanto supposto: il termine *spes successionis*, di cui si avvale pure Giustiniano, indicherebbe una semplice attesa, una oggettiva realtà di aspettativa dipendente da un avvenimento futuro, anche se certo, qual è la morte dell'ereditando. Né cambia alcunché la qualifica di *acerbissima* attribuita più avanti nel testo sempre alla *spes*. L'aggettivo sarebbe da intendere, invero, come 'molto precoce', 'assai prematura'.

Per quanto emerge dalla costituzione giustiniana, dunque, il fatto di riporre una speranza nella morte altrui non sarebbe stato l'elemento determinante nella valutazione della contrarietà ai *boni mores* dei patti *pro adventura hereditate* conclusi all'insaputa del *de cuius*. D'altronde, l'unica fonte giuridica in cui compare l'espressione *votum captandae mortis* (= c.d. voto corvino), precisamente C. 2.4.11, di Valeriano e Gallieno, risalente al 255, in cui si ammette la validità di una *transactio* fatta con riguardo a un fedecommesso reciproco tra fratelli istituito dal padre, per cui essi si sarebbero impegnati a istituirsi eredi reciprocamente per l'eventualità in cui fossero deceduti senza di-

³ Merotto, *I patti successori* cit. 43 ss.

⁴ L'a. in proposito si sofferma su D. 45.1.61 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*), D. 39.5.29.2 (Pap. 12 *resp.*), C. 8.38(39).4 (*Imp. Diocl. et Max. AA. Domnae*) (a. 293), P.S. 1.1.4, *Interpr. a P.S. 1.1.4*; C.Th. 2.24.2 (*Imp. Constantinus A. ad Constantinum p.p.*) (a. 327): v. pp. 50 ss.

⁵ Vedi gli aa. citt. da Merotto, *I patti successori* cit. 68, nt. 1.

⁶ C. 6.59.8 (*Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. Iustae*) (a. 294), C. 6.30.11 (*Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. Philumena*) (a. 294) e C. 5.49.2 (*Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. Gratae*) (a. 294).

scendenti, dato che la fraterna concordia escluderebbe il desiderio reciproco della morte altrui, il sostantivo *votum*, avente senza dubbio il significato di ‘augurio’, ‘auspicio’, ‘preghiera’, presente nell’espressione ... *captandae mortis alterius voto* ..., sarebbe stato semplicemente un argomento impiegato da una delle parti al fine di scalfire la forza vincolante della *transactio*, quindi come espediente retorico per dimostrare il contrasto del negozio con la buona fede, superato dall’altro argomento retorico, costituito dalla *fraterna concordia* e dalla dinamica esecutiva della disposizione testamentaria, trattandosi di un fedecommesso *a patre datum*.

L’irrelevanza giuridica del fatto in sé di desiderare l’altrui morte sarebbe ulteriormente confermata poi da un passo di Seneca (*de benef.* 6.38.4) nel quale il mero desiderio dell’altrui morte non solo non avrebbe avuto alcun valore morale, ma non avrebbe avuto appunto nemmeno alcuna rilevanza sul piano del diritto.

A questo punto della sua indagine la studiosa cerca di individuare i reali motivi di disfavore verso i negozi dispositivi di eredità non ancora devolute. Focalizza perciò la sua attenzione sulla prima condizione legale posta da Giustiniano: la conoscenza del patto da parte del *de cuius*: *tunc etenim ... illo sciente ... huiusmodi pactiones servare*. Anche con il prezioso contributo del commento di Taleleo al codice giustiniano e confluito negli Scolii ai Basilici⁷, l’a. giunge alla conclusione che *pacta* stipulati all’insaputa del *de cuius* potevano rappresentare un motivo invalidante il negozio, potendo nascondere intenzioni illecite nutrite dai paciscenti. Il vero timore, dunque, sarebbe stato non che i paciscenti sperassero semplicemente nell’accadimento di eventi infausti in capo al *de cuius*, ma che si spingessero a trasformare queste speranze in realtà, cospirando e ordinando trame ai danni dell’ereditando, così anticipando il ‘quando’ e favorendo l’‘an’ della chiamata all’eredità dei paciscenti.

Si sarebbe d’altronde trattato di preoccupazioni non nuove, ma che sarebbero state in piena sintonia con prassi e disposizioni normative risalenti al I secolo d.C. Sulla scia della tesi sostenuta da Michaélidès-Nouaros⁸ l’a. individua pertanto un primo collegamento col S.C. Macedoniano, un provvedimento dal quale riaffiorano «antiche angosce in tutto analoghe alle preoccupazioni che un patto *sub condicione si ille mortuus fuerit* concluso all’insaputa del *de cuius* avrebbe potuto suscitare» (p. 109 s.), essendo in quella realtà sociale il parricidio commesso per accaparrarsi l’eredità dei genitori un crimine molto diffuso. Secondo la Merotto, infatti, non vi è ragione di dubitare che la pratica negoziale di concludere prestiti ad alti tassi di interesse con soggetti che avrebbero avuto un loro patrimonio solo in seguito al decesso del *pater* fosse molto frequente. Le parole del Senatoconsulto riferite da Ulpiano (D. 14.6.1), e in particolare la perifrasi *et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret*, farebbero intravedere, invero, proprio il fine «di arginare non solo le manifestazioni di prodigalità e le spese improduttive, ma anche atteggiamenti ben più gravi, come appunto i parricidi» (p. 116). La fattispecie presa in esame dal provvedimento senatorio sarebbe dunque rientrata a pieno titolo nei

⁷ Sch. 2 *ad Bas.* 11.1.91, ulteriormente avvalorato da Sch. 3 *ad Bas.* 11.1.91.

⁸ G. Michaélidès Nouaros, *Contribution à l’étude des pactes successoraux en droit byzantin (justinien et post-justinien)*, Paris 1937, 41 ss.

contratti dispositivi di eredità future contrari ai *boni mores*. Un ulteriore collegamento tra la *ratio* della costituzione giustiniana e la *ratio* del Senatoconsulto viene poi individuato in una delle deroghe al dispositivo dello stesso, e cioè l'ipotesi di mutuo contratto *patris voluntate*, che richiama alla mente quelle *pactiones pro adventura hereditate* che, se note all'ereditando, non sarebbero state valutate *plena tristissimi et periculosi eventus*, analogamente a quanto stabilito da Giustiniano in C. 2.3.30. Il che porta l'a. a concludere che l'eccezione introdotta nella costituzione del 531 al divieto di accordarsi *de hereditate tertii* non sarebbe stata una innovazione giustiniana, avendo i Commissari «solo generalizzato uno sforzo concettuale risalente ai primi secoli d. C.» (p. 121).

Ancora, un altro collegamento vien fatto col mondo della satira. La vicenda dei cacciatori d'eredità, gli *heredipetae*, è un tema molto caro a quel mondo e di esso la Merotto offre al lettore un affresco significativo nei §§ 5 ss. del sesto capitolo (p. 122 ss.). Se poi «dovessimo chiederci», sostiene sul punto l'a., «quali patti successori avrebbero potuto eventualmente concludere gli *heredipetae*, la risposta più plausibile indicherebbe forse quelli dispositivi», negozi che sarebbero stati considerati pericolosi non solo perché avrebbero potuto favorire l'avverarsi della condizione *si ille mortuus fuerit*, bensì pure di quella *si hereditas ad eos perveniat*. L'eventualità che patti conclusi all'insaputa del *de cuius* potessero fomentare illecite manipolazioni della libertà testamentaria e che ciò portasse all'invalidità di detti accordi troverebbe inoltre la sua ragion d'essere nella mancanza di un rimedio *ad hoc* volto a sanzionare le capziose influenze sul processo formativo della *voluntas defuncti*. E a riprova di quanto affermato la Merotto adduce un passo di Scevola tratto da D. 31.88.⁹ Il sancire l'invalidità di patti successori dispositivi, conclusi all'insaputa del *de cuius*, avrebbe così trovato in uno strumento, operante 'a monte', il mezzo per limitare loschi sodalizi tra *captatores*.

Passa quindi ad analizzare la seconda condizione legale di validità fissata in C. 2.3.30: l'approvazione dell'ereditando dei patti successori conclusi tra futuri eredi. Da C. 2.3.30.3 si evince infatti che perché il patto fosse valido non sarebbe bastato che il *de cuius* fosse *sciente*, ma anche *iubente*, 'ordinando' il compimento dell'accordo, che sarebbe stato valido nella misura in cui l'ereditando non avesse mutato opinione fino alla fine dei suoi giorni. La morte di quest'ultimo, avrebbe così operato come una sorta di *condicio iuris* di efficacia del patto successorio¹⁰. In ultima analisi, l'approvazione dell'ereditando avrebbe realizzato una sorta di atto di ultima volontà espresso *ab intestato* e, come tale, sempre revocabile. Anche se «sorto come *pactum* concluso esclusivamente tra gli eredi, di fatto, l'intero negozio» avrebbe concretizzato «una fattispecie

⁹ Scaev. 3 *resp.*: ivi una tal Sempronia sarebbe stata indicata quale sostituta dell'erede istituito, con la clausola che, nel caso in cui non fosse divenuta erede, avrebbe ricevuto dei legati. Convinta che la testatrice *ab origine* l'avesse voluta istituire erede di primo grado e che in seguito avesse cambiato idea, modificando il testamento esclusivamente a causa del dolo posto in essere dall'erede istituito, Sempronia esperi nei confronti di quest'ultimo un'*actio de dolo* che, in quanto azione avente un carattere meramente sussidiario, permetterebbe di concludere per l'inesistenza di altro rimedio più specifico da utilizzare in casi come questo.

¹⁰ Per chiarire il significato dell'espressione *illo iubente* impiegata in C. 2.3.30 la Merotto si richiama anche allo scolio di Taleo *ad Bas.* 11.1.91 (v. pag. 149 ss.).

negoziale complessa, valida solo in tanto in quanto rispecchiante a pieno le intenzioni del *de cuius*» (p. 153).

Il consenso di quest'ultimo, fondamentale ai fini della validità dei patti dispositivi, non sarebbe stato inoltre una innovativa eccezione postclassica ad un regime di nullità consolidata¹¹, in quanto la sua genesi andrebbe ricercata, afferma l'a., in epoche precedenti, e precisamente nelle scuole di retorica. Lo dimostrerebbe l'*excerptum* di una *controversia* di Seneca il Retore, intitolata *Chirographum cum abdicatio* (contr. 6.1), avente ad oggetto un accordo *inter fratres* con cui essi si spartivano la futura eredità paterna e in cui, appunto, la mancata approvazione del patto da parte dell'ereditando veniva vista come lesione della *pietas* filiale. La circostanza che tra i secoli I a. C. e I d. C. nelle scuole di retorica si dibatterebbero simili casi potrebbe, a giudizio dell'a., indicare la strada per una loro considerazione e disciplina sul piano giuridico. L'inquadramento del patto successorio dispositivo, visto come lesione della *pietas* e quindi dello *ius naturae*, identificato con lo *ius gentium*¹², verrebbe infatti attestato in un responso di Papiniano, contenuto in D. 39.5.29.2, che rappresenterebbe, pertanto, il recepimento da parte della *scientia iuris* di istanze provenienti dalla sfera extragiuridica, concretizzantesi nel non consentire ai futuri eredi di sottrarre al *de cuius* l'unico *solacium mortis*: la certezza di far valere la propria volontà oltre la morte.

La ricerca di antecedenti classici della regola del 'consenso' del *de cuius* per la validità di patti successivi dispositivi porta altresì la Merotto ad occuparsi della *divisio inter liberos*, che un *pater* poteva realizzare in diversi modi: attraverso un testamento, o un codicillo, o un diverso negozio dalla forma libera, volto a far concludere ai futuri eredi un accordo che li vincolasse a rispettare date proporzioni all'atto della ripartizione dell'asse ereditario (= *divisio ab intestato*) e di cui si ha traccia in D. 10.2.20.3 di Ulpiano. Da una attenta esegesi del testo l'a. trae, infatti, la conclusione che il padre, attraverso un atto unilaterale e in forma libera, poteva ordinare ai propri figli (presumibilmente emancipati) di vincolarsi vicendevolmente a spartirsi la futura eredità seguendo le proporzioni da lui volute. Se pertanto in epoca giustiniana si giunse ad ammettere la validità di patti dispositivi conclusi senza il coinvolgimento dell'ereditando, purché quest'ultimo *ex post* venisse reso partecipe e li approvasse, così come previsto in C. 2.3.30, agli inizi dell'età severiana analoghi patti sarebbero stati praticati come strumenti che a quella libertà avrebbero potuto fornire una più forte assicurazione, facendo diminuire le probabilità che le decisioni subissero contestazioni future.

Altre testimonianze, risalenti al III sec. d. C., offrirebbero una riprova non solo che conoscenza e approvazione da parte del *de cuius* di un patto dispositivo fossero requisiti di validità già presi in considerazione dalla giurisprudenza dell'epoca, bensì pure dalla legislazione imperiale. Lo confermerebbe una costituzione del 201 d.C. che, assieme alla costituzione di Costantino del 327 (contenuta in C.Th. 2.24.2), spiegherebbero il richiamo a *leges* e *constitutiones* presente in C. 2.3.30.

Il brano giurisprudenziale è un responso di Cervidio Scevola riportato in D. 10.2.39.5

¹¹ Così invece la dottrina maggioritaria (v. gli aa. citt. a p. 157 s., nt. 36).

¹² L'equipollenza è dichiarata a più riprese da Cicerone: v. Merotto, *I patti successivi* cit. 184.

e riguarda un caso di *pignus conventum* costituito dal futuro erede, con l'avallo dell'ereditando, su *praedia* destinati a far parte della sua successione e che avrebbe configurato quindi un patto successorio dispositivo concluso tra erede e terzo estraneo alla vicenda successoria. Tale accordo, proprio perché stipulato col consenso dell'ereditando, per il giurista sarebbe stato valido. Analogamente, nella costituzione degli imperatori Severo e Caracalla del 201, riferita in C. 4.28.4, nel ribadire la deroga al S.C. Macedoniano riguardante il mutuo contratto *patris voluntate* (come può desumersi dall'espressione *patre permittente* in essa contenuto), si evidenzia come con tale consenso fosse possibile costituire sui beni paterni una garanzia reale (anche in tal caso, come nel precedente, senza che vi fosse spossessamento dei beni pignorati), con la conseguenza che al mutuante non sarebbe stato negato il pegno nel momento in cui il figlio fosse divenuto erede di questi beni, sempre che non vi fosse altro creditore avente diritto di preferenza su di essi.

Una 'ardita' interpretazione porta poi l'a. a ipotizzare che il caso della donazione attuata dai futuri eredi o legatari avente ad oggetto beni della *cognata proxima*, e quindi beni di una eredità non ancora devoluta, di cui trattano Papiniano e Marciano, rispettivamente nel responso confluito in D. 39.5.29.2 e in un brano delle Istituzioni riferito in D. 34.9.2.3, sanzionato con l'indegnità, sia stato dai giustiniani collegato alla *lex Iulia et Papia*, definita dalla cancelleria imperiale come *lex Iulia miscella*¹³.

Questi, dunque, potrebbero essere stati i precedenti dell'affermazione di cui all'ultima parte di C. 2.3.30, ove si sottolinea che le condizioni di validità dei patti dispositivi sarebbero stati requisiti già fissati da *antiores leges et constitutiones*.

2. Il libro di Maria Federica Merotto, del quale abbiamo cercato di riassumere il contenuto, affronta una problematica alquanto complessa, nella quale si intersecano, come si è visto, in una fitta trama di relazioni, profili apparentemente diversi (basti por mente ai rapporti tra la regolamentazione dei patti successori dispositivi e la normativa del S.C. Macedoniano, o, ancora, tra i primi e la c.d. *divisio inter liberos*, tra le soluzioni offerte dalle fonti giurisprudenziali e il mondo della satira, nonché le questioni affrontate nelle scuole di retorica), ma volti al raggiungimento di un unico risultato: quello di dimostrare quanto sia lontano dal vero l'orientamento dottrinale che vede nella regolamentazione pattizia giustiniana una innovazione postclassica, derivante quasi esclusivamente dall'incontro con la nuova cultura germanica¹⁴. Si può anche non condividere qualche forzatura interpretativa, come quella riguardante i testi dai quali si trarrebbero indizi di attenzione legislativa sull'argomento contemplati dalla c.d. *lex Iulia miscella*, ma questo non sminuisce i meriti di un'indagine condotta con abile padronanza delle fonti letterarie e giuridiche (queste ultime spesso interpretate pure alla luce dei corrispondenti passi

¹³ La perifrasi compare nella rubrica di C. 6.40 (*De indicta viduitate et de lege Iulia miscella tollenda*), oltre che in C. 6.40.2 e 3. La dottrina ritiene che con l'espressione *lex Iulia miscella* si indicasse volgarmente la *lex Iulia et Papia*, intesa come legge che disciplinava diversi argomenti: v. *amplius* Merotto, *I patti successori* cit. 260, nt. 71.

¹⁴ Cfr. al riguardo gli AA. citt. dalla Merotto a p. 35, nt. 9.

dei Basilici e degli *Scholia*), con una attenta visione della letteratura, e i cui risultati sono largamente persuasivi.

Il volume in esame mi ha, tra l'altro, portato a riflettere su alcuni testi riguardanti i patti rinunciativi dei quali ho avuto modo di occuparmi incidentalmente in una recente indagine¹⁵. Mi sia consentito di tornare brevemente su di essi. Alla luce della lettura del libro della studiosa, infatti, ho avuto modo di maturare ulteriori considerazioni. Trattasi di *Pauli Sententiae* 4.5.8¹⁶ e, principalmente, di C. 3.28.35.1¹⁷, risalente tra l'altro allo stesso anno, il 531, in cui è stata emanata la costituzione oggetto dell'indagine della Merotto e che rientrerebbe, altresì anch'essa, seguendo l'orientamento dottrinale maggioritario, tra le costituzioni *ad commodum propositi operis pertinentes*¹⁸. Siamo nel campo della successione *contra voluntatem defuncti*. In entrambe le fonti si fa riferimento ad un eventuale accordo informale intercorso tra il *de cuius* e il figlio, con cui quest'ultimo s'impegnava a non esperire la querela, plausibilmente accontentandosi di determinate cose o somme ricevute dal *pater* in vita. Questo patto, a giudizio del giurista autore del frammento da cui è tratto il brano delle *Sententiae*, non sarebbe stato valido e quindi non avrebbe precluso al figlio, dopo la morte del genitore, la possibilità di intentare la *querela inofficiosi testamenti*. La soluzione viene basata su una motivazione morale: *meritis enim liberos, quam pactionibus adstringi placuit*. Una motivazione, questa, alla quale si richiama Giustiniano nella costituzione su riferita, il quale a sua volta però la riporta a un responso di Papiniano. Bene, a questo proposito si è detto che la circostanza per la quale l'imperatore di Tauresio non avrebbe riferito anche la motivazione di carattere giuridico, che il giureconsulto severiano sicuramente dovette addurre, sarebbe stata dettata dal fatto che l'argomento etico «di per sé» si presentava «per Giustiniano prevalente su qualsiasi ragione di ordine giuridico»¹⁹. Nella stessa direzione, d'altronde, si sarebbe mosso a proposito dei patti dispositivi conclusi all'insaputa del *de cuius*,

¹⁵ Cfr. G. Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano 2019, 95 s.

¹⁶ P.S. 4.5.8: *Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicatur, querellam super iudicio futuram non excludit. Meritis enim liberos, quam pactionibus adstringi placuit.*

¹⁷ C. 3.28.35.1 (*Imp. Iustinianus A. Iohanni p.p.*) (a. 531): *Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso, huiusmodi pacto filium minime gravari secundum Papiniani responsum, in quo definivit meritis filios ad paterna obsequia provocandos quam pactionibus adstringendos. Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.*

¹⁸ In questa direzione v. anche, tra gli altri, Schindler, *Justinians Haltung* cit. 97; G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, part. 242, nt. 165 ss.; Varvaro, *Contributo* cit. 471 e nt. 289; De Maria, *La cancelleria imperiale* cit. 111 ss.

¹⁹ G. Vismara, *Storia dei patti successori*, 1, Milano 1941, 151 ss. Sulla sua scia v. anche, più di recente, De Maria, *La cancelleria imperiale* cit. 115 s., nt. 66. Su C. 3.28.35.1 cfr. comunque pure S. Solazzi, *Diritto ereditario romano* 1, Napoli 1932, 243; C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* 1, Milano 1949, 325 ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano* 1, Milano 1967², 494; 2, Milano 1963, 732 e nt. 11.

sancendo appunto la loro nullità in quanto *pactiones odiosae ... et plenae tristissimi et periculosi eventus*.

Ma la soluzione negativa a mio avviso racchiude la motivazione giuridica che si è supposta mancante e che i Compilatori, sulla scia di una giurisprudenza che faceva capo, come vedremo, proprio a Papiniano, hanno dato per scontata: la nullità di accordi di tal genere scaturiva dal fatto che non sarebbe stato possibile derogare ad un principio che ormai era divenuto di ordine pubblico, cioè, il diritto dei figli alla *quarta pars* dell'eredità paterna. *Quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit* affermano infatti perentoriamente i Commissari giustinianeî nel manuale istituzionale²⁰.

Così statuendo Giustiniano mostra di superare definitivamente un'antica disputa (.. *vetere iurgio exploso* ..) che plausibilmente dovette avere a che fare coll'*agnoscere iudicium defuncti*, e che rappresentava un limite all'esercizio della *querela*. Come ho avuto modo di documentare nel mio volume su *La successione contra voluntatem defuncti*, infatti, una serie di condotte che potevano portare a un sia pur indiretto riconoscimento della volontà del *de cuius*, furono viste dalla giurisprudenza come precludenti l'esperimento della *querela*²¹. E, forse, tra questi atteggiamenti dovette esserci chi, tra i giuristi,

²⁰ I. 2.18.6. Sul testo v. per tutti Luchetti, *La legislazione imperiale* cit. 263 s., con bibliografia.

²¹ Eloquente è in proposito soprattutto D. 5.2.23.1 (Paul. *lib. sing. de inoff. test.*), in cui Paolo prende in considerazione una gamma abbastanza ampia di comportamenti inconciliabili con la volontà di impugnare il testamento: così, l'aver acquistato l'*hereditas* o singole cose della stessa dagli eredi istituiti, l'aver affittato fondi ereditari, l'aver pagato all'erede ciò che si doveva al testatore e l'aver fatto altre cose simili rappresentano per il giurista severiano atteggiamenti dai quali è facilmente intuibile l'intento dell'agente di accettare la volontà del *de cuius* racchiusa nel testamento. Pertanto, quanti avessero agito nei modi suddetti, *a querela excluduntur*. Altrettanto se il diseredato prestò il suo ufficio di avvocato o accettò la procura di chi domandava il legato in forza del testamento che l'escluso intendeva impugnare (cfr. D. 5.2.32 pr. [Paul. *lib. sing. de inoff. test.*]). Dubbioso appare invece il nostro giurista se il diseredato, divenendo erede del legatario e domandando il legato, dovesse essere rimosso dall'accusa d'inofficiosità. L'intendimento del defunto è certo, afferma Paolo in D. 5.2.32.1 (Paul. *lib. sing. de inoff. test.*), il quale inoltre aggiunge che nonostante nulla gli sia stato lasciato per testamento sarebbe stato tuttavia più sicuro se si fosse astenuto dal domandare il legato. Una soluzione quest'ultima, dettata da estrema prudenza, che però è in aperto contrasto con quanto lo stesso giurista dichiara in D. 34.9.5.7-8 (Paul. 1 *de iure fisci*). Sul punto Paolo torna pure nel suo *liber singularis de Septemviralibus iudiciis*: D. 5.2.31.2. Però, mentre l'essere diventato erede di colui che fu istituito erede in un testamento che si voleva impugnare come inofficioso, non sarebbe stato d'ostacolo all'esercizio dell'azione, specie se non si fosse in possesso della quota ereditaria, l'aver accettato a titolo di legato una cosa che taluno aveva ricevuto da quel testamento, porta il giurista ad adottare una soluzione opposta, avendo il soggetto così dimostrato di approvare la volontà del defunto: così si esprime in D. 5.2.31.3-4. *A fortiori* nel caso in cui abbia egli stesso accettato il legato lasciategli dal testatore: cfr. D. 34.9.5 pr. (Paul. 1 *de iure fisci*). Che sull'accettazione di un legato disposto a favore del querelante quale causa di esclusione dall'azione vi fosse stata poi una certa concordia tra i giuristi sembra confermarlo Marcello, il cui pensiero è riferito in D. 5.2.10.1 (Marc. 3 *digest.*), anche se il giurista prospetta qui un'ipotesi limite, che avrebbe permesso il regolare esperimento della *querela* pure in questo caso: e cioè che l'acquisto fosse avvenuto per conto di un altro. C'è ancora una circostanza che avrebbe consentito al soggetto pretermesso o diseredato di intentare ugualmente la *querela*, pur avendo mostrato di

riteneva che anche un eventuale *pactum* siglato tra *de cuius* e figlio, con cui quest'ultimo si fosse impegnato, magari accontentandosi di quanto il *pater* avesse dato a lui in vita, a non esperire la *querela*, dovesse essere interpretato come l'aver accondisceso alla sua volontà. Espediente che Papiniano ritenne invece di valutare negativamente non solo alla luce dell'argomentazione etica che già conosciamo, ma presumibilmente anche di una motivazione giuridica che egli mostra di aver utilizzato per la risoluzione di questioni simili a quella di cui discutiamo: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*.

Con questo enunciato, contenuto nel secondo libro delle *quaestiones* e riportato dai Compilatori in D. 2.14.38, il giurista vuol far riferimento a precetti che, pur regolando rapporti tra privati, non possono comunque essere derogati dai privati stessi in quanto in essi prevale l'interesse collettivo su quello individuale²². In tal senso il giurista severiano infatti si esprime in un passo dei *Responsa*, riportato in D. 35.2.15.1, in cui viene affermata la nullità di una rinuncia alla successione di un terzo disposta con il consenso di quest'ultimo²³. Tale patto è invalido perché viola le disposizioni della legge Falcidia, che sono di ordine pubblico: *privatorum cautione legum non esse refragandum*²⁴. Ana-

dar seguito alla volontà del testatore. È Ulpiano a prospettarla in D. 5.2.8.10 (Ulp. 14 *ad ed.*): se il testatore avesse subordinato l'accettazione dell'erede allo *iussum* di dare esecuzione ad una condizione a favore del figlio o di altra persona legittimata a intentare la *querela* e questi scientemente avesse accettato, pur con ciò avendo dimostrato di riconoscere la volontà del defunto, ugualmente non avrebbe dovuto essere escluso dalla *querela* in quanto, per Ulpiano, prima dell'accettazione dell'eredità l'azione non può essere intentata. Tanto ciò è vero che diversamente sarebbero state le cose se lo *iussum* fosse stato rivolto ad un legatario o ad uno *statuliber*: l'esecuzione dell'ordine, infatti, in tal caso prevede l'accettazione dell'eredità, un presupposto dal quale il giurista di Tiro fa dipendere appunto l'esperibilità del nostro rimedio processuale, presupposto che fu accolto ufficialmente pure da Giustiniano (v. C. 3.28.36.2). I passi richiamati bastano a chiarire come la giurisprudenza severiana, pur concordando in linea di massima nell'individuare nell'*agnoscere iudicium defuncti* un limite all'esperimento della *querela*, finisse però coll'esprimere anche punti di vista differenti rispetto alle diverse ipotesi prospettate. Sul punto *amplius* Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti* cit. 90 ss.

²² Cfr. per tutti G. Coppola Bisazza, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*, Milano 2021, 59 e nt. 30. La *regula* enunciata da Papiniano è stata fatta oggetto di attenzione, tra gli altri, da parte di G. Nocera, *Ius publicum. Contributo alla ricostruzione storico esegetica delle regulae iuris*, Roma 1946, part. 201 ss.; G. Aricò Anselmo, *Ius publicum – ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, Palermo 1983, 86 ss.; P. Bianchi, *Iura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano 2007, 121 s., nt. 100, con altra bibliografia.

²³ Interessante anche il caso, previsto in D. 38.1.42 (Pap. 8 *resp.*), di una manomissione fedecommissaria accompagnata dalla clausola che impone al servo di promettere all'erede la prestazione delle *operae*. Il manomesso, afferma il giurista, non può essere costretto a promettere e, qualora lo faccia, la promessa non può essere usata contro di lui: *nam iuri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit*. Cfr. Aricò Anselmo, *Ius publicum* cit. 83.

²⁴ D. 35.2.15.1 (Pap. 13 *resp.*): *Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. Privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam*. Sul passo v. Vismara, *Storia dei patti successori* 1 cit. 150, nt. 1; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955², 382; 388 e nt. 5; G.

logamente si pronuncia in D. 38.16.16, tratto sempre dai *Responsa*, ove la rinuncia della figlia, dotata dal padre, all'eredità paterna, inserita sotto forma di clausola nello strumento dotale, non ha nessuna efficacia. E la motivazione è che *privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri*²⁵. Il principio espresso da Papiniano viene confermato anche da Alessandro Severo in un caso simile a quello considerato in quest'ultimo testo dal giurista²⁶. Sulla sua linea ritenne dunque di muoversi pure Giustiniano a proposito delle rinunce contrattuali alla inofficiosità del testamento e che indirettamente costituivano una rinuncia alla quota legittima che già ai tempi di Papiniano era stata fissata nella quarta parte dei beni ereditari quale limite oggettivo all'esperienza della *querela*²⁷.

Nel contesto della mia indagine sulla successione *contra voluntatem defuncti* ho avuto tuttavia modo di sottolineare che nel provvedimento di cui si sta discutendo, se sulla scia del giurista l'Imperatore non attribuisce alcun valore agli accordi tra genitori e figli ai fini dell'impugnazione del testamento, considera invece espressione di aperto riconoscimento della volontà paterna l'aver fatto delle transazioni con gli eredi, rimettendo a questi ultimi il diritto che essi avrebbero potuto conseguire con la *querela*. Il patto rinunciativo sarebbe stato dunque efficace nella misura in cui fosse stato confermato da transazioni concluse tra il rinunciante e gli altri eredi del padre, dopo la morte di quest'ultimo, cioè dopo aver acquistato il diritto alla quarta e quindi la capacità di disporne liberamente.

Ora, ad una attenta riflessione, Giustiniano sembra procedere, a proposito del patto concluso tra ereditando e 'legittimario', nella stessa direzione dei *pacta* aventi ad oggetto una futura eredità che si sperava di ricevere da un terzo in forza di un testamento o della legge. Negozi di questo tipo, abominevoli e capaci di produrre gli effetti più funesti e pericolosi, sarebbero stati da avversare e da non osservare, a meno che la persona con riguardo alla cui eredità fosse stato fatto il patto, avutane conoscenza, non si fosse mostrata condiscendente e non avesse in seguito mutato convincimento. In tal caso il patto sarebbe stato cogente, in quanto la conoscenza e approvazione da parte del *de cuius* avrebbe rappresentato una valida garanzia per i paciscenti circa l'acquisto

Grosso, *I legati nel diritto romano*, Torino 1962, 358; P. Voci, *Diritto ereditario* 1 cit., 494; 2 cit. 757 e nt. 16; Aricò Anselmo, *Ius publicum* cit. 82 ss., con altra letteratura.

²⁵ D. 38.16.16 (Pap. 12 resp.): *Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri*. Sul passo v. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 6, Roma 1930 (= rist. Milano 1974, 215); S. Solazzi, *Diritto ereditario* 1 cit. 242 s. e nt. 2; G. Vismara, *Storia dei patti successori* 1 cit. 149 s; Fadda, *Concetti fondamentali* 1 cit. 325 ss.; Voci, *Diritto ereditario* 1 cit. 494; Aricò Anselmo, *Ius publicum* cit. 87, nt. 157.

²⁶ C. 6.20.3 (*Imp. Alexander A. Alexandro*) (a. 230): *Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbat nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt conferre debet*. Sul provvedimento imperiale cfr. anche Solazzi, *Diritto ereditario* 1 cit. 243; Vismara, *Storia dei patti successori* 1 cit. 150; Fadda, *Concetti fondamentali* 1 cit. 325 ss.; Voci, *Diritto ereditario* 1 cit. 494.

²⁷ Cfr. ancora Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti* cit. part. 73 ss.

dell'*hereditas* ad opera di tutti o di solo alcuni di loro. Come giustamente sottolinea l'a., col suo intervento il *de cuius* avrebbe posto in essere una sorta di *atto di ultima volontà manifestato ab intestato*. L'espressione *nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit*, chiaramente allude alla duplice condizione di validità dal patto: il consenso e la perseveranza dello stesso fino alla fine della vita del *de cuius*. Subordinatamente al verificarsi di entrambe, i paciscenti avrebbero avuto la possibilità di disporre validamente di un diritto futuro che, per concorde volontà del *de cuius*, agli stessi sarebbe spettato, anche se sarebbe stato dagli stessi acquisito solo alla morte di quest'ultimo e sempre che questi non avesse mutato volontà fino alla fine dei suoi giorni. Non sarebbe così venuto meno un principio fondamentale del diritto ereditario: la libertà di disporre (come anche di non disporre) delle proprie sostanze *usque ad supremum vitae exitum*. È quanto, del resto, asserisce pure la Merotto quando sottolinea che «alla base della regola d'invalidità starebbe la lesione non già del fondamentale principio di libertà testamentaria, bensì di un precetto più ampio, consistente nella facoltà di stabilire, in totale autonomia e in piena libertà, anche formale, ogni aspetto della sorte *post mortem* del proprio patrimonio» (p. 271)²⁸.

È questa una mia considerazione, che ho elaborato alla luce di una rilettura del provvedimento imperiale contenuto in C. 3.28.35.1, e che comunque nulla vuol togliere ai risultati raggiunti da Maria Federica Merotto col suo lavoro che, affrontando un tema così intrigante come quello dei patti successori, solletica inevitabilmente la curiosità dello studioso.

Giovanna Coppola Bisazza
Università di Messina
giovanna.coppola@unime.it

²⁸ Come giustamente ricorda infatti l'a., il noto brocardo *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pur essendo posto a fondamento del generale principio per il quale il testamento, in quanto principale atto di ultima volontà, deve essere sempre revocabile ad arbitrio di chi lo compone, viene connesso nelle fonti giuridiche romane precipuamente alla *voluntas defuncti* e quindi ad un più ampio concetto di libertà di disporre, che comprende anche la libertà di non disporre, *mortis causa*: v. Merotto, *I patti successori* cit. 153 s. e ntt. 27 e 28.