

IL LEGATO DI CONTRATTO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

Raffaele Manfrellotti (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La problematicità del legato di contratto nella giurisprudenza del II secolo. - 3. L'ammissibilità generale del legato di contratto nel diritto romano del III secolo: le testimonianze di Ulpiano e di Marciano. - 4. Legato modale o condizionato e attività contrattuale. - 5. Adempimento del legato di contratto e volontà a contrarre.

1. Premessa

Invano si cercherebbe, all'interno della compilazione giustiniana o in altre fonti, un riferimento specifico all'istituto del legato di contratto nell'esperienza giuridica romana¹. La ragione è evidente: la classificazione dei legati è stata attenta, come noto, soprattutto al regime del profilo attuativo del diritto legato, e poca attenzione è stata rivolta all'oggetto del legato stesso. Non è attestato che i giuristi romani abbiano lasciato tracce di una riflessione avente ad oggetto, in via esclusiva, il legato del diritto a concludere un contratto, che si trattasse di un contratto formale dello *ius civile vetus* o di un *contractus* dello *ius honorarium*.

Tale preliminare constatazione, tuttavia, non significa che alla scienza giuridica romana fosse ignota la necessità di dare esecuzione alla volontà espressa dal testatore mediante la conclusione di attività contrattuale. Si pensi all'istituto del fedecommesso in rapporto all'atto di trasferimento del bene²; ma si pensi, altresì, alla disciplina giustiniana del legato di cosa dell'onerato o di un terzo³. La stessa rappresentazione gaiana del *legatum per damnationem*⁴ prevedeva esplicitamente, nel caso avesse ad oggetto una *res Mancipi*, l'obbligo a carico dell'erede *Mancipio dare aut in iure cedere*, evidentemente nelle forme giuridiche in cui ciò era possibile *ex iure Quiritium*. In generale, si è opportunamente rilevato⁵ che la necessità di porre in essere l'attività giuridica per realizzare il diritto del legatario era l'elemento di *discrimen* tra il legato *per damnationem* e quello *sinendi modo* (quest'ultimo realizzato attraverso un comportamento meramente negativo dell'onerato); e che con la formula "*damnas esto*" si poteva ingiungere all'erede, tra l'altro, di *emere* o *vendere*⁶. Ne consegue che il compimento di atti giuridici di fonte testamentaria costituiva un elemento strutturale del legato *per damnationem*, di cui il legato di contratto costituiva senz'altro una *species*.

Del resto, accanto ai lasciti testamentari che presuppongono un'attività contrattuale, le Pandette offrono diversi esempi concernenti legati il cui oggetto era la conclusione di un rapporto contrattuale con l'eredità, ovvero legati di contratto propriamente detti. In tali fattispecie l'esigenza economica del testatore era di gratificare l'onorato non tanto, o non solo, di una ricchezza considerata nella sua dimensione statica (un bene o una somma determinata che, in quanto tale, accrescesse il patrimonio

(*) Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Un mero cenno, che riguarda tuttavia la donazione *mortis causa* (e non il legato), in Pau. D. XXXIX, 6, 35, 3, il quale esprime espressamente la necessità di *negotium gerere* per ritrasferire il *dominium* degli oggetti donati qualora non si fosse verificato l'evento morte.

² C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900, 66 ss.

³ Gai. D. 30, 71, 3; Lab. D. 32, 30, 6.

⁴ Gai. *Inst.* 2, 204.

⁵ P. Voci, *Legato (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 708.

⁶ U. Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma, 1920, 124.

del legatario), ma di un'attribuzione capace di produrre ricchezza nel corso del tempo in funzione dell'utilizzo che ne sapesse fare il beneficiario. È chiaro che, in questa prospettiva, il diritto legato era uno strumento che il testatore forniva all'onorato per accrescere il suo patrimonio: non soddisfaceva, in quanto tale, lo scopo remoto del lascito testamentario, ma richiedeva l'investimento del legatario di risorse ed energie volte a far fruttare il legato stesso, nonché, naturalmente, l'attività giuridica necessaria affinché ciò avvenisse sotto la protezione dell'ordinamento giuridico. Nel legato di contratto, era l'attività giuridica la fonte immediata della gratificazione economica dell'onorato. Se si considera l'interesse del testatore nella sua prospettiva economica, l'esperienza giuridica romana⁷ tramandataci offre molti spunti di riflessione che, almeno sul piano sostanziale, presentano diversi profili di similitudine con l'istituto del legato di contratto.

2. La problematicità del legato di contratto nella giurisprudenza del II secolo

Come si è accennato, numerosi sono i frammenti del Digesto che si riferiscono, direttamente o indirettamente, a legati di contratto. La maggioranza di tali passi concernono il legato di compravendita di un fondo; questa circostanza è particolarmente significativa non solo perché attesta la diffusione dell'istituto, ma anche perché ne rende possibile una ricostruzione generale che contribuisce a chiarire il significato di passi che, come si vedrà, pur non riferendosi direttamente ad esso, tuttavia lo presuppongono.

Tutti i frammenti considerati danno per presupposto il legato di compravendita, ad eccezione di Gai. D. 30, 66:

“Etsi aequo pretio emere vel vendere iusserit heredem suum testator, adhuc utile legatum est. Quid enim si legatarius, a quo emere fundum heres iussus est, cum ex necessitate eum fundum venderet, nullum inveniret emptorem? Vel ex diverso quid si legatarii magni interesset eum fundum emere nec aliter heres venditurus esset, quam si testator iussisset?”.

In via preliminare, occorre osservare che la circostanza che Gaio si ponesse, in generale, il problema della validità del legato rende ragionevole ipotizzare che, nel II secolo d. C., l'ammissibilità ne era ancora in discussione. La causa del lascito testamentario era, naturalmente, analizzata nella prospettiva dell'interesse del legatario: il quale avrebbe potuto necessitare di vendere il fondo, e il legato di contratto gli assicurava, in tal guisa, un compratore, ovvero di comprarlo, nel qual caso il legato impediva all'erede di rifiutarne la vendita. In entrambe le ipotesi, la disposizione configurava un vantaggio per il legatario che, seppure non tradotto in un immediato incremento patrimoniale, nella prospettiva di Gaio presentava, comunque, una propria rilevanza giuridica.

Non vi è, invece, traccia di dubbio sull'ammissibilità del legato di contratto in Lab. D. 32, 20, 3:

“Si fundum mihi vendere certo pretio damnatus es, nullum fructum eius rei ea venditione excipere tibi liberum erit, quia id pretium ad totam causam fundi pertinet”.

Sebbene precedente a Gaio, Labeone non poneva in discussione la legittimità del legato di contratto ad un prezzo determinato dal testatore, e si preoccupava, invece, di definire l'oggetto della futura

⁷ Nel senso utilizzato da G. Capogrossi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., in part. 64 ss. (ma *passim*).

compravendita: che comprendeva, secondo la sua opinione, anche i frutti che il fondo avesse prodotto tra la morte del testatore e la stipula del contratto. Il passo è interessante perché dimostra che già nel I sec. d.C. era affermata la prassi testamentaria di legare il diritto alla stipula di un contratto, prassi che il giurista augusteo – per ciò che è dato conoscere dalle fonti giustinianee – riteneva senz'altro conforme al diritto vigente.

In realtà, a ben guardare il contesto dommatico relativo all'ammissibilità del legato di contratto di Labeone e di Gaio è, essenzialmente, il medesimo. Dall'esame delle fonti, infatti, sembra possibile concludere che il legato di contratto, nel diritto romano del II secolo, fosse senz'altro ammesso almeno nell'ipotesi in cui la controprestazione del legatario (ad esempio la corresponsione del prezzo della compravendita) fosse predeterminata dal *de cuius* in una misura inferiore al valore di mercato della prestazione a carico dell'erede. Tale acquisizione è confortata dal raffronto tra i citati passi di Gaio e di Labeone.

Invero, in D. 30, 66 Gaio non si interrogava, a ben vedere, sull'ammissibilità generale del legato di contratto, ma, presupposta questa, sull'ammissibilità di un legato di compravendita in cui il prezzo corrispondesse al valore di mercato del bene (*"Etsi aequo pretio emere vel vendere iusserit"*). Raffrontando il passo gaiano con D. 32, 20, 3 si vede che Labeone si riferisce ad un legato di compravendita ad un prezzo determinato dal testatore (*certo pretio*), ma nulla osserva sulla corrispondenza di esso con il valore di mercato del bene. Come detto, la questione di diritto su cui Labeone di esprimeva era circoscritta all'oggetto della compravendita, per cui al giurista non doveva interessare affrontare la problematica dei limiti dell'ammissibilità del legato di contratto, che dava per presupposta.

La tesi proposta sembra confermata da Iul. D. 5, 2, 87, 1, il quale pone un caso alquanto singolare:

"Item is, qui duos fundos in bonis centum haberet, si me et Titium heredes instituisset et damnasset me, ut Titio fundum Cornelianum quinquaginta venderem et contra Titium damnasset, ut mihi fundum Seianum quinquaginta venderet: non animadverto, quemadmodum lex Falcidia locum habere possit, cum uterque heredum unius fundi partem dimidiam hereditario iure habiturus sit, in qua pars dimidia hereditatis est: nam certe qui damnatus est fundum Cornelianum vendere, Seiani fundi partem hereditario iure habet, item qui damnatus est Seianum fundum vendere, partem Cornelianum fundi hereditario iure retinet".

Il caso è, evidentemente, scolastico: due coeredi titolari di un legato di contratto ciascuno, con il quale ognuno dei due era obbligato a vendere all'altro uno dei due fondi che costituivano l'asse ereditario, del valore complessivo di cento, per la metà di tale valore. L'operazione descritta, assurda in una prospettiva pratica (non si capisce, ad esempio, il perché del doppio scambio di denaro, quando lo stesso risultato economico sarebbe stato raggiunto, molto più semplicemente, con un legato *per damnationem* "puro"⁸), assume invece un significato dal punto di vista didattico qualora Giuliano avesse inteso esemplificare le condizioni dell'applicazione della *Lex Falcidia* ai legati di contratto: essendo ciascun coerede titolare di una quota ereditaria sulla metà di ciascun fondo, il doppio trasferimento scongiurava ogni ipotesi di pregiudizio della legittima.

⁸ Presupponendo che il testatore avesse voluto disporre un legato ad effetti obbligatori senza ricorrere a un trasferimento reale, p. es. tramite un legato *per vindicationem*.

In via generale, dal punto di vista del diritto ereditario romano, esso evidenzia che la concezione romana della quota ereditaria, almeno nel II secolo, riguardava non una porzione astratta dell'asse complessivamente ereditario, ma ciascuno dei beni (*"cum uterque heredum unius fundi partem dimidiam hereditario iure habiturus sit, in qua pars dimidia hereditatis est"*). Il frammento è, tuttavia, interessante sotto un duplice profilo.

Nella prospettiva del presente lavoro, esso offre un argomento a favore della pacifica ammissibilità del legato di contratto nel II secolo perché Giuliano, contemporaneo di Gaio, ipotizzava che il testatore avesse imposto lo stesso prezzo per entrambi i fondi. Poiché, sul piano pratico, sembra difficile ipotizzare che essi avessero esattamente lo stesso valore di mercato, sembra più probabile che la disposizione testamentaria intendesse favorire uno dei prelegatari, il quale avrebbe ottenuto il fondo di maggior valore allo stesso prezzo dell'altro.

Sotto altro profilo, il passo di Giuliano presenta un peculiare interesse sulle modalità di applicazione della *Lex Falcidia* ai legati di contratto. A giudicare dall'esempio fatto, sembra doversi ipotizzare che la legge computasse, ai fini della lesione della legittima, la sola diminuzione concernente il trasferimento del fondo senza considerare il pagamento del prezzo. Se così non fosse, Giuliano non avrebbe avuto bisogno di ipotizzare l'artificioso meccanismo del doppio trasferimento perché, avendo postulato che il testatore avesse fissato come prezzo della vendita il valore del fondo (cinquanta per ciascuno di essi, su un complessivo asse di cento), dal punto di vista economico il trasferimento del bene a tale prezzo non avrebbe comportato nessun pregiudizio all'erede: il quale avrebbe semplicemente convertito la ricchezza immobiliare pervenutagli *jure hereditario* in una somma liquida.

La circostanza che Giuliano, per affermare l'inoperatività della *Lex Falcidia*, abbia dovuto ricorrere all'ipotesi di un trasferimento incrociato mostra che, se così non fosse stato e vi fosse stato un unico legato di contratto, l'erede avrebbe invece potuto agire per la lesione della sua quota. Questo risultato, che può lasciare perplessi in una prospettiva esclusivamente economica, si spiega invece sulla base del rilievo, più volte sottolineato, che il legato di contratto era una *species* del legato *per damnationem*: per cui, era sottoposto alla *falcidia* in ragione del fatto oggettivo del trasferimento del bene e senza tener conto della circostanza, che dovette essere considerata irrilevante o, comunque, accidentale nella prospettiva della ricostruzione della fattispecie, che il legatario, quale parte della compravendita, era a sua volta tenuto al pagamento del *pretium*.

Al fine di determinare la problematicità del legato di contratto nella giurisprudenza del II secolo, peculiare rilevanza assume il frammento di Terenzio Clemente D. 31, 54:

"Si cui fundus centum dignus legatus fuerit, si centum heredi vel cuilibet alii dederit, uberrimum videtur esse legatum: nam alias interest legatarii fundum potius habere quam centum: saepe enim confines fundos etiam supra iustam aestimationem interest nostra adquirere".

Il passo pone il caso del legato della proprietà di un fondo condizionato alla corresponsione del prezzo di mercato (*"iusta aestimatio"*) all'erede o a un terzo. La fattispecie pone, evidentemente, dei dubbi di ammissibilità, per cui Terenzio Clemente ritenne necessario esplicitare l'interesse che sottendeva la disposizione testamentaria: vale a dire, la cessione del fondo al legatario al prezzo determinato *supra iustam aestimationem* dal *de cuius*. Il passo in esame esplicita un programma testamentario che prevedeva l'obbligo dell'erede di alienare il fondo al legatario al prezzo determinato dal testatore,

astenendosi da attività speculative⁹. Non sembra possa esservi dubbio che il diritto legato consistesse nella stipula di una compravendita avente ad oggetto il fondo, rispetto al quale viene, altresì, predeterminato il prezzo; e in tale predeterminazione risiederebbe, secondo il passo citato, il vantaggio del legatario, vietando all'erede di speculare sull'alienazione del fondo. Sembra evidente che se Terenzio avvertì il bisogno di argomentare la sussistenza di un vantaggio per il legatario anche nell'ipotesi in cui il prezzo corrispondesse al valore di mercato del bene, tale conclusione doveva essere, nel II secolo, controversa.

Per altro verso la dottrina¹⁰, in relazione a D. 31, 54¹¹, spiega la validità del legato nella *condicionis implendae causa* di corrispondere il valore del fondo all'erede, ciò che configurava una garanzia a vantaggio di quest'ultimo. In ogni caso, la riflessione sulla validità dell'operazione complessivamente realizzata presuppone il rapporto sinallagmatico tra l'alienazione del fondo e il pagamento del prezzo, del tutto analogo a quello tra le obbligazioni a carico delle parti di una compravendita.

Non sembra irragionevole ipotizzare che il frammento da ultimo esaminato intendesse applicare l'istituto del legato di contratto scomponendolo nelle obbligazioni da esso scaturenti, al fine di garantire l'onerato, attraverso la *condicio*, sotto il profilo del pagamento del prezzo. Si vedrà che questo espediente tecnico manterrà la sua funzione anche nel diritto romano del III secolo.

3. L'ammissibilità generale del legato di contratto nel diritto romano del III secolo: le testimonianze di Ulpiano e di Marciano.

Appare significativo che la giurisprudenza successiva al II secolo tramandataci nei *Digesta Iustiniani* non si poneva più il problema della validità del legato di contratto, ma si concentrava su alcuni profili problematici. Le fonti non danno conto dei motivi delle incertezze del II secolo, né dell'evoluzione della giurisprudenza verso il loro superamento. Si può solo ipotizzare che nel II secolo il concetto di legato fosse connesso ad un vantaggio economico immediato sul patrimonio del legatario mediante il trasferimento di un diritto reale o l'assunzione di un'obbligazione a carico dell'erede: una *donatio a defuncto relicta* la cui eco sopravvisse, come è noto, sino alle *Institutiones* giustinianee (2, 20, 1). Sebbene senz'altro peculiare rispetto allo schema tipico del legato espresso (ancora) nella celebre formula delle *Institutiones*, nel III secolo, probabilmente anche per la diffusione dell'istituto, non ne era più in discussione la legittimità. Puntualizza Ulp. D. 30, 49, 8, 9:

"Meminisse autem oportet eum, qui damnatur hoc solum "fundum vendere", non gratis damnari hoc facere, sed hoc solum, ut vendat vero pretio.

Quod si certo pretio sit damnatus facere, necesse habebit tanti vendere, quanti damnatus est".

Il frammento chiarisce che oggetto del legato era la stipula di un contratto di compravendita al prezzo di mercato (*vero pretio*), quando non diversamente determinato dal testatore. Ulpiano aveva, tuttavia, cura di specificare che il trasferimento non era a titolo gratuito. Questa considerazione evidenzia la riconducibilità dell'istituto in esame alla categoria del legato *per damnationem*, che nella sua funzione

⁹ C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, 8.

¹⁰ Riferimenti ancora in C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., 81.

¹¹ Ma non anche a D. 5, 2, 65 e D. 30, 122, 2, di cui si dirà *infra*, sebbene tali frammenti pongano questioni essenzialmente identiche a quelle del passo ora in esame.

originaria era utilizzato per beneficiare il legatario attraverso il diritto a ricevere il bene gratuitamente. Il frammento intende dunque sottolineare che la gratuità del trasferimento, nel III secolo, non era un elemento strutturale del legato *per damnationem*, e che la locuzione "*fundum vendere*" era sufficiente a manifestare una volontà testamentaria alla stipula di un contratto a prestazioni corrispettive. Nel raffronto tra Gai. D. 30, 66 e Ulp. D. 30, 49, 8, 9 è possibile cogliere, appunto, la mutata percezione della disposizione testamentaria a circa un secolo di distanza. Come si è detto, a Gaio interessava affermarne la legittimità; Ulpiano, di converso, la dava per acquisita, ma riteneva necessario rimarcare i tratti distintivi rispetto al legato *per damnationem* ordinario e precisare che la gratuità del trasferimento, connessa a tale modello, non si applicava ai casi in cui il testatore avesse disposto a favore del legatario la conclusione di un contratto, che restava soggetto alla disciplina degli atti *inter vivos* e che pertanto, nel caso dell'*emptio venditio*, richiedeva la corresponsione del *pretium*. Come si è detto, nel caso di determinazione, da parte del testatore, di un prezzo per la vendita inferiore a quello di mercato, l'erede era costretto a vendere al prezzo stabilito dal *de cuius*, ma poteva agire contro il legatario secondo la disciplina della *Lex Falcidia* qualora fosse stato leso nella legittima.

Sebbene la maggioranza dei frammenti presenti nelle Pandette si riferiscano, come si è visto, al legato di compravendita, vi sono tuttavia cenni anche ad altri tipi contrattuali: in primo luogo, al contratto di mutuo.

Ulp. D. 32, 11, 15 pose il seguente caso:

“Si heres rogatus sit certam summam usuris certis faenori dare, utile est fideicommissum: sed Maecianus putat non alias cogendum credere, quam idonee ei caveatur: sed ego proclivior sum, ut putem cautionem non exigendam”.

L'esigenza che il giurista sottolineava è quella di garantire l'erede al recupero del capitale al tasso di interesse prefissato dal *de cuius*; contrariamente all'opinione di Meciano, egli ritenne che l'erede fosse obbligato alla stipula del contratto senza poter esigere nessuna garanzia. La questione dovette essere oggetto di una certa attenzione da parte dei giuristi, come si evince dal seguente passo di Marciano (D. 46, 3, 44):

“[...] Item si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit sub ea condicione, si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse, et in debitum suum, ut in Falcidiam heredi imputetur, et condicionis gratia, ut legatum consequatur”.

Il caso è evidentemente diverso da Ulp. D. 32, 11, 15, non solo perché si riferisce all'ipotesi di un soggetto con capacità d'agire limitata, ma soprattutto perché il testatore aveva voluto regolare una posizione contrattuale precedente alla propria morte incentivando il mutuatario al pagamento di quanto dovuto con la previsione di un legato condizionato all'adempimento delle proprie obbligazioni. Il frammento interessa, in questa sede, come testimonianza dell'attenzione che nella cultura romana dovette avere la tutela del mutuante, e contribuisce a spiegare la presa di posizione di Ulpiano in una questione evidentemente ancora controversa.

Marc. D. 46, 3, 44 è tuttavia interessante, nella prospettiva del presente lavoro, soprattutto per l'accento al legato di *locatio*:

“[...] *Tantundem est et si damnatus fuerit alicui vendere vel locare: nam vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarius*”.

Il frammento non soltanto testimonia che l'esperienza giuridica romana doveva conoscere l'istituto, ma sintetizza mirabilmente, sul piano fenomenico, l'efficacia del legato di contratto: il quale determinava il sorgere di un'obbligazione *ex testamento* che veniva adempiuta con la stipula del contratto, dal quale discendevano, tuttavia, rapporti obbligatori rispetto ai quali il legatario non vantava nessuna peculiare posizione di vantaggio (“*liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarius*”).

4. Legato modale o condizionato e attività contrattuale

Accanto ai frammenti che si riferiscono espressamente al legato di contratto, l'esperienza giuridica romana testimonia l'utilizzo di alcuni istituti che, per la loro funzione economica e, in parte, per la loro struttura, svolgevano una funzione assimilabile.

Un primo profilo di riflessione attiene all'istituto del legato modale. Potrebbe chiedersi, in primo luogo, se sia riconducibile alla figura del legato di contratto il legato modale a favore del terzo, che la compilazione giustiniana equiparava ad un sublegato o a un fedecommesso (riconoscendo al terzo l'*actio legati vel fideicommissi*¹²) almeno nell'ipotesi in cui il *modus* prevedesse il trasferimento parziale del bene legato¹³. È certo che l'adempimento del *modus* avrebbe richiesto la stipula di un atto giuridico idoneo a determinare il trasferimento; e tuttavia, tale attribuzione sarebbe stata sufficiente a realizzare l'incremento patrimoniale del terzo onorato, senza necessità di ulteriore attività da parte sua. In buona sostanza, nella prospettiva del testatore oggetto del sublegato o del fedecommesso era la proprietà del bene, certamente non il diritto alla conclusione del trasferimento. Non vi è dubbio che, sul piano giuridico, il contenuto dell'onere a cui era obbligato il legatario era rappresentato dall'attività contrattuale finalizzata a perfezionare il trasferimento; ma se si accoglie la prospettiva economico-sostanziale di cui in premessa, ciò non basta a configurare un istituto riconducibile al legato di contratto; e del resto, abbandonare tale prospettiva comporterebbe l'assorbimento della categoria del sublegato e del fedecommesso alla figura oggetto della presente riflessione, ciò che appare senz'altro estraneo alla concezione giuridica romana.

Neppure può configurarsi legato di contratto, sia pure per ragioni opposte a quelle addotte *supra*, nel caso citato in Ulp., D. 2, 15, 8, 5:

“*Sed et si sit certa quantitas relicta Titio vel res ita, ut inde alimenta Seio praestentur: magis est ut transigere Titius possit, nec enim transactione Titii minuuntur alimenta Seii. Idemque est et si per fideicommissum alimenta ad hoc legatario fuerint relicta*”.

Ulpiano considerava l'ipotesi di una *res* legata a Tizio “*ut inde alimenta Seio praestentur*”; il che presuppone, ovviamente, l'utilizzo fruttifero del bene e, dunque, in ipotesi, la stipula di contratti

¹² Osserva M.E. Peterlongo, *La transazione in diritto romano*, Milano, 1936, 82 ss., a proposito di Ulp., D. 2,15,8,5 (su cui *infra*), che l'assenza di sanzione giuridica per il *modus* fino all'età classica avrebbe di fatto privato il terzo beneficiario di tutela.

¹³ S. Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973, 322.

finalizzati a tale scopo (p. es. una *locatio* avente ad oggetto la *res*). Sembra evidente che l'attribuzione del bene a Tizio era funzionale allo sfruttamento economico-giuridico del bene stesso: e tuttavia, dall'attività contrattuale posta in essere da Tizio era estraneo il terzo alimentando. Il frammento è, tuttavia, interessante perché testimonia la concezione romana di un lascito testamentario a titolo particolare che presupponesse il compimento di attività giuridica strumentale allo sfruttamento economico del legato.

In questa prospettiva, altrettanto interessante è il passo di Pap., D. 35, 1, 71 pr.:

“Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt: non esse cogendum Titium cavere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur”.

Indipendentemente dalle motivazioni che hanno spinto il giurista ad ammettere la *cautio* nel caso di parentela tra il *de cuius* e il legatario¹⁴, è interessante, ai fini della prospettiva del presente studio, l'esame dell'operazione economica esposta nel passo considerato: il legato di una somma di denaro finalizzato all'acquisto di un fondo. L'intento del testatore di beneficiare il legatario non si esauriva, in tal caso, nell'incremento patrimoniale dovuto al legato stesso, che sarebbe realizzato dalla sola somma di denaro indipendentemente dalla sua destinazione. Il beneficio presupponeva, invece, un'attività contrattuale di investimento della somma in un bene produttivo: il testatore aveva fornito all'onorato i mezzi necessari per l'acquisto del fondo, evidentemente ritenendo fosse quello, e non il mero incremento patrimoniale, l'oggetto del lascito testamentario.

Sembra evidente che, tecnicamente parlando, l'oggetto del legato non costituiva il diritto alla conclusione del contratto (non potendo il testatore obbligare il proprietario del fondo a prestare il consenso all'alienazione); e tuttavia, l'operazione economica complessivamente considerata dal programma testamentario appariva ispirata ad una logica molto simile. Il testatore, infatti, intendeva fornire il legatario dei mezzi per portare a termine il contratto di acquisto del fondo, evidentemente considerato nella sua prospettiva dinamica di bene produttivo di ricchezza (a diversamente ragionare non vi sarebbe stato altro motivo per vincolare la somma all'acquisto del bene). Il vantaggio economico dell'onorato si legava, dunque, all'attività giuridica da questi posta in essere attraverso l'intervento del testatore; sebbene tale intervento si limitasse, nel caso di specie, alla mera attribuzione dei mezzi per stipulare l'acquisto del fondo.

Nell'esperienza giuridica romana tramandataci, lo schema del legato di contratto, e il relativo interesse economico, era realizzato anche attraverso il modello del legato di una *res* condizionato alla corresponsione di una somma di denaro al valore del bene stesso. Si segnalano, in primo luogo, due passi di Paolo, rispettivamente D. 35, 2, 65:

“Si fundus legatus sit quinquaginta dignus sub hac condicione, si quinquaginta heredi dedisset, plerique putant utile esse legatum, quia condicionis implendae causa datur: nam constat etiam Falcidiam eum pati posse. Sed si quinquaginta aurei legati sint, si quinquaginta dedisset, dicendum inutile esse legatum et magis ridiculum esse”

¹⁴ Ancora S. Di Salvo, *Il legato modale in diritto romano*, cit., 115 ss.

e D. 30, 122, 2:

“Eum cui sub hac condicione fundus legatus est, si centum heredi dedisset, si tantum sit in pretio fundi, quantum heredi dare iussus est, non est legatarius cogendus fideicommissum a se relictum praestare, quoniam nihil ex testamento videtur capere, qui tantum erogat, quantum accipit”.

I passi citati si riferiscono ad un caso simile a quello di D. 31, 54: il legato di un bene condizionato alla corresponsione all’erede del valore di mercato. Nella scomposizione della compravendita, che risulta dall’operazione economica complessivamente considerata, in due distinti rapporti obbligatori dovettero risiedere i dubbi (testimoniati dallo stesso Paolo) che i giuristi romani, ancora nel III secolo, ponevano in riferimento a tale prassi. Sebbene i frammenti citati sembrino riferirsi alla stessa fattispecie, un’autorevole dottrina¹⁵, in accordo con l’opinione pauliana, li ha invece considerati separatamente ritenendo valido il secondo legato e non il primo. La ragione della invalidità di D. 5, 2, 65 sarebbe in ciò, che il legato sarebbe privo di senso pratico non tanto perché il vantaggio patrimoniale del legatario sarebbe assorbito dall’obbligo di pagare la somma corrispondente al valore del fondo, ma perché l’operazione economica sarebbe inutile (*magis ridiculum esse*), non risultando modificata neppure la posizione dell’erede.

La tesi non sembra potersi accogliere. Nell’ipotesi considerata, infatti, oggetto del legato non è il *dominium* del fondo, ma il diritto a che tale *dominium* sia trasferito, nelle forme previste, al legatario (per esempio, nel caso in cui il fondo fosse estraneo all’*hereditas* perché di proprietà dell’erede)¹⁶. Il motivo per il quale il testatore non si sia limitato ad un legato di contratto secondo i modelli già esaminati è, evidentemente, la volontà di tutelare la posizione dell’erede ponendo una condizione di adempimento relativa al pagamento del prezzo. Al sentimento giuridico romano dovette ripugnare la deduzione in condizione di un evento che riguardava la fase esecutiva del rapporto contrattuale, e perciò non poteva considerarsi esterno al sinallagma¹⁷; si preferì perciò scomporre il rapporto nelle due distinte obbligazioni (quella di trasferire il bene e quella di corrispondere il relativo valore), deducendo la seconda in condizione. In questa prospettiva, la disposizione testamentaria veniva ad operare, sul piano sostanziale, come un legato di contratto nel quale l’obbligazione dell’erede era condizionata al pagamento del prezzo.

Analoghe considerazioni possono avanzarsi a proposito di D. 30, 122, 2. Secondo l’opinione citata *supra*¹⁸, la validità del legato risiederebbe nella circostanza che la promessa di corrispondere il valore del fondo ad un terzo, ma il passo fa esplicito riferimento all’erede come destinatario della corresponsione del valore del fondo. Le due ipotesi, pertanto, vengono senz’altro a sovrapporsi.

5. Adempimento del legato di contratto e volontà a contrarre

Il legato di contratto, quale *species* del legato *per damnationem*, offre una prospettiva privilegiata per riflettere sul concetto di contratto nella scienza giuridica romana, in rapporto ad un elemento che, storicamente, è stato posto al centro del concetto: la volontà delle parti. È noto lo sforzo della

¹⁵ C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Milano, 1949, 79 ss.

¹⁶ Si confronti il cit. Gai. D. 30, 66.

¹⁷ Cfr. F. Santoro-Passarelli *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (rist.), 199.

¹⁸ C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, cit., 80.

Pandettistica tedesca volto a ricondurre alla volontà l'effetto obbligatorio proprio del contratto; è, altresì, noto che tale assunto è stato vigorosamente confutato da alcuni valorosi studiosi. Senza poter qui dar conto, neppure sommariamente, del dibattito in materia, ci si può limitare a richiamare alcuni spunti.

Nel diritto romano arcaico, i contratti formali affidavano ad una manifestazione sensoriale il prodursi dell'effetto obbligatorio: tale che la forma, ove rispettata nelle sue formule sacrali, era l'unica *condicio juris* per la perfezione del contratto e impediva qualsivoglia indagine sulle finalità dei contraenti¹⁹. La riconduzione dell'effetto giuridico al perfezionamento della fattispecie, indipendentemente dalla volontà, è stato ritenuto l'elemento qualificante del contratto anche nelle epoche successive²⁰: al punto che, nell'opinione in esame, il *contractus* non sarebbe stato distinguibile dal *delictum* nella sua natura di evento formale produttivo di obbligazioni, indipendentemente dalla sussistenza di un elemento volontaristico che peraltro, essendo quasi impossibile da accertare, era l'antitesi della concretezza che ispirava il sentimento giuridico dei Romani²¹. La dottrina in esame²² offre diversi esempi, all'interno delle Pandette, da cui sarebbe possibile escludere il c.d. "dogma della volontà", ma, curiosamente, trascura di considerare proprio il legato di contratto che, in realtà, rappresenta un significativo argomento in tal senso.

È evidente, infatti, che l'erede, nella stipula del contratto con il legatario, stava adempiendo ad un dovere postogli dal testatore: per cui, la sua volontà doveva *a fortiori* essere irrilevante, importando, sul piano dell'ordinamento, il fatto formale ed oggettivo della stipula del contratto (si confronti il citato Marc. D. 46, 3, 44: "*vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarium*"). La dimensione del legato di contratto, nella prospettiva dell'erede, era l'obbligo, non la volontà.

Tale conclusione conduce alla problematica della tutela riconosciuta al legatario avverso l'onere che si fosse rifiutato di stipulare.

Non risulta, nelle fonti romane, che esistesse la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto attraverso il provvedimento di un giudice. Il legatario poteva quindi esperire il rimedio generale previsto per l'adempimento del legato *per damnationem*, ossia un'*actio in personam* con *intentio certa*²³ avente ad oggetto la *res* oggetto del contratto di vendita o locazione ovvero la *pecunia* oggetto del contratto di mutuo. Si è già visto, infatti, come la derivazione del legato di contratto dal legato *per damnationem* rendeva secondaria, ai fini di alcuni aspetti della disciplina, la controprestazione²⁴: ed è ragionevole ipotizzare che tale prospettiva coinvolgesse anche il momento della tutela, per quanto concerne l'azione esperibile dall'onere contro l'erede inadempiente. Quest'ultimo avrebbe poi potuto agire a sua volta qualora, ottenuto il bene o il denaro, il legatario non avesse poi adempiuto le proprie obbligazioni contrattuali.

¹⁹ R. Gneist, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts*, Berlin, 1845, 81 ss.

²⁰ S. Schlossmann, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, 44 ss.

²¹ S. Schlossmann, *Der Vertrag*, cit., 35 ss. L'A. si spinge (43 ss.) a ritenere spuria la classica partizione gaiana delle fonti delle obbligazioni.

²² Ancora S. Schlossmann, *Der Vertrag*, cit., 88 ss.

²³ U. Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, cit., 126.

²⁴ Si confronti il citato Iul. D. 5, 2, 87, 1, quanto all'applicazione della *Lex Falcidia*.

Abstract

Il lavoro analizza le fonti romane da cui è possibile evincere un istituto assimilabile al legato di contratto, ricostruendone il regime giuridico e la funzione sociale nell'esperienza giuridica romana.

The work analyzes the Roman sources from which it is possible to deduce an institution similar to the legacy of contract, reconstructing its legal regime and social function in the Roman legal experience.

Parole chiave Legato di contratto, diritto romano

Key Words legacy of contract, roman law.