

Riflessioni sulla disposizione dell'eredità futura (?) Nuovi spunti palinogenetici per l'esegesi di D. 18.4.11 (Ulp. 32 ad ed.)*

I. *La possibilità di disporre di tutte le eredità che si acquisteranno in futuro: una regola classica implicita nel regime della 'societas omnium bonorum'.*

In una lunga costituzione, emanata il 1° novembre del 531 d.C. (C. 2.3.30.1 [Iust., a. 531]), Giustiniano risolveva un quesito posto dalla *Caesariensis Advocatio* relativo all'ammissibilità di alcuni *pacta pro adventura hereditate*, la cui problematicità derivava dal fatto di non essere relativi a qualsivoglia eredità in futuro devoluta ai paciscenti, bensì condizionati al verificarsi di due specifici avvenimenti legati al decesso di un *de cuius* chiaramente individuato nonché alle sue decisioni *mortis causa*¹.

La *ratio* sottesa a tale principio pare chiara: un patto relativo a un'eredità non ancora deferita non può essere considerato pericoloso se dal negozio non emerge l'identità di un determinato ereditando. Come ipotizzare, infatti, che i paciscenti si ingegnino per attentare alla vita o per compromettere le scelte post-mortali di un soggetto indefinito?².

La regola appena menzionata coincide con quella che la dottrina ritiene essere un'eccezione di epoca classica all'invalidità dei contratti *de hereditate tertii*. Eccezione che viene comunemente desunta dalla disciplina del contratto consensuale di *societas omnium bonorum*³, sebbene taluni l'abbiano ricavata anche

* Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team *Diritto e Azione: un atlante delle idee giuridiche della tradizione romanistica* nell'ambito del Progetto di Eccellenza *Diritto, Cambiamenti e Tecnologie* (Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Verona).

¹ C. 2.3.30.1 (Iust., a. 531): *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*. Su tale *constitutio*, nonché sulla sua importanza al fine di comprendere il regime, anche classico, dei patti successori dispositivi, mi permetto di rinviare – anche per le necessarie indicazioni bibliografiche – al mio lavoro monografico in tema di *Patti successori dispositivi*, in specie cap. II.

² Ho tentato di dimostrare come tali preoccupazioni concorressero a determinare la contrarietà ai *boni mores* dei contratti *de hereditate tertii* nelle mie ricerche sui *Patti successori dispositivi* cit., in specie capp. V ss.

³ P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 6, *Le successioni. Parte generale*, Milano 1974 (rist.), 216; S. Solazzi, *Diritto ereditario romano. (Anno accademico 1931-32)* 1, Napoli 1932, 245; S.

da alcuni frammenti inerenti alla *venditio hereditatis* attestanti vendite genericamente relative a quella qualunque eredità che possa a noi spettare⁴.

In effetti, le fonti classiche in tema di *societas* sono svariate ed esplicite nel riconoscere la liceità, per i soci, di convenire di mettere in comune anche le future eredità devolute a ciascuno. Tra esse, spicca anzitutto D. 17.2.3.1 (Paul. 32 *ad ed.*): *Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione acquisitum communioni acquiretur.*

Paolo sta descrivendo il contratto di *societas omnium bonorum* (ossia quella nella quale quanto venga per un qualsiasi motivo acquistato dai soci *communioni acquiretur*, è conferito cioè al patrimonio sociale⁵) e, nello spe-

Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* 2, Roma 1928², 491 nt. 5 (così anche F. Vassalli, *I contratti di eredità del terzo vivente. Il motivo della 'vivi hereditas'. La vendita di eredità e la dottrina dell'emptio spei'. Fascicolo I della miscellanea critica di diritto romano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia* 3.3, Perugia 1913, ora in *Miscellanea critica di diritto romano [fascicolo I]*, in *Studi giuridici Vassalli* 3, Milano 1960 [da cui si cita], 350 ss.; G. Michaélidès-Nouaros, *Contribution à l'étude des pactes successoraux en droit byzantin [justinien et post-justinien]*, Paris 1937, 107; G. Vismara, *Storia dei patti successori*, Milano 1941, 92 s. nt. 1; S. Lo Iacono, *Convenzioni circa eredità non devolute*, in I. Fagnoli und U. Fasel [hg.], *Willkür und Freiheit im römischen und schweizerischen Erbrecht*, Bern 2017, 168 s.). La *ratio* di tale eccezione è così illustrata da C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* 1, Milano 1949, 328 s.: «quando però venga a mancare l'individuazione dell'ereditando, i patti di tal genere sono perfettamente validi, perché nulla contengono di immorale»; con specifico riferimento a D. 17.2.3.1-2, l'autore sottolinea come sia «di tutta evidenza che qui non v'ha ombra d'immoralità perché non si prevede la morte di una persona determinata, né si dispone conseguentemente per l'ipotesi che uno de' contraenti ne diventi erede».

⁴ Così, fondandosi su D. 18.4.11, Fadda, *Concetti* 1 cit. 329: «del pari è da osservare come, mentre si dichiara nulla la vendita di un'eredità di persona vivente (fr. 18.4.1), si riconosce la perfetta validità del contratto per cui si vende quella qualunque eredità che possa a noi spettare (fr. 18.4.11). Qui, come nel caso della società, non vi è determinazione di persona: l'eredità può già essere deferita perché è morto l'ereditando, e può invece non esistere ancora giuridicamente, perché l'ereditando è vivo». Cfr. altresì M. Talamanca, s.v. *Vendita (dir. rom.)*, in *ED.* 46, Milano 1993, 351 nt. 474 (per la cui opinione v. oltre, nt. 17), nonché M. Pennitz, *Das 'periculum rei venditae'. Ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht*, Wien - Köln - Weimar 2000, in specie 430 s., il quale tuttavia, pur riconoscendo nel frammento ulpiano confluito in D. 18.4.11 un caso di vendita di eredità futura, non sembra individuare nella indeterminanza della persona dell'ereditando la *ratio* dell'ammissibilità di un simile contratto, limitandosi ad affermare che il passo riguarda un'ipotesi di vendita di eredità in cui «diese jedoch unter der Bedingung gekauft sein, dass sie in weiterer Folge anfallen wird».

⁵ Sulla *societas omnium bonorum* cfr., tra i molti, M. Talamanca, *La 'societas'. Corso di lezioni di diritto romano*, Padova 2012, 15 ss.; Id., s.v. *Società*, in *ED.* 42, Milano 1990, 823 ss.; M. Kaser, *Neue Literatur zur 'societas'*, in *SDHI.* 41, 1975, 303 ss.; M. Bianchini, *Studi sulla 'societas'*, Milano 1967, 29 ss.; C. Arnò, *Corso di diritto romano. Il contratto di società*, Torino 1938, 59 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1949-1950*, Napoli 1950, 120 ss.

cificare cosa in concreto può cadere in comunione, menziona anche eredità, legati e quanto ricevuto in donazione dai soci (*et hereditas et legatum et quod donatum est... communioni adquiretur*)⁶.

La chiarezza dell'opinione espressa dal giurista severiano esime da ulteriori considerazioni. Tanto più che questa non è certo l'unica prova di come il regime della *societas omnium bonorum* imponesse ai soci il conferimento dei beni che avrebbero in futuro ereditato⁷.

Che l'adesione a questo particolare tipo di contratto ingenerasse un vero e proprio vincolo, in capo a tutti i contraenti, di trasferire i futuri acquisti ereditari è, ad esempio, inequivocabilmente dimostrato da un paio di frammenti, l'uno estratto dalle *Institutiones* gaiane (Gai 3.151), l'altro dal Digesto (D. 17.2.65.3 [Paul. 32 *ad ed.*]), ove si discute dello scioglimento della società per rinuncia da parte di un socio.

In entrambi i testi è enunciato il principio del *dissensus sociorum* quale causa di cessazione della *societas omnium bonorum* e si trova sancita una regola che riflette il carattere di buona fede del contratto in esame: la rinuncia da parte di un socio non può essere fatta ove finalizzata al suo unico guadagno.

Interessa, ai nostri fini, enfatizzare che l'esempio di recesso doloso emblematicamente riportato tanto da Gaio quanto da Paolo è proprio quello del socio di una *societas omnium bonorum* che, essendo stato istituito erede da un terzo, rinunci alla società al fine di acquistare da solo l'eredità (Gai 3.151: *veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renun-*

⁶ Con riferimento al frammento citato, Bianchini, *Studi cit.* 34 ss., nota che «l'effetto immediato – relativo, per l'esattezza, ai futuri acquisti – è ricondotto alla costituzione della *societas*, contrastando perciò più che palesemente con uno dei principi fondamentali del diritto romano: la netta separazione fra negozi fonti di obbligazione e negozi costitutivi o traslativi di diritti reali»; tale circostanza, ad avviso dell'autrice, si spiegherebbe in tanto in quanto la società di cui narra Paolo sarebbe una *societas* universale *iuris civilis* costituita mediante *in iure cessio*.

⁷ Si veda, ad esempio, anche D. 17.2.73 (Ulp. 1 *resp.*): *Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, hereditatem cuius eorum delatam in commune redigendam. idem Maximae respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogetur vel quaereretur communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda*. Interessa, in specie, la prima parte della fonte, ove Ulpiano riporta un responso dato a Massimino circa cosa debba essere acquisito dal patrimonio sociale in una *societas universarum fortunarum* che, verosimilmente, due coniugi (Massimino e Massima) intendevano costituire: ciò che dovrà essere messo in comune (a mezzo di *mancipationes* o *traditiones* successive all'apertura della successione [così Arnò, *Corso cit.* 60]) è tutto quanto entrato nel patrimonio dei soci dopo la costituzione della società come, ad esempio, i futuri acquisti ereditari. Questi, addirittura, rappresentavano l'esempio tipico di beni destinati a cadere in comunione per via dell'obbligazione assuntasi da ogni socio di una *societas omnium bonorum*.

tiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat e, analogamente, D. 17.2.65.3 [Paul. 32 ad ed.]: veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit).

In una simile ipotesi, il sotterfugio non avrebbe esonerato il recedente dal dovere di condividere con gli altri soci i guadagni prodotti dall'accettazione dell'*hereditas*; per converso, ove da tale operazione fosse derivato un qualche danno, questo sarebbe rimasto a carico esclusivo del socio rinunciante⁸.

II. La questione: una regola valevole anche per l'*'emptio venditio hereditatis'*?

A mente di tali considerazioni preliminari, è ora possibile fissare l'oggetto specifico di questo mio breve contributo.

Se, da un lato, dalle fonti sulla *societas omnium bonorum* emerge nitidamente che chi concludeva un simile contratto, per i giuristi del periodo classico, perfezionava un negozio a mezzo del quale si assumeva l'obbligo di trasferire tutte le *hereditates* che in futuro avrebbe eventualmente acquistato, dall'altro non è

⁸ Testimonia l'esistenza di un dubbio non già sulla possibilità di disporre delle future eredità a mezzo di un contratto di società (forse, in questo caso, *non omnium bonorum*, bensì *quaestus*: cfr. Vassalli, *Miscellanea* cit. 351), ma su come interpretare una clausola (o un patto aggiunto), ovvero una disposizione normativa, che specifichi la caratteristica che dovrebbero avere le future *hereditates* per cadere in comunione D. 17.2.3.2 (Paul. 32 ad ed.): *De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenierit, communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere*. Sebbene non sia questo il fulcro della nostra indagine, va quantomeno menzionata l'esistenza di una risalente disputa (i cui estremi si trovano riassunti da Id., *Miscellanea* cit. 350 ss.), che impegnò i più antichi commentatori, da Donello a Cuiacio, circa il significato da attribuire a *iusta hereditas*. I dubbi sino ad ora sollevati paiono perlopiù incentrati sull'origine pattizia ovvero legale del requisito *iusta*; in particolare, alla luce anche alla traduzione greca che si ritrova in Bas. 12.1.3 (ὡς εἰκὸς ἐρχομένη . . . δικαία), è stato osservato da Id., *Miscellanea* cit. 352, s. che, dal «significato di apprezzamento intrinseco» dato all'aggettivo *iusta* da alcuni autori greci – mentre altri non osarono stabilire l'equivalente greco, e riportarono l'aggettivo latino (ἰούστα κληρονομία), il che mostrerebbe una qualche incertezza nello stabilire l'equivalente greco δίκαιος –, si potrebbe inferire che nell'originario commento all'editto non vi fosse alcun riferimento alla *iusta hereditas*, e che l'aggettivo sia stato aggiunto da un compilatore che, conoscendo la norma posta in C. 2.3.30, abbia «pensato di escludere da questa clausola il carattere di quelle convenzioni pericolose e nefarie di cui era divieto nella nota legge di Giustiniano». Diversa la ricostruzione di Fadda, *Concetti* 1 cit. 328 s., il quale sottolinea che in D. 17.2.3.2 «si prevede una possibilità che non ha nulla di odioso, che cioè qualche eredità spetti a un socio», e che il giurista «non si preoccupa nemmeno della validità del patto e fa solo una questione d'interpretazione: quale sia, cioè, la portata dell'espressione *iusta hereditas*. Egli la risolve nel senso che nel dubbio debba limitarsi alle eredità legittime». In senso analogo cfr. anche Lo Iacono, *Convenzioni circa eredità non devolute* cit. 169.

affatto scontato che un analogo precetto improntasse anche il regime dell'*emptio venditio*. Ciò che invece – come si anticipava – parte della dottrina ha sostenuto, in particolare a partire da un tratto del commento ulpiano all'editto, D. 18.4.11 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empta', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus*, dal quale taluni hanno creduto di poter dedurre una norma di ammissibilità per le vendite di eredità future solo ove oggetto del contratto fossero eredità indeterminate.

Ebbene, è esattamente su quest'ultimo frammento che intendo incentrare le mie riflessioni, non senza però aver prima svolto alcune succine osservazioni di carattere introduttivo sul tema della vendita di eredità futura.

III. La vendita di eredità futura: questioni introduttive

Lo studio della disponibilità contrattuale della *hereditas* futura nelle fonti classiche è stato affrontato solo raramente *ex professo* dalla letteratura romanistica, e anche con riferimento al passo ulpiano sopra trascritto, sono poche le ricerche che si sono preoccupate di approfondirne davvero l'esame con l'obiettivo di chiarire la sua reale riconducibilità alla disponibilità contrattuale della vicenda successoria⁹.

Lo stesso può dirsi anche per gli altri frammenti inerenti alla *venditio hereditatis* che hanno contribuito al formarsi della *communis opinio* per la quale il diritto classico avrebbe avversato i patti successori¹⁰, ossia D. 18.4.1 (Pomp. 9

⁹ I testi in questione sono stati studiati soprattutto da chi ha indagato la tematica della vendita della cosa inesistente (v. letteratura citata da F. Cuena Boy, *La idea de 'rerum natura' como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación*, in *RIDA. III S.* 40, 1993, 245 ss. ntt. 44 ss., nonché A. Rodeghiero, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova 2004, 43 ss.) o della vendita di eredità (v., da ultima, E. Marelli, *La compravendita dell'eredità in diritto romano*, Torino 2020, 38 ss., 72 s.). Tra i pochi che si sono occupati dei frammenti specificamente in relazione al divieto di patti successori si ricordano Vassalli, *Miscellanea cit.* 342 ss., 366 ss. e, più di recente, M. Sič (Szücs), *L'eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico*, in *RIDA. III S.* 59, 2012, 197 ss.

¹⁰ I frammenti, in quanto ritenuti in contrasto con la possibilità ammessa dal diritto romano di vendere cose future, troverebbero, per qualche studioso, la loro ragione «vera e decisiva» nel fatto che «la vendita va contro il buon costume» (così, con specifico riferimento a D. 18.4.1, Fadda, *Concetti* 1 cit. 247, ma v. anche Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* 2 cit. 391), e le regole d'invalidità in essi contenute sarebbero state misure per sventare le speculazioni dei *captatores* (Michaélidès-Nouaros, *Contribution à l'étude des pactes successoraux en droit byzantin* cit. 53 ss.; in tal senso v. anche Vismara, *Storia* cit. 85 nt. 1). Si tratta, tuttavia, di ipotesi formulate a prescindere dal dato testuale.

ad Sab.): *Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit* e D. 18.4.7 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *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.*

La maggioranza delle considerazioni che, a partire da questi testi, sono state svolte nel quadro della più ampia questione del divieto dei patti successori non sempre hanno tenuto conto delle peculiarità dell'ambito all'interno del quale si inserisce il problema della vendita dell'eredità del vivo, ossia la *venditio hereditatis*.

Ancora, talvolta non si è dato sufficiente rilievo al fatto che i giuristi stessi se ne occupassero anzitutto in quanto ipotesi di vendita di cosa inesistente.

Pare d'altronde indicativo che in nessuna delle tre fonti si menzioni l'eredità 'futura'¹¹: solo in D. 18.4.1 – che, tra tutte, è la più citata a sostegno dell'impossibilità, per il diritto classico, di concludere patti successori dispositivi – si parla dell'*hereditas eius qui vivit*; e, anche in questo caso, l'evenienza che Pomponio si stesse riferendo a un contratto in cui le parti volessero effettivamente vendere un'eredità futura non è affatto certa¹².

¹¹ Così anche Vassalli, *Miscellanea* cit. 342 s.

¹² Notava Vassalli, *Miscellanea* cit. 342 s., che nemmeno D. 18.4.1, ove chiara è la menzione dell'eredità del vivo, offre dal punto di vista testuale «elemento alcuno che obblighi a ritenere si sia voluta una vendita di eredità futura, cioè che si sia venduta un'eredità di un terzo vivo come futura eredità di uno dei contraenti»; anzi, proprio l'associazione della vendita d'eredità del vivo con quella dell'eredità di colui che non esiste indurrebbe «ad escludere che il testo prospetti l'ipotesi di vendita di eredità del vivo come eredità futura». Già G.R. Pothier, *Trattato della vendita* 1, trad. it., Venezia 1832, 183 – che pur affermava che «la regola che le cose future possono essere l'oggetto di una convenzione, secondo le leggi romane, soffre una eccezione riguardo alle eredità future» (Id., *Trattato delle obbligazioni* 1, trad. it., Venezia 1833, 137) – spiegava in tal modo il principio espresso da Pomponio: «se per errore qualcuno ha venduto l'eredità di un suo parente che credeva essere morto, e sia vivo, la vendita è nulla e non produce veruna obbligazione né da una parte né dall'altra». Va poi dato conto della peculiare ricostruzione di Cuenca Boy, *La idea de 'rerum natura'* cit. 246 s., che ha escluso che in D. 18.4.1 si facesse riferimento a un concetto di 'impossibilità fisica' della prestazione: «sin embargo, cuando Pomponio señala ed D. 18.4.1 que la *hereditas vivi aut nullius* no existe *in rerum natura*, o cuando Paulo en D. 18.4.7 requiere que la herencia en cuanto *res* exista para que su venta sea válida, es cuando menos dudoso que se estén refiriendo a la existencia física que normalmente se indica con la frase *in rerum natura esse*. Al menos en el caso de una persona viva, herencia inexistente significa herencia no causada todavía, pero eso no nos dice nada acerca de la existencia actual y real de las 'cosas' que en el futuro puedan llegar a formar parte de la sucesión. La *hereditas* es concebida por los romanos como *res incorporalis* y como *nomen iuris*; por ello, aunque objeto de la venta de herencia deban considerarse los bienes concretos que han llegado al vendedor a título hereditario, en el estado físico y jurídico que se encuentran en el momento de celebrarse el contrato, hay auténtica dificultad para admitir que Pomponio quisiera expresar la inexistencia física de la herencia apuntando que la misma *non est in rerum natura*».

Di *hereditas futura* o di *hereditas viventis* non v'è invece traccia alcuna in D. 18.4.7 e D. 18.4.11. Poiché, però, i due frammenti parlano ora di *alea* (D. 18.4.7) ora di *spes hereditatis* (D. 18.4.11), entrambi sono stati dai più inquadrati come casi di vendite di eredità future¹³.

In particolare, D. 18.4.7 viene abitualmente letto insieme a D. 18.4.1, del quale rappresenterebbe una specificazione sotto il profilo rimediale: tanto Pomponio (D. 18.4.1) quanto Paolo (D. 18.4.7) esprimerebbero cioè, sotto due diverse prospettive (quella sostanziale il primo, quella rimediale il secondo)¹⁴, una regola d'inammissibilità dei contratti *de hereditate tertii* per il diritto classico.

D. 18.4.11, invece, poiché sembrerebbe consentire un'*emptio spei* relativa a un'eredità non ancora deferita (il che lo porrebbe in contrasto con la regola scolpita, sulle orme di Sabino¹⁵, da Pomponio in D. 18.4.1), è stato ora ritenuto interpolato¹⁶, ora letto come testimonianza dell'ammissibilità di patti successori dispositivi il cui oggetto fossero, genericamente, 'tutte le eredità in futuro spettanti al venditore'¹⁷. Ed è, come dicevo, precipuamente sulla verifica dell'attendibilità di un simile assunto che intendo ritagliare queste mie brevi riflessioni.

¹³ Senonché, va subito rilevato che non è affatto certo che i riferimenti all'*alea* e alla *spes* registrabili rispettivamente in D. 18.4.7 e D. 18.4.11 siano indicativi di vendite di eredità future; assai più probabile è che essi siano spiegabili alla luce delle peculiarità dell'*hereditas* quale oggetto di *emptio venditio*: la maggioranza delle vendite di eredità, pur se concluse dopo l'apertura della successione, erano infatti naturalmente caratterizzate da una forte componente di aleatorietà, il che ben potrebbe spiegare anche i richiami alla vendita aleatoria contenuti nei due frammenti in esame: sull'*alea* (economica) del contratto di *hereditatis venditio* v., da ultima, Marelli, *La compravendita dell'eredità* cit. 67 ss., ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁴ Come già Pothier, *Trattato della vendita* 1 cit. 183, anche più recente dottrina legge insieme i due frammenti, entrambi ritenuti espressivi del pensiero di Sabino, riportato ora da Pomponio ora da Paolo: cfr., *ex pluribus*, P. Voci, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in onore della sua beatificazione* 2, Milano 1947, 373; Rodeghiero, *Sul sinallagma* cit. 49.

¹⁵ Come si ricaverebbe dalla costruzione con l'infinito (*nihil esse acti* [scil. *Sabinus ait*]): cfr. Voci, *L'estensione* cit. 373.

¹⁶ Vassalli, *Miscellanea* cit. 371 ss., su cui v. oltre, § V. Scettico circa la genuinità di D. 18.4.11 anche V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano* 1, Napoli 1956² (rist.), 120.

¹⁷ In tal senso, oltre a Fadda, *Concetti* 1 cit. 329, v. Talamanca, s.v. *Vendita* cit. 351 e nt. 474, per il quale, da D. 18.4.11, si potrebbe ricavare che alle parti fosse consentito concludere la vendita di una qualsiasi eredità eventualmente devoluta al venditore, mentre sarebbe «difficile immaginare il funzionamento della statuizione in parola per il caso in cui le parti avessero preso in considerazione l'eredità di una determinata persona»; così, infatti, «si sarebbe venuto a violare il divieto dei patti successori dispositivi». A questa opinione ha aderito, da ultima, Marelli, *La compravendita dell'eredità* cit. 73 ntt. 17 s.

IV. D. 18.4.11 (Ulp. 32 'ad ed.'): vendita di eredità futura o vendita aleatoria di eredità già deferita?

Rivediamo allora il passo:

D. 18.4.11 (Ulp. 32 ad ed.): *Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empta', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.*

Ulpiano si interroga sulla validità di una clausola negoziale apposta al contratto di vendita, e sembrerebbe ritenere ammissibile un'*emptio spei* con ad oggetto un'eredità; per il giurista, la fattispecie sarebbe assimilabile alla più tipica delle ipotesi di vendita aleatoria, ossia quella relativa ai pesci che verranno pescati (*ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus*).

Come emerge dalla contestualizzazione palinogenetica del brano¹⁸, punto di riferimento è il pensiero di Giuliano, che Ulpiano sta con ogni probabilità riportando. L'argomento trattato riguarda la possibilità di apporre a un contratto di vendita d'eredità una clausola del tipo *si qua sit hereditas, est tibi empta*, e ciò analogamente a quanto accade in altri luoghi del Digesto ove si tratta di *venditio hereditatis*: penso in specie a D. 18.4.10 (Iav. 2 ex Plaut.)¹⁹ e D. 18.4.13 (Paul. 14 ad Plaut.)²⁰, in cui si commentano clausole del tipo *si quid iuris esset venditoris, venire o ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*.

Senonché, diversamente rispetto a queste ultime clausole – che parrebbero alludere alla sola spettanza dell'*hereditas* al venditore, ma non anche all'eventualità che l'*hereditas* potesse non esistere in concreto –, D. 18.4.11 lascerebbe in effetti intendere che, per Ulpiano (e per Giuliano), l'acquirente si potesse accollare persino il rischio dell'inesistenza oggettiva dell'*hereditas*. 'Se ci sia una qualche eredità', e non 'se il venditore avesse un qualche diritto ereditario': è questo infatti il tenore della clausola commentata in D. 18.4.11.

La dottrina che si è sino ad ora occupata del passo è divisa tra quanti vi intravedono una norma di validità anche per compravendite di eredità non ancora deferite (nel qual caso, valide sarebbero solo le compravendite 'di qualsivoglia

¹⁸ O. Lenel, *Palinogenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889, 631 s. Per l'indicazione dei frammenti nell'ordine leneliano v. oltre, § V.

¹⁹ D. 18.4.10 (Iav. 2 ex Plaut.): *Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.*

²⁰ D. 18.4.13 (Paul. 14 ad Plaut.): *Quod si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet: illo vero adiecto liberatur venditor, si ad eum hereditas non pertineat.*

eredità in futuro deferita al venditore')²¹ e quanti ritengono, invece, che Ulpiano ammetterebbe solo una compravendita di un'eredità o presentemente deferita a persona diversa dal venditore, o deferita al venditore, ma da lui ancora non acquistata²².

Entrambe le opzioni interpretative presentano tuttavia alcune criticità.

La prima, in specie, non tiene conto del dato testuale: è vero infatti che Ulpiano parla di *spes hereditatis*²³ e richiama le compravendite aleatorie comunemente concluse dai pescatori (*ut in retibus*), ma ciò non prova che, nel caso di specie, si trattasse di un'*hereditas* futura.

Al contrario, l'uso del presente (dice Ulpiano: *si qua 'sit' hereditas, 'est' tibi empta* e non *si qua 'futura esset' hereditas, 'erit' tibi empta*) parrebbe suggerire che l'eredità in questione già esistesse. Ciò, peraltro, non dovrebbe stupire data la frequenza con cui i Romani probabilmente concludevano vendite di eredità, già in stato di delazione, il cui ammontare o la cui spettanza al venditore fossero dubbi. L'incertezza relativa agli aspetti quantitativi e qualitativi del patrimonio ceduto, d'altronde, era una delle principali peculiarità di una compravendita d'eredità: i contorni evanescenti dell'*hereditas*, nonché la necessità che il venditore garantisse il *nonem heredis*²⁴, lasciano infatti presupporre che fossero tutt'altro che infrequenti ipotesi in cui esistessero dubbi non solo sul *quantum*, ma anche sull'*an* dell'esistenza dell'*hereditas vendita*.

²¹ V. dottrina citata sopra, ntt. 4 e 17.

²² Individuano l'*incertum* nell'ammontare dell'eredità F. Senn, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, in *Revue historique de droit français et étranger* 33, 1956, 172 s.; J.A.C. Thomas, '*Venditio hereditatis*' and '*emptio spei*', in *Tulane Law Review* 33, 1959, 545 ss.; A. Torrent, '*Venditio hereditatis*'. *La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca 1966, 161; M. Kaser, *Erbschafts Kauf und Hoffnungs Kauf*, in *BIDR.* 74, 1971, 50 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 249. *Contra*, cfr. Marelli, *La compravendita dell'eredità* cit. 73 nt. 18, la quale nota che una simile «incertezza rappresenta l'alea normale della *hereditatis venditio* e non è sufficiente a connotare il contratto come aleatorio» (ma v., in senso analogo, anche A. Calonge Matellanes, *La compraventa civil de cosa futura [Desde Roma a la doctrina europea actual]*, Salamanca 1963, 41 ss., in specie 44).

²³ Il lemma *spes* compare di frequente nelle fonti giuridiche. Tralasciando molti altri e assai significativi esempi, si pensi ai vari frammenti che ammettono ipotesi di *emptiones spei* (su cui, per tutti, oltre a Talamanca, s.v. *Vendita* cit. 343 ss., v. S. Randazzo, *Variabilità del rischio e ricadute sistematiche nella vendita di cosa futura*, in L. Garofalo [a c. di], *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* 1, Padova 2007, 247 ss. e letteratura ivi citata). In generale, per una panoramica sui diversi significati assunti dal richiamo alla *spes* nei testi giuridici, si rinvia a M. Bartošek, *La 'spes' en droit romain*, in *RIDA.* 2, 1949, 19 ss., in specie 23 ss.

²⁴ In argomento v., da ultima, anche per l'indicazione di letteratura, Marelli, *La compravendita dell'eredità* cit. in specie 67 ss., 78 ss.

La stessa casistica esemplificata nel Digesto – ove è traccia di dibattiti incentrati sul regime applicabile in caso di vendita di un’eredità che o non fosse spettata al venditore ovvero si fosse scoperta inesistente *tout court* – parla chiaro: dalla lettura di un brano del commento ulpiano *ad Sabinum*, D. 29.2.25.5 (Ulp. 8 *ad Sab.*): *Sed utrum generaliter ‘quaecumque tibi hereditas fuerit delata’, an specialiter? et magis placet, ut Gaius Cassius scribit, specialiter debere mandare. 6. An nominatim de vivi hereditate mandari possit, quaeritur: sed ego non puto recipiendum, ut de vivi hereditate mandetur. plane si rumor fuit Lucium Titium decessisse, poterit ei mandare, ut, si scripsit eum, adeat: aut si clusae adhuc tabulae sunt et sit incertum, an filius scriptus sit heres, sappiamo infatti che, talvolta, poteva capitare che si vendesse un’eredità della cui esistenza fosse soltanto giunta voce e che, magari a cagione della lontananza, non si potesse essere sicuri della veridicità della notizia in sé.*

Ancora, il venditore avrebbe potuto nutrire dubbi circa la sua effettiva istituzione d’erede, ad esempio in quanto momentaneamente lontano dal luogo di apertura della successione.

Se poi si pone mente a quali erano i mezzi di comunicazione dell’epoca, la difficoltà di verificare le informazioni in tempi rapidi è facilmente immaginabile: fino a che le eventualmente false notizie non fossero state smentite, chi, convinto di essere erede, avesse trovato qualcuno disposto ad acquistare le sue aspettative successorie, avrebbe potuto valutare conveniente cedere tutti i propri (incerti) diritti a un prezzo fisso, evitandosi così le incombenze inerenti alla gestione del compendio ereditario, tanto più onerose quanto più lontano fosse stato il luogo di apertura della successione. Ma se, successivamente all’incontro dei consensi, si fosse scoperto che non v’era alcuna *hereditas* (D. 18.4.1 [Pomp. 9 *ad Sab.*]²⁵, D. 18.4.7 [Paul. 14 *ad Plaut.*]²⁶ e D. 18.4.8 [Iav. 2 *ex Plaut.*]²⁷) ovvero che questa esisteva ma non spettava al venditore (D. 18.4.8 [Iav. 2 *ex Plaut.*], D. 18.4.10 [Iav. 2 *ex Plaut.*]²⁸ e D. 18.4.13 [Paul. 14 *ad Plaut.*]²⁹), sarebbe entrata in gioco l’invalidità negoziale tendenzialmente prevista per ipotesi di inesistenza dell’oggetto contrattuale.

Ebbene, tutte queste considerazioni potrebbero essere utilmente impiegate per

²⁵ Per il testo del frammento v. sopra, § III.

²⁶ Per il testo del frammento v. sopra, § III.

²⁷ D. 18.4.8 (Iav. 2 *ex Plaut.*): *Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur; si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur.*

²⁸ Per il testo del frammento v. sopra, nt. 19.

²⁹ Per il testo del frammento v. sopra, nt. 20.

avvalorare la seconda opzione interpretativa sopra prospettata; opzione che, peraltro, ad oggi non pare essere stata ancora adeguatamente provata attraverso puntuali rilievi testuali, il che, a mio giudizio, ingenera le criticità cui accennavo sopra.

Tra quanti hanno sostenuto che l'aleatorietà, nel caso descritto in D. 18.4.11, consisterebbe soltanto nella circostanza che non si conoscono né la qualità, né la quantità dell'oggetto dedotto nel contratto, v'è infatti chi ha ipotizzato un caso immaginario, che Ulpiano avrebbe potuto avere in mente quando enunciò tale *regula iuris*.

Si è così supposto che un cittadino romano, dopo aver appreso da terze persone della morte di uno zio, nella convinzione di essere stato nominato suo erede, abbia venduto la propria *spes hereditatis* (intesa come speranza di essere stato istituito erede o di aver ricevuto un qualche lascito) in un momento in cui l'*an* e il *quantum* dell'attribuzione *mortis causa* fossero ancora indeterminati³⁰.

Il caso, tuttavia, è appunto frutto di fantasia, né la contestualizzazione palinogenetica del brano proposta da Lenel fornisce un qualche appiglio per dimostrare l'attendibilità di tale ricostruzione.

Anzi: ove si legga il passo secondo l'ordine leneliano, si sarebbe in effetti portati a dare credito ad alcune tesi interpolazionistiche che hanno asserito la natura totalmente compilatoria di D. 18.4.11³¹.

³⁰ In questo caso, dunque, l'*hereditas* sarebbe già esistente, mentre incerta ne sarebbe l'entità e l'effettiva delazione al venditore, per il che il rischio starebbe nell'incapienza dell'*hereditas* o nel fatto che il venditore potrebbe non essere stato istituito erede. Non si tratterebbe, insomma, di vendita di un'eredità relativa a beni di una persona vivente poiché, essendo lo zio già morto, già ci sarebbe stata l'apertura della successione: Zimmermann, *The Law* cit. 249 nt. 96; Kaser, *Erbschafts Kauf* cit. 55.

³¹ Alludo, in specie, alle ipotesi interpolazionistiche formulate da Vassalli, *Miscellanea* cit. 371 ss., al cui esame verrà dedicato il presente paragrafo. Ambigua e da respingere pare invece la posizione assunta da Sič (Szűcs), *L'eredità* cit. 199 ss., in specie 201, la quale ha sostenuto l'interpolazione di D. 18.4.11 rifacendosi ai requisiti di validità dei negozi dispositivi dei futuri acquisti ereditari espressi nella *constitutio de pactis* emanata da Giustiniano (C. 2.3.30 [Iust., a. 531]): a partire dal fatto che «senza l'accordo del futuro *de cuius* ... le disposizioni dell'eredità futura da parte degli eredi eventuali erano proibite anche durante il periodo postclassico, fino all'età di Giustiniano», secondo l'autrice, si dovrebbe presumere che anche in epoca classica fosse inammissibile una vendita dell'eredità non ancora deferita senza l'avallo dell'ereditando. Tale convinzione, tuttavia, non può persuadere: la mancata menzione, in un frammento del Digesto, di requisiti e condizioni di validità operanti in un'epoca più tarda non può di per sé costituire un valido argomento a sostegno della fattura compilatoria di un passo, tanto più che né dal frammento ora studiato né da altre fonti che si occupano di *venditio hereditatis* pare emergere un'attenzione verso le volontà del *de cuius*. La teoria interpolazionistica appena delineata risulta inoltre contraddittoria in sé stessa laddove individua in D. 18.4.11 uno degli esempi di testi classici 'ritoccati' dai compilatori al fine di ottenere antiche regole di *ius* armonizzate con le più recenti costituzioni imperiali (in specie 214 s.): ammesso – ma non concesso – che veramente il passo ulpiano

V. La contestualizzazione palingenetica del passo secondo Lenel

Ecco il contesto originario dal quale, secondo Lenel, fu escerpito il nostro frammento:

D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatum Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.*

D. 18.4.11 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empti', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.*

Ai fini dell'indagine, pare sufficiente prendere in esame D. 19.1.11.18 con il solo obiettivo di verificare come si coordini il principio espresso in D. 18.4.11 con il senso del discorso di Ulpiano (o di Giuliano, visto che è una sua *sententia*³² ad essere in larga parte riferita) ivi portato avanti.

sia stato redatto *ex post* con l'obiettivo di creare una fittizia base classica per una nuova regola giustiniana, perché allora la mano del compilatore non avrebbe dovuto aggiungere, al principio espresso in D. 18.4.11, anche il requisito del consenso dell'ereditando?

³² Sul significato da attribuire alla designazione di uno specifico contributo giurisprudenziale, riportato da altro giurista, in termini di *sententia* – particolarmente frequente, peraltro, e proprio con riferimento alle opinioni giuliane, in Ulpiano –, segno forse di una «tensione ... a calare la storia dei *prudentes* nella costruzione viva di un 'nuovo' diritto», v. E. Stolfi, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di diritto romano* 1, 2001, 6.

D. 19.1.11.18 tratta della garanzia per l'evizione che, a seguito della conclusione di un *emptio venditio*, il venditore dovrebbe prestare³³; Ulpiano riproduce l'opinione di Giuliano che, nel libro XV dei suoi *Digesta*, aveva ritenuto possibile *agere ex empto* per la restituzione del prezzo nei confronti del venditore che avesse apertamente escluso la garanzia per evizione. Lo stesso ove si fosse esplicitamente stabilito, nel contesto del contratto di vendita, che nulla si presterà per l'evizione: una volta evitta la cosa, se non l'utilità che ne avrebbe tratto il compratore, dovrà dal venditore essere restituito il prezzo. Tale regola deriva dalla natura di buona fede dell'*emptio venditio*, e infatti un contratto di buona fede non tollera un accordo in base al quale il compratore possa perdere la cosa e il venditore trattenere il prezzo (*neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret*).

Queste premesse giustificano il passaggio successivo: Giuliano, dopo aver posto in luce l'ineliminabile correlazione tra l'obbligo del *venditor* di far avere al compratore l'*habere licere* della *res* e l'obbligo dell'*emptor* di corrispondere il *pretium* (tanto che, *si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri*, in caso di evizione, il venditore sarebbe comunque tenuto *ex empto* a restituire il prezzo), afferma che tale principio potrebbe venir meno solo se simili convenzioni siano state concepite come vendite aleatorie. Soltanto, cioè, se le si intendesse allo stesso modo di quelle vendite in cui l'accordo è che il venditore riceva il denaro anche se al compratore non pervenga una merce, come quando dal pescatore compriamo il futuro pescato, o dal cacciatore o dall'uccellatore le future prede.

In quei casi, infatti, se anche nulla viene catturato, il compratore dovrà comunque *pretium praestare* (*nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit*). Tuttavia, per quanto riguarda le convenzioni di cui si è scritto sopra, bisogna dire il contrario. A meno che – conclude il giurista – il venditore non abbia venduto la cosa sapendo che era di altri: in questo caso, stando al parere di Giuliano, si deve dire che egli è tenuto con l'azione di *compera*, perché si comporta con dolo.

Ebbene, Vassalli definiva D. 19.1.11.18 «interpolatissimo», deducendo, da ciò, che tale fosse pure il seguente D. 18.4.11: si tratterebbe di un passo «tutto compilatorio», tanto che sarebbe addirittura «difficile dire se pure una sottile

³³ Ed è in particolare con riguardo a questa tematica che il passo viene commentato, in quanto permette di ricostruire la portata della *stipulatio habere licere* o, comunque, delle pattuizioni aggiunte al contratto creative dell'obbligazione di garanzia: sull'argomento, cfr. letteratura citata da T. dalla Massara, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, 291 ss., nonché da R. Ortu, *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, in specie 317 nt. 12, entrambi in L. Garofalo (a c. di), *La compravendita 2* cit.

trama sia data da parole di Ulpiano stesso. Verosimilmente ad Ulpiano fu assegnato, e al suo lib. 32 *ad ed.*, perché qui in realtà si ritrovano un concetto ed espressioni che potevano giustificare l'attribuzione dei giustinianeî»³⁴.

In effetti, si potrebbe dubitare che l'originario discorso ulpiano si snodasse secondo la ricostruzione leneliana.

Non solo l'*incipit* esplicativo *nam* pare ingiustificato, considerato che nell'ultima parte del frammento Ulpiano sottolineava che gli accordi che stava commentando non integravano ipotesi di vendite aleatorie (sembra infatti inconferente dire, *nam*, che si può concludere una vendita aleatoria di un'eredità); ma anche a voler espungere il *nam* – potenzialmente posto dai compilatori per rendere fluido il passaggio con il passo di Giavoleno che nella compilazione precede il nostro D. 18.4.11³⁵ –, colpisce la mancanza, in tutto il brano, di un qualsivoglia riferimento alla vendita di eredità.

Quest'ultimo dato, più di tutti, rende a mio parere lecito sospettare che la *regula iuris* contenuta in D. 18.4.11 possa originariamente essere stata enunciata a completamento del discorso tradito in D. 19.1.11.18.

VI. La proposta di una diversa ricostruzione palinogenetica

Le criticità appena esposte, tuttavia, non necessariamente autorizzano a ritenere che i veri autori della sostanza di D. 18.4.11 siano stati i giustinianeî.

Se infatti si ipotizzasse una piccola modifica alla mirabile opera ricostruttiva di Lenel, si potrebbe giungere a dimostrare la genuinità del frammento in esame e, con essa, anche il suo corretto significato.

Dunque, se si leggono tutti i frammenti estrapolati dal XXXII commentario all'editto di Ulpiano, ci si rende conto che un solo brano, oltre a D. 18.4.11, si occupa di una *venditio hereditatis*: D. 19.1.13.5.

Si tratta, a ben vedere, di un testo che svela una fattispecie concreta rispetto alla quale il principio di diritto *nam ... retibus* sembrerebbe il perfetto completamento, di talché non si potrebbe escludere che, originariamente, i due testi facessero parte di un medesimo discorso.

Ecco allora la ricostruzione che propongo:

D. 19.1.13.5 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Per contrarium quoque idem Iulianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi*

³⁴ Vassalli, *Miscellanea* cit. 371.

³⁵ D. 18.4.10 (Iav. 2 *ex Plaut.*); per il testo del frammento v. sopra, nt. 19.

iudicio teneri possit? et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent.

D. 18.4.11 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empta', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retribus.*

In D. 19.1.13.5 Ulpiano espone un caso di una vendita di eredità circa il quale, verosimilmente, era stato chiesto parere a Giuliano. Ceduta era l'eredità di un tale Terenzio Vittore, che aveva lasciato come unico erede il fratello. Un certo Bellico, dopo aver sottratto dall'eredità alcune cose, documenti³⁶ e servi, persuase facilmente l'erede a vendergli l'eredità per come se valesse pochissimo³⁷.

Il quesito riguardava la possibilità, per l'erede, di esperire l'*actio venditi*³⁸ nei confronti di Bellico, e l'opinione di Giuliano era positiva: l'azione contrattuale potrà essere proposta per quel tanto che l'eredità varrebbe di più, se quelle cose non fossero state sottratte (*in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent*³⁹).

³⁶ Traduce *instrumenta* come «beni strumentali alla coltivazione del fondo» A. Petrucci, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto* 1, Torino 2018, 154.

³⁷ Date le peculiarità del bene oggetto di contratto, le trattative finalizzate alla quantificazione del prezzo di una *hereditatis venditio* dovevano essere particolarmente complesse, con la conseguente maggiore facilità che la condotta tenuta dei contraenti superasse il limite del *dolus bonus*, tollerato dall'ordinamento, e assumesse rilevanza ai fini della responsabilità per *dolus in contrahendo* (su cui v. F. Procchi, '*Dolus*' e '*culpa in contrahendo*' nella compravendita. *Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. Garofalo [a c. di], *La compravendita* 1 cit. 181 ss.). In questo contesto, va segnalato che le fonti in materia di *hereditatis venditio* danno conto in specie di ipotesi in cui la condotta dolosa sia ascrivibile al compratore: cfr., oltre a D. 19.1.13.5, D. 4.3.9 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si quis affirmavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat*. 1. *Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris*; D. 17.1.42 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si mandavero tibi, ut excuteres vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris, et mandati mihi teneberis*.

³⁸ In considerazione della formulazione dubitativa che si ritrova nel passo (*an venditi iudicio teneri possit?*) circa la possibilità di esperire l'*actio venditi*, Y. González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clasico*, in *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho* 21, 1997, 215, ha supposto che «en la época de Juliano probablemente formaba todavía objeto de duda si una actitud dolosa del adquirente que hubiese llevado a la fijación de un precio de la herencia vendida más bajo de su efectivo valor pudiese reprimirse con la *actio venditi* en lugar de la *actio de dolo*. Tal duda resultaría superada por este jurista, abriendo definitivamente el camino a la completa afirmación del principio que hemos apreciado en D. 4.3.9».

³⁹ Il mancato riferimento al criterio dell'*id quod interest* non sarebbe, per D. Medicus, '*id quod interest*'. *Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln - Graz 1962, 173, casuale: «daher könnte in fr. 13.5 der *interesse*-Terminus mit Bedacht vermieden sein, weil nur ein einziger Schadensposten in Betracht kommt». Ad ogni modo, l'*id quod interest* del venditore

A questo punto, quanto espresso in D. 18.4.11 (che, stavolta, opportunamente si aprirebbe con la congiunzione *nam*) parrebbe concatenarsi perfettamente con quanto prima esposto: è in effetti ammissibile una vendita fatta nel modo seguente: ‘se vi sia una qualche eredità, essa risulta a te comprata’, in quanto è come se ad essere venduta fosse la *spes hereditatis*, ossia l’aspettativa di una eredità; si venderebbe, infatti, l’alea stessa della esistenza della cosa, *ut in retibus*, ossia allo stesso modo di come accade quando si vende quanto catturato con il getto delle reti.

Propizio, insomma, è il chiarimento che D. 18.4.11 fornirebbe a D. 19.1.13.5: il principio per il quale è ammissibile una vendita *quasi spes hereditatis* servirebbe a spiegare che, talvolta, in caso di vendita di un’*hereditas*, poteva accadere che non venisse attuato uno scrupoloso inventario di tutti i beni e diritti componenti la suddetta eredità, ma che questa, già esistente *in rerum natura* a seguito dell’apertura della successione, venisse ceduta verso un corrispettivo stabilito in maniera approssimativa. In questo caso si sarebbe venduta una *res incerta*, come se, più che l’*hereditas*, oggetto del contratto fosse l’aspettativa della medesima (*quasi spes hereditatis*); allo stesso modo, cioè, di quando si acquista tutto il pescato dal pescatore.

D’altronde, se si considera che anche altre fonti attestano la conclusione di contratti di vendita d’eredità contenenti clausole del tipo *si qua sit hereditas, est tibi emptā*⁴⁰, pare assai probabile che nell’accordo tra Bellico e l’erede raggrato fosse stata formulata una clausola di tal genere.

È dunque verosimile che, con riferimento alla vendita dell’eredità di Terenzio Vittore, il punto sul quale si era aperta la *quaestio* sia stato questo: soprattutto in presenza di clausole di questo tipo – ma, forse, anche in loro assenza, posta la naturale alea economica della vendita d’eredità –, ci sarebbe stato spazio per un’integrazione *ex fide bona* del prezzo, sanzionata con *actio venditi*, per il caso in cui, dopo la conclusione dell’affare, fosse emerso che l’ammontare dell’*hereditas* era assai più ampio di come era stato valutato, seppure in maniera approssimativa, al momento della conclusione del contratto?

Il quesito – che per via della naturale alea economica della vendita d’eredità e della clausola *si qua sit hereditas, est tibi emptā* avrebbe forse ricevuto una risposta negativa – veniva risolto positivamente da Giuliano a cagione del raggio posto in essere da Bellico.

Un comportamento doloso come quello della fattispecie in esame era infatti di

risulterebbe in questo caso quantificato in una somma pari alla differenza tra il prezzo che egli avrebbe preteso qualora le trattative non fossero state viziate dal *dolus emptoris* e il prezzo effettivamente convenuto (Talamanca, s.v. *Vendita* cit. 444).

⁴⁰ D. 18.4.10 (Iav. 2 *ex Plaut.*) e D. 18.4.13 (Paul. 14 *ad Plaut.*); per i testi dei frammenti v. sopra, ntt. 19 e 20.

certo rilevante *ipso iure* per la natura di *fides bona* del contratto di vendita⁴¹, e avrebbe legittimato l'erede ad *agere ex vendito* per vedersi corrispondere anche il prezzo integrativo commisurato al valore dei beni occultati dall'infido compratore⁴².

Il collegamento proposto avrebbe insomma il pregio di mostrare una spiegazione molto più sensata di quella che D. 18.4.11 è in grado di offrire al discorso sulla garanzia per evizione riportato in D. 19.1.11.18, ove di *venditio hereditatis* non v'è traccia alcuna: che la norma giuridica *nam ... retibus* possa essere stata enunciata da Ulpiano nel contesto di quella lunga trattazione potrebbe essere parsa al Lenel l'opzione preferibile, sia poiché in D. 19.1.11.18 si tratta della garanzia per l'evizione (ed è noto che il venditore di eredità non è tenuto a prestare tale garanzia⁴³), sia poiché, nell'ultima parte del frammento, si fa riferimento alle vendite aleatorie (e, oltre al fatto che D. 18.4.11 fa cenno all'*emptio spei*, la vendita di eredità è di per sé connotata da una forte alea economica⁴⁴).

La fine di quel testo, ove si elencano le più classiche ipotesi di vendite aleatorie con l'obiettivo di indicare alcune eccezioni ai generali principi che orientano la disciplina degli obblighi del venditore, parrebbe tuttavia nulla più che una mera *occasio* per introdurre un tema analogo. Ma inutile, in fin dei conti, si profilerebbe il riferimento alla vendita di eredità per quanto serviva a Ulpiano (o a Giuliano) in quel contesto porre in luce.

VII. Osservazioni conclusive

Da quanto fin qui esposto, si possono quindi trarre le seguenti conclusioni.

Quanto alla genuinità di D. 18.4.11, se potrebbe anche apparire condivisibile la critica interpolazionistica basata su motivi di coerenza logica rispetto al testo

⁴¹ Sulla natura di buona fede dell'*actio venditi v., ex pluribus*, M. Kaser, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in ZSS. 54, 1934, 176 ss.; Medicus, *'Id quod interest'* cit. 25 ss.

⁴² Notata l'impossibilità di ricostruire *ex post* quale sarebbe stata la volontà del venditore in assenza del dolo del compratore, individua – sulla scia di quanto osservava, riferendosi in generale alla responsabilità per *dolus in contrahendo* del compratore, Talamanca, s.v. *Vendita* cit. 444 – nel valore delle *res hereditariae* sottratte per far apparire minore la consistenza dell'eredità il parametro per la liquidazione del risarcimento assunto da Ulpiano anche Marelli, *La compravendita dell'eredità* cit. 111 s. *Contra*, cfr. K. Heldrich, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, in *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, Leipzig 1924, 16: «die Erbschaft ist doch gleich viel wert, ob nun die res von Bellikus weggeschafft sind oder nicht. Es wird ja durch das Wegschaffen der Bestand der Erbschaft nicht verringert, sondern nur ein geringerer Bestand vorgetauscht. Also ist die Differenz gleich Null».

⁴³ Cfr., da ultima, Marelli, *La compravendita dell'eredità* cit. 76 ss., ove ulteriori riferimenti di letteratura e indicazione di fonti.

⁴⁴ Cfr. sopra, nt. 13.

che, nella sequenza leneliana, precederebbe il nostro frammento, ove si approvi il diverso ordine dell'esposizione ulpiana qui proposto, il passo in esame sembrerebbe tutt'altro che compilatorio.

Rispetto al caso risolto da Giuliano e riportato in D. 19.1.13.5, infatti, il principio *nam ... retibus* si profila utile e chiarificatore, e non artificioso e aggiunto *ad abundantiam* come invece appare se collocato dopo la dissertazione sull'evizione – anch'essa svolta da Ulpiano sulla scia di riflessioni reperite nei *Digesta* del giureconsulto adrianeo – trädita in D. 19.1.11.18: esso sarebbe infatti giustificabile alla luce della logica casistica che impronta il ragionamento dei giuristi romani, ove la regola è solitamente illustrata in quanto funzionale a spiegare la risoluzione di un quesito.

L'ipotesi che l'assunto *nam ... retibus* sia stato enunciato per risolvere le problematiche inerenti alla successione di Terenzio Vittore riesce poi a dare un credito ben maggiore alla tesi, già avanzata in dottrina, in base alla quale la vendita aleatoria di cui parla Ulpiano in D. 18.4.11 riguarderebbe un'eredità già esistente, e non un'eredità futura.

Non più necessario sarebbe così il ricorso all'immaginazione: nessuno zio deceduto, ma Terenzio Vittore, fratello dell'erede; nessun dubbio sull'*an* dell'istituzione, ma, nel caso di specie, solo sul *quantum*.

Insomma, se si leggesse il frammento dopo D. 19.1.13.5, che il caso riportato dal giurista severiano configuri un'ipotesi di vendita in cui l'incertezza sia da intendersi esclusivamente quale soggettiva ignoranza, da parte del venditore, circa l'ammontare di un'*hereditas* già deferita non sarebbe solo la più probabile delle ipotesi, bensì, vorrei dire, l'unica sicura.

In ultima analisi, se si accettasse l'opzione di vedere in D. 19.1.13.5 e D. 18.4.11 – ossia negli unici due brani tratti dal XXXII libro di commento *ad edictum* di Ulpiano che si occupano di vendita di eredità – due parti del medesimo discorso, l'impossibilità di ravvisare nel passo posto al centro di queste mie brevi riflessioni una norma riferibile alla disponibilità contrattuale dell'eredità futura potrebbe dirsi dimostrata 'oltre ogni ragionevole dubbio'.

Di conseguenza, altresì da escludere sarebbe l'eventualità che il testo ulpiano contenga una regola di ammissibilità di patti successori dispositivi i cui oggetti fossero eredità indeterminate.

Tale regola – dovremmo allora concludere –, in epoca classica, esisteva implicita solamente all'interno della disciplina della *societas omnium bonorum*⁴⁵.

Maria Federica Merotto
Università di Verona
mariafederica.merotto@univr.it

⁴⁵ Cfr. sopra, § I.