

RIDA

REVUE
INTERNATIONALE
DES DROITS
DE L'ANTIQUITÉ

65²⁰¹⁸



Presses Universitaires de Liège

Table des matières

Éditorial , par Jean-François GERKENS	7
--	---

In memoriam

Jakub URBANIK, <i>In Memoriam Joseph Mélèze-Modrzejewski</i>	9
--	---

Droit romain

Pascal PICHONNAZ, <i>La liberté contractuelle et l'interdiction de certains jeux d'argent</i>	15
Gregor ALBERS, <i>La perpetuazione dell'obbligazione: un concetto paolino</i>	41
Federica BERTOLDI, <i>L'esecutore testamentario nel diritto romano</i>	53
Filippo BONIN, <i>Tra interesse pubblico e teologia politica: l'episcopalis audientia in età costantiniana</i>	77
Stefania FUSCO, <i>La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della donna romana</i>	105
Dobromila NOWICKA, <i>A few remarks on the interpretation of D. 47.10.15.29 in the context of the edict ne quid infamandi causa fiat</i>	125
Isabella PIRO, <i>Matrimonio e conubium. Brevi riflessioni alla luce di Gai. 1.55-88</i>	147
Janne PÖLÖNEN, <i>Religion in Law's Domain: recourse to supernatural agents in litigation, dispute resolution, and pursuits of justice under the Early Roman Empire</i>	163
Stefania RONCATI, <i>Donne e vino nell'antichità: una storia di divieti?</i>	195
Giovanni TURELLI, <i>La nozione di populus in Alfeno</i>	211
Rick VERHAGEN, <i>Chirographs in Classical Roman Law. Constitutive or Probative?</i>	251

Réception du droit romain

Carmen LÁZARO GUILLAMÓN, <i>La prohibición de pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero: C. 2.3.30 y glossae ad textum</i>	307
--	-----

Antonio SACCOCCIO, <i>La consensualità del mutuo reale. Continuità e discontinuità nella disciplina del contratto di mutuo tra diritto romano, Italia e Cina</i>	341
José Luis ZAMORA MANZANO, <i>Habeas Corpus como instrumento de protección de la libertad: perspectiva romanística a través del interdicto de homine libero exhibendo</i>	369
Droit byzantin	
Hylkje DE JONG, <i>Fullness of Κουστωδία/Φυλακή (Custodia) in Early Byzantine Law</i>	397
Hommage à Berthold Kupisch	
Jeroen CHORUS, <i>In Integrum Restitutio under Classical Roman Law, Particularly on the Ground of Metus, and Berthold Kupisch</i>	417
Chroniques	
Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Cracovie</i>	431
Ouvrages reçus par la direction	475

Éditorial

Jean-François GERKENS

Dans l'éditorial de la *RIDA* 64, nous déplorions la disparition de Joseph Méléze-Modrzejewski, membre de notre comité de rédaction. Avec le décès de Hans Ankum, c'est un nouveau membre de notre comité de rédaction qui est venu à manquer. Il y était entré pour le numéro 36 (1989), il y a donc environ 30 ans, en même temps que Giovanni Pugliese.

Hans Ankum a fait l'objet d'une commémoration lors de l'assemblée générale de la SIHDA d'Édimbourg, ainsi que lors d'une rencontre du « Forum romanum », société savante qu'il avait fondée au sein de son Université d'Amsterdam. Lors de cette réunion du 18 octobre 2019, Eric Pool a évoqué « le maître et ami Hans Ankum », Laurens Winkel « le romaniste », Edgar du Perron le « professeur de l'Université d'Amsterdam » et l'auteur de ces mots, « Hans Ankum et la SIHDA ». La *RIDA* commémorera Hans Ankum dans son prochain numéro.

Au demeurant, le présent numéro commémore, comme annoncé, Joseph Méléze-Modrzejewski sous la plume de Jakub Urbanik. Il rend également hommage à Berthold Kupisch à l'initiative de Jeroen Chorus.

Enfin, le premier article du présent numéro constitue l'élaboration du texte de la conférence introductive à la session internationale de la SIHDA de Bologne. Pascal Pichonnaz l'avait prononcée le 12 septembre 2017, en ouverture de la session internationale dont la chronique est parue dans le numéro précédent de la *RIDA*. Le présent numéro contient quant à lui, la chronique de la SIHDA de Cracovie de 2018.

Au titre des nouveautés éditoriales, la rédaction de la *RIDA* a décidé de publier — dans le futur et en plus de la revue — des monographies sous forme de « Hors-série la *RIDA* ». Nous espérons que l'initiative trouvera également son lectorat.

Excellente lecture à toutes et tous !

Chaufontaine, le 11 novembre 2019.

Jean-François Gerkens

La prohibición de pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero: C. 2.3.30 y *glossae ad textum*

Carmen LÁZARO GUILLAMÓN

Université Jaume I à Castellón

1. Introducción

La idea general de que el Derecho romano rechazó de raíz los pactos sucesorios no puede ser llevada al extremo, a decir de Vismara¹, “è da scludersi che il diritto romano abbia provato quella assoluta ripugnanza verso i patti sucesori, che dalla moderna dottrina si è voluto sostenere”; en efecto, aunque es tenaz la máxima de que en el Derecho romano los pactos sucesorios se consideraban nulos, se observa que desde el Derecho romano clásico, serían varios los supuestos que admitirían la posibilidad de acuerdo de voluntades cuyo fin sería organizar la sucesión hereditaria², así, se celebraban válidamente pactos sucesorios entre los príncipes

1. G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, p. 131, en particular, cita el autor instituciones como la *mancipatio familiae mortis causa*, la *mortis causa donatio*, los *pacta de lucranda dote* y de *lucranda donatione propter nuptias*, el *pactum mutuae successionis* entre militares, la *stipulatio* y el *mandatum post mortem*. Es más, en el contexto provincial, habrían tenido larga difusión diversas formas de pactos sucesorios que, aunque no fueron objeto *per se* de un reconocimiento general por la jurisprudencia romana, sí que provocan el estudio y la concreción de supuestos en los que se concluye la validez de delación voluntaria de la herencia a través de figuras contractuales. Es relevante, en este sentido, el estudio evolutivo realizado por M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza 1992.
2. F. VASSALLI, “Miscellanea critica di Diritto romano (fasc. I)–1: I contratti sull’eredità del terzo vivente”, *Studi giuridici*, III, 1, *Studi di diritto romano (1906–1921)*, Milano, 1960, 335–381, p. 336; H. CAPITANT, “La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes”, *Studi in onore di Alfredo Ascoli: pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, 273–296, p. 274 y 275; G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution à l’étude des pactes successoraux en droit byzantin (Justinien et post Justinien)*, Paris, 1937, p. 76–80; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, p. 28, reconoce que, teniendo en cuenta la *mortis causa donatio* y la *mancipatio familiae* en cuanto revocables, “il patto successorio, in linea di massima, non ripugna al diritto romano”. Según G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 4–8, los pactos institutivos y renunciativos se considerarían nulos en cualquier caso, por cuanto respecta a los pactos dispositivos, en C. 2.3.30, texto que es el centro de este estudio, la modificación operada por Justiniano proporciona una excepción a la nulidad de los pactos dispositivos que depende de si se obtiene el consentimiento a lo pactado del que va a causar la sucesión y dicho consentimiento perdura hasta el momento del fallecimiento. En particular, el autor califica de

y las familias nobles, entre militares, entre padres e hijos con causa en contratos matrimoniales y también se incluyen pactos en disposiciones a favor de la Iglesia y *piae causae*. Dejando a salvo estos casos, las discusiones doctrinales giran en torno al motivo de la nulidad de los pactos sucesorios que, casi de forma general, se sustancia en ir en contra *bonos mores* en tanto que implican un *votum captandae hereditatis*, igualmente, se aduce también la falta de objeto en la relación jurídica o el hecho de ir contra de la voluntad del causante; asimismo, como consecuencia que penaliza a los que intervinieron en el acuerdo de voluntades, se añade, en algunos supuestos, la atribución de indignidad para suceder a las personas que celebraron el pacto.

A pesar de tales antecedentes, parece que Justiniano llega a aceptar determinados pactos sucesorios por razones de utilidad común y de humanidad, esta idea es la que se desprende de C. 8.37(38)11, de C. 4.11 y de C. 2.3.30, textos que sistematizan dos clases de pactos sucesorios³: los dos primeros aluden a pactos celebrados por aquel de cuya herencia se trata y que Justiniano considera válidos con carácter general, el tercero de los textos, va referido a pactos celebrados sobre la herencia de un tercero sobre los que parece que pesa una prohibición general que será necesario matizar y analizar⁴. Así las cosas, el objeto de la investigación que se propone es analizar el texto justiniano que recoge la aludida prohibición de pactos sucesorios sobre la herencia de terceros, esto es, C. 2.3.30, esencialmente,

pacto sucesorio positivo al acto bilateral en cuya virtud el disponente realiza una asignación *mortis causa* de todo, de parte o de una cosa de su patrimonio que queda condicionada en cualquier caso a la supervivencia del favorecido con la disposición; a este pacto positivo, si representa una adquisición de la condición de heredero a título universal, Vismara lo denomina pacto “institutivo”; el pacto sucesorio sería renunciativo cuando a través de contrato un posible sucesor del que sería su causante, todavía en vida de este, renuncia a su condición de sucesor; por último, el pacto sucesorio se calificaría de dispositivo cuando se realiza un acto de disposición sobre la herencia de un tercero todavía vivo — esto es, cuando la herencia todavía no ha sido abierta y se realiza el acto a título hereditario — bien entendido que en dicho acto de disposición el *de cuius* no es parte contratante.

3. A decir de H. COING, *Derecho privado europeo I. Derecho común más antiguo (1500–1800)*, traducción y apostillas de A. Pérez Martín de la edición de München 1985, Madrid, 1996, p. 740, “los legistas de la Edad Media y del *Usus modernus* crearon el concepto de contratos matrimoniales (*sic*). Desarrollaron el siguiente sistema: en primer lugar, se distingue entre contratos sobre la herencia proveniente de un tercero (cf. C. 2.3.30) y los contratos sobre la sucesión de una de las partes del contrato.”
4. Como bien afirma G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 11–15, se trata de un contrato entre vivos, no un contrato a causa de muerte; se persigue poner en valor, por parte de los contratantes, ciertas ventajas a su posible futura cualidad de heredero, de suerte que no se pretende la creación de un derecho a la delación sucesoria sino la asignación de determinado patrimonio siendo heredero; no en vano, en el propio texto — C. 2.3.30, *in fine* —, se prohíbe la hipoteca y otros actos de disposición sobre los bienes que pertenecen al patrimonio de un tercero sobre el que se presume llegar a suceder, en el mismo sentido que en D. 18.4.1 (Pomponius 9 ad Sab.). *Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit*, donde se prohíbe la venta del patrimonio sucesorio de una persona todavía viva.

porque esa prohibición incorpora una excepción que merece especial examen: la interdicción se neutraliza por el consentimiento a lo pactado de aquel de cuya herencia se trata, siempre que persevere en dicho consentimiento hasta el final de sus días.

Como se ha avanzado, en la última época tiene lugar el reconocimiento de cualquier tipo de *stipulatio post mortem*⁵, así en C. 8.37(38).11.

C. 8.37(38).11 Imperator Justinianus A. MENAE PP. — *Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur vel pridie quam morietur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nihilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus* (a. 528).

En el texto se observa cómo el emperador Justiniano quiere terminar con la polémica sobre cuestiones relativas a disposiciones *mortis causa* hechas bien en contratos, bien en testamentos, en particular, afirma que es válido todo lo dispuesto a causa de muerte independientemente de que esté hecho a través de una estipulación, de un contrato o a través de un testamento.

La validez de cualquier *stipulatio post mortem* también se reconoce por el mismo emperador tres años más tarde en C. 4.11, texto único de la rúbrica *Ut actiones et ab herede et contra heredem incipiat*:

C. 4.11 Imperator Iustinianus A. IOANNI P.P. — *Quum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur* (a. 531).

Esto es, como resume Marín Padilla⁶, el emperador Justiniano, por razones de humanidad y de utilidad común a todos los hombres, considera necesario suprimir la antigua regla en cuya virtud, quienes habían celebrado pactos sucesorios, no tenían derecho ni acción para exigir su cumplimiento, por tanto, a partir de

5. Vid. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 124, que define esta *stipulatio* como aquella que tiene eficacia tras la muerte del disponente, se trata de un negocio abstracto no unitario que puede asumir un contenido variado. Cuando la *stipulatio post mortem* está condicionada a la premoriencia del disponente y se realiza a título gratuito, constituye, indudablemente, un pacto sucesorio.

6. M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, o.c. (n. 1), p. 74.

C. 4.11, quienes hubieren realizado pactos sucesorios, tienen derecho y acción para reclamar su cumplimiento.

Queda fuera de este contexto el acuerdo de voluntades sobre la herencia de un tercero al que se dedica el texto que sustancia este estudio, C. 2.3.30, cuyo análisis no se va circunscribir exclusivamente a la exégesis de lo absolutamente romano, sino que al trabajo sobre el texto se suma la perspectiva de la reinterpretación ofrecida por la Glosa⁷, a fin de ofrecer luz y ser propuesta de investigación desde la revisión de la jurisprudencia medieval sobre una cuestión que, en la actualidad, todavía es extremadamente compleja y que plantea innumerables dudas y conflictos a los diferentes operadores jurídicos: llegar a dilucidar la validez o no de supuestos en los que el acuerdo entre quien causará la sucesión y los que vayan a sucederle proyectará el destino del patrimonio hereditario, sobre todo, teniendo en cuenta que no son pocos los ordenamientos jurídicos modernos en los que, aparentemente, no se contempla la posibilidad de sucesión contractual⁸.

-
7. La edición utilizada es: *Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis PP. Augusti. Repetitae Praelectionis Libri XII*, Apud Sebastianum Nivellium, sub Ciconiis, via Iacobea, Parisiis, 1626, p. 312–314.
8. Nos permitimos una nota de ejemplo llamando al Derecho civil español en el que el artículo 1271 del Código Civil, después de aseverar que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras” precisa que “sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”, sobre este punto nos permitimos hacer notar la similitud de patrón en cuanto al de pacto de división de herencia aludido en C. 2.3.30, bien entendido que el tipo particional permitido en el artículo 1056 es unilateral de quien realiza la partición y revocable *ad nutum* frente a la consabida bilateralidad e irrevocabilidad de los pactos sucesorios, *vid.* en este sentido J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La prohibición de los contratos sucesorios*, Barcelona, 2002, p. 121; es el artículo 1271 el que aparentemente contiene la prohibición genérica de sucesión contractual que se encuentra igualmente implícita en el tenor del artículo 658 del Código Civil, que recoge que “La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”, y en el del artículo 991 “Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia” (exige la apertura de la sucesión para disponer de ella). Sin embargo, por lo que respecta a las especificidades del Derecho civil foral en el contexto español, como resume muy acertadamente F.L. PACHECO CABALLERO, “Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio”, *AHDE*, LXXXII (2012) 113–141, p. 117, en el Derecho civil común “la delación de la herencia sólo se produce a través del testamento (sucesión testamentaria) y, a falta de éste, por disposición de la ley (sucesión legítima), lo que excluye cualquier vestigio de formas de sucesión contractual, ampliamente desarrolladas, sin embargo, en otros derechos civiles hispánicos distintos al del Código, con el fin, justamente, de quebrar el igualitarismo — mayor o menor — en el reparto de la herencia a que pudiese dar lugar en cada caso el funcionamiento de las correspondientes reglas que gobernaban las sucesión testada e intestada”.

2. El texto: C. 2.3.30

El texto objeto de estudio, C. 2.3.30, se encuentra ubicado en el título III del libro II del *Codex* con rúbrica *De pactis*, justo en su final y enlazando con el siguiente título del mismo libro — C. 2.4 — dedicado la *transactio*, ubicación sistemática cuyo sugerente enlace no podemos dejar de registrar, aunque sea simplemente eso, una sugestiva providencia: la rúbrica *De pactis* acaba con un texto que alude a una concurrencia de voluntades en materia sucesoria y este consenso abre la siguiente — *De transactionibus* —, dedicada al “contrato apología” de la consecución de acuerdos. En particular nuestro texto dispone:

C. 2.3.30. Imperator Iustinianus A. Ioanni P.P. — *De quaestione tali a Caesariensi advocatione interrogati sumus: si duabus vel pluribus personis spes alienae fuerat hereditatis ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos perveniat, certos modos in eadem hereditate observari, vel si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oportet. 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. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes convenerunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare. Quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim neque donationes talium rerum neque hypothecas penitus esse admittendas neque alium quendam contractum, cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum meorum non patitur* (a. 531).

A los efectos de organizar el análisis de C. 2.3.30, proponemos su distribución en las siguientes secciones:

- 1ª. Desde el inicio, hasta [...] *vocentur hi qui pactionem fecerunt* [...].
- 2ª. Desde *Sed nobis* [...], hasta [...] *et nihil ex his pactionibus observari* [...].
- 3ª. Desde [...] *nisi ipse forte* [...], hasta [...] *clarius est introductum* [...].
- 4ª. Desde [...] *Iubemus etenim* [...], hasta el final.

Hacemos notar en este punto que, dado que la metodología de trabajo va a ser la de analizar al mismo tiempo el tenor del texto romano y las aportaciones de la jurisprudencia intermedia, no nos detendremos ahora en una revisión doctrinal sobre el texto que sí se incorpora en los siguientes epígrafes, en este punto se trata

sólo de presentar una organización sistemática y de argumentación sobre hechos que permitirá una mejor ordenación del estudio posterior.

Así, en la primera parte⁹ de C. 2.3.30 se plantea la cuestión de hecho expuesta a la Cancillería Imperial por el colegio de abogados de Cesarea: un grupo de personas que eran parientes entre sí esperaban recibir una herencia ajena, entre aquellas se realizaron pactos sobre dicha herencia futura sometidos a las siguientes condiciones: que se produjera la muerte de la persona cuya herencia esperaban recibir y que la herencia de que se trata fuera efectivamente hacia quienes concluyeron el pacto. La cuestión jurídica planteada por el colegio de abogados de Cesarea se concreta en la determinación de la validez o invalidez de dicho pacto, dado que este tuvo lugar mientras todavía estaba viva la persona cuya herencia se esperaba recibir; además, el acuerdo se hizo depender del cumplimiento de las dos mencionadas condiciones: que se produjera el deceso de la persona cuya herencia se esperaba y que las personas que pactaron fueran las llamadas a dicha herencia¹⁰.

La segunda parte del texto¹¹ recoge la opinión del emperador en cuanto a que considera que los pactos sucesorios, en general, son contrarios a las buenas costumbres por esconder tristísimas y muy peligrosas eventualidades (piénsese, por ejemplo, en el deseo de los contratantes de que fallezca la persona de cuya herencia se trata), de suerte que los considera nulos a través de pregunta retórica construida al efecto sobre la aviesa razón que debe haber para que un grupo de personas pacten sobre el patrimonio de quien todavía vive sin su conocimiento y, por tanto, sin su consentimiento. Esta praxis argumentativa sirve al emperador Justiniano para afirmar además que, a tenor de las antiguas reglas, tales pactos celebrados contra las buenas costumbres han de ser rechazados y, por tanto, tenidos como nulos. En este punto es conveniente hacer notar que, teniendo en cuenta la cuestión planteada por los juristas de Cesarea¹², así como la argumentación de Justiniano, subyace una realidad indubitada: pactos de tal naturaleza tenían lugar, por eso se pregunta sobre ellos y existe opinión al respecto. Como apunta

9. La división de esta parte coincide con la propuesta por M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, o.c. (n. 1), p. 75–79.

10. Abundamos planteando la siguiente suposición: el tercero de cuya herencia se trata pudo haber dispuesto testamentariamente sobre su patrimonio o no, esto es, no se trata de un caso de institución de herederos, sino que llegando a serlo los que pactan, acuerdan sobre cómo dividir la herencia recibida (se reciba esta *ab intestato* o por disposición testamentaria).

11. No coincidimos en este caso con la propuesta de M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, o.c. (n. 1), p. 77, puesto que la autora divide esta parte en dos, así circunscribe la segunda parte al párrafo que inicia en *Sed nobis* [...], hasta [...] *paciscentes convenerunt?*, la tercera parte para la autora abarcaría desde *Secundum veteres* [...], hasta [...] *et nihil ex his pactionibus observari*. A nuestro entender, es más conveniente unir la segunda y tercera parte que delimita Marín Padilla por cuanto el interés básico es declarar la nulidad de los pactos celebrados sobre la herencia de un tercero vivo, a pesar de que el texto denota que el emperador conoce la existencia de pactos de tal naturaleza.

12. Así los denomina G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 100. R. BONINI, “‘Interrogationes’ forense e attività legislativa giustiniana”, *SDHI* 33 (1967) 279–319, p. 288, habla de “órgano forense”.

Bonini¹³, a la *quaestio* expuesta por los juristas de Cesarea, la Cancillería ofrece una respuesta general a la vez que identifica una tendencia en la regulación de estos pactos en la que el cambio podría haberse trazado de una forma más quizá más enérgica, dado que se limita al llamamiento a las antiguas leyes; en efecto, tal y como aduce Vismara¹⁴, no es común en Justiniano que no ofrezca datos sobre qué concreta ley o norma va a ser cambiada, dado que lo habitual en los supuestos de modificaciones operadas por el emperador es citar concretamente qué va a ser alterado; en nuestro texto, los datos normativos precedentes son absolutamente generalistas, quizá el motivo estriba en que el reconocimiento de este tipo de pactos adquisitivos ya se percibe en el período postclásico y no hay, además, norma específica que modificar.

La tercera parte del texto¹⁵ se dedica a concretar la salvedad a la proclamada nulidad de los pactos sobre herencia de tercero, en particular, la excepción a la regla general descansa en el necesario conocimiento y en la voluntad concorde con lo pactado de aquel de cuya herencia se trata, esto es, en la integración de su *voluntas* al acuerdo. Esto es, si aquel de cuya herencia se trata conoce el pacto sucesorio y llega a participar de este, no hay obstáculo en que el acuerdo se trate como estipulación sobre la herencia de un tercero vivo que la conoce y la consiente (*sciente et iubente*) puesto que, al poder manifestar su voluntad en sentido diferente al pacto, si fuera el caso, se neutralizarían las tristísimas y peligrosas eventualidades (esto es, desear la muerte de aquel que ha de causar la herencia).

El emperador Justiniano alega que dicha excepción a la regla de la invalidez de los pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero no es desconocida en normas y constituciones antiguas¹⁶, aunque se atribuye haber presentado la regla general de la nulidad y su excepción de una manera más lúcida.

En la que se ha configurado en este trabajo como la última sección de C. 2.3.30, el emperador Justiniano advierte que, a pesar de la excepción a la nulidad de los pactos que se concreta en la concurrencia de conocimiento y voluntad concorde con el pacto realizado de quien va a causar la sucesión, y la perseverancia en dicha voluntad¹⁷, no pueden admitirse donaciones, ni hipotecas, ni ningún otro contrato sobre una herencia que todavía no ha tenido lugar, puesto que no cabe negocio sobre bienes ajenos contra la voluntad de quien es su dueño. En efecto, el

13. R. BONINI, “‘Interrogaciones’ forensi...”, *o.c.* (n. 12), p. 288.

14. G. VISMARA, *Storia...*, *o.c.* (n. 1), p. 102.

15. Para M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, *o.c.* (n. 1), p. 79–80, estaríamos ante la cuarta y quinta parte del texto.

16. Avanzamos que posiblemente el emperador se refiriera a C.Th. 2.24.2, texto que tratamos más adelante.

17. Reafirmamos con C. FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, Milano, 1949, p. 261, que el Derecho romano clásico consideró nulos estos pactos, sólo fueron considerados válidos cuando el Derecho justinianeo añadió la excepción del conocimiento y voluntad de aquel de cuya herencia se trata.

emperador indica que, teniendo en cuenta que los efectos del pacto sucesorio se producirán con el fallecimiento de la persona de cuya herencia se trata, y dado que su voluntad puede ser cambiante hasta el último momento de su vida, sólo cuando se produzca el fallecimiento podrán realizarse los negocios recogidos en el pacto consensuado en vida de quien ha causado la sucesión.

Es relevante integrar aquí, tal como se había avanzado, una nota sobre el texto que se estima precedente¹⁸ de C. 2.3.30, se trata de C.Th. 2.24.2¹⁹:

Nulli quidem de bonis usurpandis vivorum nec dividimus contra bonos mores concessa licentia est: sed si praecipiente matre bona eius inter se liberi diviserunt, placuit omnifariam nobis huiusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur.

En el texto se admite la validez de un pacto divisorio realizado entre los hijos²⁰ sobre la herencia que esperan recibir de su madre con el fundamento de que esta era *praecipiens* y, además, persevera en su voluntad hasta el momento de su fallecimiento. Esto es, nadie tiene derecho a apropiarse de bienes de un vivo, ni siquiera para dividirlos, porque atenta contra las buenas costumbres, pero si la madre consiente, el pacto es válido. De esta forma, el pacto divisorio proporciona una doble relación consensual: por un lado, un pacto dispositivo sobre la herencia futura de la madre concluido con su consentimiento y probablemente, a su iniciativa y, por otro, un pacto sucesorio positivo revocable, en cuya virtud, la madre divide entre sus hijos su patrimonio²¹. Nótese que la norma de Constantino alude a un pacto relativo a la división del as hereditario, mientras que C. 2.3.30 hace referencia a cualquier pacto sobre la herencia futura²².

El texto constantiniano representa un efectivo cambio dado que la división de una herencia no podía tener carácter convencional desde que la división de

18. F. VASSALLI, “Miscellanea...”, *o.c.* (n. 2), p. 338; E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, p. 108–111; G. VISMARA, *Storia...*, *o.c.* (n. 1), p. 103 para quien la posterior constitución justiniana de C. 2.3.30 no hace más que generalizar lo dispuesto en C.Th. 2.24.2. Excluye la posibilidad de que exista precedente: H. SIBER, “Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen”, *Studi in onore di P. Bonfante IV*, Milano, 1930, 103–128, p. 111.

19. Sobre el texto *vid.* E. RABEL, “Elterliche Teilung”, *Festschrift zur 49. Versammlung Deutscher Philologen und Schülrmänner*, Basel, 1907, 521–538, p. 527, quien considera que esta *divisio inter liberos* no es más que un pacto sucesorio *tertii viventis*; así también C. DUPONT, “Les successions dans les constitutions de Constantin”, *Iura* 15 (1964) 57–116, p. 67.

20. Justiniano regulará esta *divisio inter liberos* en la Nov. 18.7: *Si quis voluerit suas res filiis dividere aut omnes, aut etiam aliquas forte relinquere praecipuas; has maxime quidem, si possibile est, dicat in testamento et indubitata det filiis hinc utilitatem. Si autem non hoc agit propter alicuas necessitates, quae plurimae circumadistunt hominibus, licet tamen descriptiones facere rerum quas partire voluerit, et subscribere omnibus aut ipse aut filios universos subscribere praeparare, inter quos res dividet, et ex hoc causae dare indubitata fidem; et quod secundum hanc fit speciem, ratum sit atque firmum aliquae cautela non indigens* (cf. Nov. 107.3).

21. *Vid.* G. VISMARA, *Storia...*, *o.c.* (n. 1), p. 122.

22. Así R. BONINI, “‘Interrogationes’ forensi...”, *o.c.* (n. 12), p. 289.

patrimonio hereditario se debería producir mediante la incoación de una acción divisoria, sin embargo, C.Th. 2.24.2 ofrece prueba de que en época de Constantino, llegó a ser posible la división convencional de la herencia²³, con la particularidad de que *de cuius* debía conocer y dar su consentimiento a esa división, esa es la novedad esencial que introduce C.Th. 2.24.2 y, por tanto, representa una excepción a la nulidad de los pactos dispositivos descrita por la intervención del consenso perseverante del *de cuius*²⁴.

Todos estos criterios son recogidos por Justiniano en C. 2.3.30 quien prohíbe todo convenio sobre la herencia de un vivo a no ser que este lo conozca y consienta, esto además sometido a la condición de que el convenio sobre la herencia futura dependa de que muera el causante — *dies incertus* — y a que la herencia fuera a parar a quienes acordaron sobre la división, bien entendido que se retrasa el cumplimiento de la obligación que sustanció el acuerdo al momento en el que se cause la herencia, así se salva la nulidad de la estipulación por falta de objeto²⁵.

Cerramos este epígrafe con la revisión del texto ofrecida por la Glosa en el comentario y en el *Casus* que lo enmarcan, todo ello teniendo en cuenta, como advierte Marín Padilla²⁶, la premisa de que los juristas del derecho intermedio, sin apartarse del tenor de C. 2.3.30, admitieron que los pactos sucesorios hechos sobre la herencia de una tercera persona, con su consentimiento perseverante hasta el final de su vida, fueron válidos²⁷. Así no puede sorprender que en el comentario

23. En este sentido, E. VALIÑO, “Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro II*, Valencia, 1974, 475–486, p. 484.

24. E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, p. 208–210. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 93, a pesar de que en el Código Teodosiano no hay más referencias a los pactos sucesorios (el mismo autor en p. 98).

25. E. VALIÑO, “Los precedentes clásicos...”, o.c. (n. 23), p. 485.

26. M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, o.c. (n. 1), p. 250, en particular, *vid.* la doctrina citada en la n. 25, también p. 252 y doctrina citada en n. 27.

27. G. VISMARA, “La revocabilità del testamento giurato nella dottrina da Guglielmo Durante a Bartolo da Sassoferrato”, *Scritti di Storia Giuridica 6. Le successione ereditarie*, Milano, 1988, 211–235, p. 213, señala, desde un punto de vista general, que durante el siglo XIII los juristas intentan defender la legitimidad de los pactos sucesorios que estaban profundamente enraizados en la práctica y en la tradición medieval. El mismo G. VISMARA, “I patti successori nella dottrina di Cino da Pistoia”, *Scritti di Storia Giuridica 6, Le successioni ereditarie*, Milano, 1988, 237–272, p. 255, advierte que, por ejemplo, Cino comienza el comentario a C. 2.3.30 con el esquema lógico seguido por el legislador imperial: en primer lugar se plantea la cuestión y las dudas vinculadas, en segundo lugar se ofrece la respuesta exponiendo la *ratio*, en tercer lugar indica las excepciones a la invalidez aducida y, por último, se extiende la respuesta ofrecida a otras categorías *ut videri poteris in litera* (CINO, *ad Cod. de pactis, l. de quaestione*, pr., *Cyni Pistoriensis in Codicem* [...], Francofurtum 1578); en particular, la *ratio* sobre la invalidez del pacto de los cognados que acuerdan sobre la herencia de un consanguíneo que esperaban recibir se articula, según Cino, en los siguientes principios: no se puede acordar ni disponer sobre la herencia de persona viva (CINO, *ad Cod. de pactis, l. de quaestione*, n. 2), los pactos *contra bonos mores* no son válidos (CINO, *ad Cod. de pactis, l. de quaestione*, n. 3), y es inocuo pactar sobre

previo a C. 2.3.30: “*Pactum quo disponitur de hereditate viventis, non valent nisi ille consenserit, et in eodem consensu perseveraverit usque ad mortem. h. d. Salycetus et Alexander*”, de Bartholomeus de Salycetus²⁸ y de Alexander Tartagnus²⁹ se determine claramente que los pactos en cuya virtud se dispone sobre la herencia de un vivo no tienen validez, a menos que el vivo consintiera y esta voluntad perseverara hasta el mismo momento de su fallecimiento.

Como se ha avanzado, integramos también en este punto el análisis del *Casus ad*, C. 2.3.30:

Hic quaeritur si duo vel plures de cognatis alicuius qui suam hereditatem ad se sperant devolvendam, non tamen necessario, sub hac forma pacta conficiant, si hereditas cognati mei, puta avunculi, ad aliquem nostrum pro parte vel in solidum perveniat: inter nos pro virilibus portionibus dividatur: utrum valeat, necne? Dicitur quod videbatur valere, eo quod neq; de succedendo, neq; de non succedendo tractabatur, sicut si convenisset de ipsa disponenda. Sed quia ex patione dispositionis futurae successionis alicuius idem periculum possit provenire quod de ipsa successione contingere consuevit: omnia huiusmodi pacta tanquam contra bonos mores inita penitus prohibentur: nisi de voluntate ipsius processerint de cuius hereditari haec talia tractabantur. Et haec vera sunt quocunque genere contractuum huiusmodi pacta fiant. Nota primo in hac l. quod pactum de hereditate viventis certo modo disponenda post mortem eius, censetur esse contra bonos mores, et ideo non valet, nisi consentiat dominus, et usque ad mortem in consensu perseverat. Secundo not. Quod licet quis possit hypothecare bona praesentia et futura, non tamen potest hypothecare bona viventis, quae sperat sivi per successionem deferri, secundum Bald. Hic.

El *Casus* comienza refiriendo el hecho de que dos o más personas que son familia entre sí acuerdan cómo se producirá la división sobre la herencia que esperan recibir de un tercero todavía vivo (fuera este su propio padre, un tío...), bien sea en parte o en total. La cuestión que se plantea es si dicho pacto es válido o no, esto es, si se puede sucecer o no en el total o en la correspondiente parte de la herencia tal y como se había pactado.

La argumentación que sigue, a tenor de la inspiración textual romana, es que pueden sobrevenir situaciones peligrosas — *periculum possit provenire* — si se acostumbra a pactar en la sucesión, por ello, se prohíbe desde antiguo un acuerdo de este tipo por ser completamente contrario a las buenas costumbres; esta prohibición se aplica a cualquier tipo de relación contractual que tenga que ver con un acto de disposición sobre el patrimonio de alguien todavía vivo.

los bienes de otro prescindiendo de la voluntad del propietario (CINO, *ad Cod. de pactis*, l. de quaestione, n. 4).

28. Se trata de Bartholomeus de Salycetus (?–1411) cuyos comentarios al Código de Justiniano se reputan como obra fundamental del período de su enseñanza en Bolonia.
29. Estimamos que Alexander alude a Alexander Tartagnus de Imola (1423–1477), profesor de derecho en Ferrara Bolonia y Pavía; se trata de uno de los juristas más eminentes del siglo xv.

Sin embargo, Baldo³⁰, en el primer *notabilia* del *Casus*, dispone que a pesar de que se reputa inválido el pacto hereditario sobre la herencia de un tercero vivo, aquel puede ser eficaz si quien de cuya herencia se trata consiente en el pacto y se mantiene en dicho consentimiento hasta su muerte. En el segundo *notabilia*, el mismo jurista dispone que es lícito disponer sobre bienes propios presentes y futuros, pero no lo es disponer sobre el patrimonio de un tercero todavía vivo aunque sobre el mismo se espere suceder, es decir, a pesar de la validez del pacto sucesorio (*sciente et iubente* quien causará la sucesión), el acuerdo no otorga poder de disposición sobre los bienes que pudieran llegar a recibirse en virtud de dicho pacto sucesorio pero que todavía no se han recibido al no haberse producido realmente la sucesión.

Tras esta aproximación inicial y general al texto desde el dictado del texto romano y la interpretación de la Glosa en el *Casus*, se sigue a continuación con el análisis más pormenorizado siguiendo la división de C.2.3.30 propuesta más arriba.

2.1. Planteamiento del supuesto y cuestión jurídica: Desde el inicio, hasta [...] *vocerunt hi qui pactionem fecerunt* [...]

Recordemos que en esta primera parte del texto — desde el inicio hasta [...] *vocerunt hi qui pactionem fecerunt* [...] — se concreta la *quaestio* objeto de los juristas de Cesarea: se trata de que dos o más personas que esperan recibir una herencia acuerdan los criterios para su reparto, se duda sobre la validez del pacto en cuya virtud se fijan los mencionados criterios, dado que la persona que provocaría la sucesión todavía está viva. Los juristas plantean que quizá la nulidad podría ser salvada, puesto que el pacto está condicionado a que quien debiera

30. A decir de G. VISMARA, “I patti successori in Baldo”, *Scritti di Storia Giuridica* 6, *Le successioni ereditarie*, Milano, 1988, 303–390, p. 307, para Baldo la sucesión hereditaria se encuentra regulada en las normas del Derecho común, o en un contrato, o en la propia naturaleza del acto — BALDO, *Consilia III*, 199, nn. 1, 4 y 5: “*quaedam est successio ordinata per viam iuris communis, quaedam ordinata per formam contractus, quaedam ordinata per propriam naturam actus*”, *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis 1602 —, de forma que de su maestro Bártolo retoma la neta distinción entre contrato y acto de última voluntad, en concreto, para Baldo el pacto adquisitivo es absolutamente nulo, no vale en ningún caso, ni entre los militares ni entre los privados — BALDO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 17, *Baldus in tres primos libros Codicis*, Lugduni 1546: “*nec in milite nec in pagano*” —, y por cuanto respecta al pacto dispositivo — *pactum de hereditate obvenienda certo modo disponenda, pactum de successione tertii* — Baldo determina su invalidez a no ser que concurra el consenso del *de cuius* en tal pacto y que persevere en dicho consentimiento hasta su muerte — BALDO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 1: “*sublata acerbissima spe* significa que *sublata praesumptioe huius legis: quia ex quo dominus rerum consentit, praesumitur quod illi vitae eius non insidientur: quia non est verisimile quod si iste hoc metueret, consentiret: et quia consensus iste est ambulatorius usque ad mortem erit.*”

causar la herencia falezca premuriendo a los que acuerdan y que dicha herencia vaya a quienes hubieren pactado³¹.

La primera glosa al texto: gl. *advocatione*, ad C.2.3.30: “*id est ab avocatis Caesaris*”, refuerza el hecho de que la respuesta justiniana encuentra origen en la duda planteada por el colegio de abogados de Cesarea. En palabras de Marín Padilla³², no es sorprendente que los abogados de Cesárea elevaran consulta al emperador, dado que la mayor parte de pactos sancionados por las constituciones imperiales consistían en acuerdos en los que intervenía la persona de cuya herencia se trataba y el caso planteado atañe a la herencia de un tercero. En efecto, a decir de Bonini³³, se trata de una de las constituciones de Justiniano que resuelven asuntos de naturaleza privada a requerimiento de órganos forenses locales a pesar de que el texto no clarifica si existe una verdadera colaboración entre la Cancillería y el colegio de abogados aunque, sin duda, el diálogo entre los juristas de Cesarea y la Cancillería Imperial es el pretexto del que se sirve Justiniano para ofrecer respuesta a la *quaestio* en forma de significada innovación jurídica, es más, el fondo de dicha *quaestio* permite llegar a conocer asuntos de la práctica jurídica de la época, en particular, cómo se redactaban los pactos, cosa que prueba que la Cancillería estaba al día de los problemas jurídicos de la realidad cotidiana del momento³⁴.

En relación con las personas que realizan el acuerdo sobre la herencia de un tercero hay que tener en cuenta la gl. *alienae*, ad C.2.3.30:

haec lex non loquitur de liberis, duplici ratione. Prima, quia ipsi non insidiarentur vitae parentum ut extranei. Unde Ovidius: Filius ante diem patrios inquirat in annos. Item quia non de aliena, sed de sua hereditate dicerentur pacisci: ut. ss. de lib. et posthu. l. in suis. secundum quosdam. Tu dic idem in libertis, quia et ipsi insidiantur: ut institu. quod cum eo. §. penult. et non sunt domini, sed propter spem dicuntur quasi domini: ut instit. de here. quali. et. dif. §. sui. cum ergo sit eadem ratio, ergo idem ius: ut supra. l. prox. et. ss. de verb. oblig. l. a. Titio.

Se aclara en esta glosa que C.2.3.30 trata del pacto sobre una herencia que se espera recibir de un extraño, por tanto, difiere y al tiempo explica el supuesto de

31. G.G. ARCHI, “Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano”, *Studi in onore di Emilio Betti II*, Milano, 1962, 31–69, p. 40, afirma que muy probablemente esta doble condición es extraída del caso que proponen los juristas de Cesarea, es decir, lo que hace la Cancillería Imperial es un parafraseo de la duda planteada. En efecto, a decir de R. BONINI, “‘Interrogationes’ forensi...”, *o.c.* (n. 12), p. 287, parece que el problema no se plantea, en general, para cualquier clase de pactos, sino para este en particular y con la finalidad de excluir los motivos para su nulidad.

32. M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, *o.c.* (n. 1), p. 76.

33. R. BONINI, “‘Interrogationes’ forensi...”, *o.c.* (n. 12), p. 279 y 318, el autor continúa afirmando que el fenómeno presenta notable interés porque esta forma de colaboración, desconocida en épocas anteriores, representa un aspecto de relaciones entre la práctica jurídica de órganos forenses y la Cancillería Imperial a las que la doctrina romanística no ha prestado mucha atención.

34. R. BONINI, “‘Interrogationes’ forensi...”, *o.c.* (n. 12), p. 290 y 318.

partida que se incorporaba en el *Casus*, puesto que este hacía referencia al acuerdo entre cognados³⁵; la razón fundamental que se alega en cuanto a que el pacto no puede ser realizado no sólo entre parientes consanguíneos, sino entre los hijos — “*haec lex non loquitur de liberis*” — sobre la herencia que se espera recibir de un padre, es que el pacto no llegue a causar perjuicio en la vida de este, el motivo de la causación del perjuicio subyace en la cita que la propia glosa realiza de Ovidio, I.148³⁶ — “*filius ante diem patrios inquirit in annos*” —, muy clarificadora en cuanto a que podría hacer pensar en el hecho horrible de que el pacto sobre la herencia del padre realizado por sus hijos pudiera llegar a expresar el deseo de la muerte de aquel, esto es, el *votum mortis* que iría en contra de las buenas costumbres.

Para justificar la inoportunidad del pacto de los hijos sobre la herencia del padre, la glosa parte de la idea de que los hijos están llamados naturalmente a la sucesión de los padres, y para ello cita a D.28.2.11³⁷ — “*ss. de lib. et posthu. l. in*

35. Cuestión que, en principio, parece sorprender puesto que, precisamente, el parentesco entre las personas que realizan el pacto sobre el patrimonio que esperan recibir de un tercero es el fundamento que les hace presumir que pueden llegar a ser instituidos herederos por aquel (testamentariamente) o llamados *ab intestato*. A este respecto hay que tener en cuenta que, en realidad, en este punto la glosa, como se verifica, se dirige a enfatizar la inmoralidad del pacto realizado por los hijos sobre la herencia que esperan recibir de su padre, esta es la cuestión que salva la sorpresa inicial.

36. Recogemos completa la referencia de Ovidio, *Metamorphoses*, I.144–150: “*Vivitur ex raptō: non hospes ab hospite tutus, / non socer a genero, fratrum quoque gratia rara est; / inminet exitio vir coniugis, illa mariti, / lurida terribiles miscent aconita novercae, / filius ante diem patrios inquirit in annos: / victa iacet pietas, et virgo caede madentis / ultima caelestum terras Astraea reliquit*”, el poeta alude a la degeneración de las costumbres y ofrece varios ejemplos de comportamientos funestos, en particular, refiere que el medio de vida para algunos es robar, advierte la falta de confianza entre personas entre las que se presume una buena relación, por ejemplo, las relaciones entre anfitrión-huésped, entre suegro-yerno, entre hermanos, incluso en ocasiones, los cónyuges propician la ruina recíproca, las segundas esposas no se comportan ejemplarmente y, en lo que respecta a la relación padres-hijos, que es la apuntada en el texto de la glosa, se insinúa directamente el hecho de que los hijos llegan a esperar con cierta ansiedad el fallecimiento de su padre. Afirma J. MAINERO, “Variaciones ovidianas: el mito de las edades en las *Metamorphosis*”, *Circe* 7 (2002) 245–260, p. 256, que Ovidio recoge que el motivo de la degeneración universal es absolutamente concordante con la huida de Astrea, la virgen divinaria emblema de la Justicia, en concreto, el autor, sigue a C. ÁLVAREZ – R.M. IGLESIAS, *Ovidio. Metamorphosis*, Madrid, 1999, p. 200, traductoras y anotadoras de Ovidio, quienes apuntan que en estos textos hay influencia de Arato — se trata de Arato de Cilicia, poeta y astrónomo griego del siglo III a.C., autor de un poema titulado *De los fenómenos y de los signos*, que contiene conocimientos de astronomía — para quien la Justicia, hija de Astreo, es la última divinidad en abandonar las tierras; según las autoras, Ovidio es el primero en denominarla Astrea manteniendo el nombre de Virgen, que es la constelación en la que se transforma la Justicia en el poema de Arato. Mainero añade que también se vislumbra la influencia de Catulo con quien comparte la degradación del paso del tiempo.

37. D.28.2.11 (Paulus 2 ad Sab.): *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem*

suis” — donde Paulo recoge que en el caso de la herencia de los *sui*, es evidente que se produce una continuidad del dominio sobre el patrimonio del padre difunto y, en definitiva, sobre la *familia*. La argumentación sigue refiriendo que los padres responden por los hechos ilícitos llevados a cabo por sus hijos *in potestate*, cuestión que se ilustra a través del llamamiento a Inst. 4.7.7³⁸ — “*institu. quod cum eo. §. penult*” —, donde se recoge el régimen jurídico de los negocios realizados con personas sometidas a patria potestad y la verificación de la responsabilidad del *pater familias*, en particular, la alusión que interesa al sentir de la glosa es el párrafo *in fine* del texto, donde se concreta que en determinadas ocasiones, los hijos abrumados con deudas, atentaban contra la vida de sus ascendientes con la finalidad de cobrar su herencia y satisfacer así las múltiples responsabilidades adquiridas, todo esto en consonancia con la horrible idea del *votum mortis* con el que comenzaba el texto. Insiste la glosa explicando la posición jurídica de los hijos sometidos a potestad en el sentido de su absoluta subrogación en la posición jurídica que ocupara el *pater familias*, para ello cita a Inst. 2.19.2³⁹ — “*instit. de here. quali. et. dif. §. sui*” —, texto que se integra en el título de las *Instituta* que explica la cualidad y diferencia de los herederos y que, para el caso de los *sui*, determina su posición de *quasi dominus* en tanto considera su expectativa de derecho. Por tanto, siguiendo la máxima *sit eadem ratio, ergo idem ius* que inspira textos como D.45.1.208pr⁴⁰ citado por la

patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: Nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

38. Inst. 4.7.7: *Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis qui in parentis erunt potestate: et ei qui crediderit denegatur actio, tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suae potestatis esse coeperint, quam adversus patrem avumve, sive habeat eos adhuc in potestate sive emancipaverit. Quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentium insidiabantur.*
39. Inst. 2.19.2: *Sui autem et necessarij heredes sunt veluti filius, filia, nepos neptisque ex filio et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est ut pater eius vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus aut qualibet alia ratione liberatus potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarij vero ideo dicuntur quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. Sed his praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.*
40. D.45.1.108pr (Iavolenus 10 epist.): *A Titio ita stipulatus sum: “Si qua mihi nupserit, decem dotis eius nomine dare spondes?” Quaerebatur, an consistat talis stipulatio. respondit: Si stipulanti mihi dos ita promissa est: “Quamcumque uxorem duxero, dotis eius nomine decem dare spondes?”, nihil in causa est, quare ea pecunia condicione expleta non debeatur: Nam cum condicio etiam ex incertae personae facto parere obligationem possit, veluti “si quis in capitolium ascenderit, decem dare spondes?” “Si quis a me decem petierit, tot dare spondes?”, cur non idem et in dote promissa respondeatur, ratio reddi non potest.*

glosa — “*de verb. oblig. l. a. Titio*” —, donde se ejemplifican distintas formas de estipular que se estiman válidas dado que sus causas/razones son análogas, no se considera el pacto realizado entre los hijos sobre la herencia del padre.

En definitiva, parece que el objetivo de la gl. *alienae*, ad C. 2.3.30 no es invalidar el pacto realizado por parientes consanguíneos — incluso los hijos — del futuro *de cuius*, sino incidir en la inmoralidad del pacto realizado por los hijos sobre la herencia de su padre todavía vivo. Así, no sorprende que la glosa realice este estudio sobre la iniquidad de que los hijos acuerden con terceros sobre la herencia de su padre, como afirma Michaélidès-Nouaros⁴¹, las fuentes literarias y las normas jurídicas explican la razón en cuya virtud los pactos sobre la sucesión de un tercero o la promesa de instituir heredera a determinada persona se consideran inmorales, dado que llevarían a algunos (piénsese en el usurero en cuyas redes hubiera caído un hijo de familia pródigo) a intentar captar la herencia de sus deudores de modo absolutamente directo y deshonesto. En realidad, la esencia de la nulidad del pacto realizado por los hijos está, además de en la eventual conducta inmoral que, como se ha avanzado, podría neutralizarse por el conocimiento y la anuencia al pacto por parte del padre, en el principio de que no se puede renunciar a la *libera testandi facultas*, por tanto, cualquier acuerdo que prive de esta facultad no tiene validez⁴².

Avanzando en el análisis del texto, la Glosa puntualiza que se trata de pactos especiales, esto es, pactos sobre la herencia de tercero, tal y como se desprende de la breve y escueta gl. *quibus*, ad C. 2.3.30: *pactis*, que ponemos en relación inmediata con la glosa siguiente, que aclara que lo que se celebra son pactos particularmente referidos — *specialiter* declara el texto romano — a una herencia todavía no deferida pero que se espera recibir⁴³: gl. *declarabantur*, ad C. 2.3.30:

41. G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 59.

42. En este sentido, es clarificadora la doctrina de Bártolo quien observa que el pacto dispositivo no priva de la libre *testandi facultas*, dado que la necesidad de conocimiento y consentimiento del futuro *de cuius* sobre el pacto le permite variar su voluntad en cualquier momento (BARTOLO, ad Cod. 2, de *pactis*, l. 30 de *quaestione*, n. 1, *Bartoli Commentaria in tres libros codicis* [...], Lugduni 1547), por tanto, la inmoralidad descansaría en pactar *sub spe de succedendo*, ese pacto sí que provocaría el *votum mortis*; así, no es *contra bonos mores* obligarse *ad rem alienam* cuando interviene el consenso del propietario tal y como se desprende de D. 18.1.28 (texto citado por la propia glosa ad C. 2.3.30, que trataremos más adelante, y que alude a la validez de pactos realizados sobre patrimonio ajeno cuando los convalida la anuencia del propietario); en definitiva, tras la necesidad de respeto a la *testamenti factio* del *de cuius* se encuentra la aportación de Bártolo en cuanto a distinguir entre el pacto sucesorio y la institución de heredero a través de acuerdo (el primero presentaría excepciones por lo que respecta a su invalidez, y la segunda sería inválida en todo caso). En este sentido, vid. G. VISMARA, “I patti successori nella dottrina di Bartolo”, *Scritti di Storia Giuridica* 6, *Le successioni ereditarie*, Milano, 1988, 275–301, p. 276 y 292.

43. En efecto, la gl. *declarabantur*, ad C. 2.3.30, no pretende distinguir entre pacto y estipulación, sino entre obligación de instituir heredero y pacto sucesorio adquisitivo, de suerte que la nulidad que expresa en principio C. 2.3.30 vale tanto para la estipulación como para el pacto que tenga por objeto la herencia de persona viva; en este sentido vid. G. VISMARA, “I patti successori nella

Per stipulationem, puta dabo tibi tertiam partem hereditatis, si ad me pervenerit tota: et tu mihi idem facies. vel si mihi et tibi obvenerit, promitto quod dividam aequaliter. Nam ita demum est pactum, si uni ab altero quid est dandum vel faciendum, non ab alio tertio alteri eorum, vel ab altero eorum alteri tertio. Et ita non placet positio quorundam qui in praemissis casibus admittunt pactionem: et hanc intelligunt cum promisi quod tu succedas vel possis succedere. Sed hoc certe non esset pactum: quia etiam ex voluntate partium nullus eorum alteri eorum de aliquo dando ex voluntate partium nullus eorum alteri eorum de aliquo dando vel faciendo adstringitur. Pactum ergo erat, ut dixi, de disponendis rebus per successionem devolvendis

En particular, se especifica un pacto válido que consiste en que si se estipula entre dos personas que recibiendo una de ellas toda la herencia, entregará la tercera parte a la otra, toda vez que sucederá lo contrario si la totalidad de la herencia la recibe esta última; sin embargo, si las dos son herederas, se repartirán la herencia por mitad. El pacto se realiza entre estas dos personas habiendo sido instituidas herederas y por eso se reputa válido, aunque el propio texto puntualiza que, a pesar de ello, algunos juristas no admiten este pacto, precisamente por referirse a un patrimonio que se espera recibir de un tercero a quien se sucede. Así, seguidamente, la gl. *questionem, ad C. 2.3.30: “id est dubitationem”*, apunta de forma directa a la duda que asalta a los juristas de Cesarea. La parca aclaración ofrecida por la glosa parte de la necesidad de evidenciar el momento de la realización del pacto, así en la siguiente gl. *qua adhuc, ad C. 2.3.30: “haec erat ratio quare non valent: ut. ss. de vulga, et pupil. substit. l. ii. §. prius. alias, interdum”*, se asume que es el hecho de que el pacto se celebre cuando todavía no había fallecido el que debía causar la sucesión lo que, entre otras circunstancias, lo invalida. Como ejemplo de absoluta necesidad de organización de hechos y tiempos en el ámbito de las sucesiones se llama a D. 28.6.2.4⁴⁴ — “*ss. de vulga, et pupil. substit. l. ii. §. prius*” —, donde es relevante el orden en el que se establece el nombramiento de heredero sustituto para el hijo impúber: primero se nombra heredero y después se nombra sustituto para ese heredero.

dottrina di Paolo di Castro”, *Scritti di Storia Giuridica 6, Le successioni ereditarie*, Milano, 1988, 391–433, p. 431–432.

44. D. 28.6.2.4 (Ulpianus 6 ad Sab.): *Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere et non convertere ordinem scripturae: et hoc iulianus putat prius sibi debere, deinde filio heredem scribere: ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quae sententia rescripto imperatoris nostri ad virium lupum brittanniae praesidem comprobata est, et merito: constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, usque adeo, ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat et postumum suum filio impuberi possit quis substituere.*

2.2. La nulidad de pactos sucesorios: desde [...] *Sed nobis* [...], hasta *et nihil ex his pactionibus observari* [...]

En esta parte se incide en el régimen jurídico general de los pactos sucesorios y, en particular, de aquellos que se realizan sobre la herencia de terceros; así se afirma que todos estos pactos son odiosos y llenos de peligros por las consecuencias criminales que pueden provocar — y que se han avanzado en apartado precedente —, a lo que se suma la absoluta ignorancia sobre el pacto de la persona de cuya herencia se trata. En particular, se llama a las *veteres regulae* en las que se constata la invalidez de estos pactos así como la indicación de los motivos de la nulidad: contravenir los *boni mores*⁴⁵. Esta última idea se ilustra perfectamente en la gl. *eventus, ad C. 2.3.30*: “*propter insidias, quae parantur eius vitae super cuius bonis paciscuntur: ut. j. tit. j. l. de fideicommisso*”, dado que puede que al acordar sobre una herencia que se espera recibir, los que han acordado deseen el fallecimiento de la persona de cuya herencia se trata, en particular, la glosa cita el ejemplo de *C. 2.4.11*⁴⁶ — “*j. tit. j. l. de fideicommisso*” — donde se afirma que es válida la trasacción hecha sobre el fideicomiso dado alternativamente por el *pater familias* — que no consta que haya fallecido — a sus dos hijos en el caso de que uno de esos dos hijos falleciera sin descendientes, ese pacto es válido porque es esa la forma de que un hermano no llegue a desear la muerte del otro, es decir, los pactos que no lleguen a causar perjuicios sobre la vida de aquellos sobre cuyos bienes se pacta, se reputan válidos dado que los hijos sí que conocían su situación de fideicomisarios recíprocos⁴⁷.

A modo de advertencia, a continuación la gl. *conveniunt*⁴⁸, *ad C. 2.3.30*: “*alias, convenerunt, ut quasi futuri ei heredes*”, incide en la idea de que los que acuerdan han de llegar a ser los futuros herederos, es decir, el pacto realizado parte de la premisa de que la herencia ha de ir a los que pactan, por tanto, refuerza la idea de que el pacto contenido en *C. 2.3.30* se realiza por aquellos que, en realidad y de verificarse la sucesión, serán herederos. Tras esta advertencia, la necesidad de

45. M. KASER, “Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht”, ZSS 60 (1940) 95–150, p. 125–127; B. BIONDI, *Diritto romano cristiano II*, Milano, 1952, p. 3 y 67.

46. *C. 2.4.11: Imppp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus nobilissimus Caesar Gaiano militi. De fideicommisso a patre inter te et fratrem vicissim dato, si alter vestrum sine liberis excesserit vita, interposita transactio rata est, cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retinetur. Et non potest eo casu rescindi, tamquam circumventus sis, cum pacto tali consenseris, cum neque eam cui subveniri solet aetatem agere te proponas nec, si ageres, isdem illis de causis in integrum restitutionis auxilium impetrare deberes* (a. 255).

47. A decir de E. VALIÑO, “Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro II* (Valencia 1974) 475–486, p. 477, en este caso no hay nada que se oponga a la validez de la herencia futura, aunque todavía no causada.

48. Hacemos notar que en el texto de la edición de Th. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, Berlín 1963, la forma verbal es “*convenerunt*”, mientras que en el texto de la glosa es “*conveniunt*”, aunque la variación queda aclarada por el propio texto de la glosa.

seguir las antiguas reglas en cuya virtud los pactos sucesorios se reputan inválidos se concentra en la gl. *observari*, ad C. 2.3.30:

sed potius aufertur eis hereditas ut ab indignis, etiam si eis deferat: ut ss. de dona. l. quidam. §. ulti. et l. seq. et de his quibus ut indig. l. ij. §. fin. Item no. hic argumentum secundum quosdam quod non tenet concessio praebendae non vacantis, vel feudi nondum aperti in dominio: ut. arg. ss. de iure codi. l. literae. sed falsum est: ut ss. pro socio. l. iij. §. de illo, et. j. ut actio. ab herede et contra heredem. l. j. et. ss. de dona. causa mortis. l. mortis causa capimus. in princ,

parece que en el texto se manifiesta que debe observarse la regla general de la invalidez de los pactos sucesorios, es más, de no seguirse, provocará que los que acordaron contra derecho sean indignos aunque la herencia se les llegara a deferir; a pesar de ello, esta tesis necesita ser matizada a tenor de los textos a los que cita: D. 39.5.29.2⁴⁹ y D. 39.5.30⁵⁰ — “*ss. de dona. l. quidam. §. ulti. et l. seq*”—, en el primer texto Papiniano reputa nula la donación de los bienes de una cognada próxima todavía viva, es más, aunque quien realizó la donación llegara a ser *bonorum possessor* y, por tanto, sucediera efectivamente en el patrimonio de la cognada próxima ya fallecida, no tendría a su disposición las acciones derivadas de la herencia dado que hacer donación del patrimonio de la persona de la que esperaba heredar cuando esta todavía estaba viva contravenía las buenas costumbres y el derecho de gentes⁵¹, esto es, a nuestro entender, lo que interesa del texto es la prohibición de negocio jurídico sobre los bienes de una tercera persona todavía viva⁵²; continúa la argumentación en D. 39.5.30 cuando Marciano establece la causa de la indisponibilidad de las acciones por parte del heredero: se le considera indigno. En la gl. *observari*, ad C. 2.3.30 se cita también D. 34.9.2.3⁵³ — “*de his quibus ut indig. l. ij. §. fin*” —, ubicado en el título IX del libro XXXIV “*de his, quae ut indignis auferuntur*”, en el texto Marciano afirma que la donación de los bienes o de parte de ellos de una persona viva (de un cognado) no teniendo conocimiento esta de tal donación, este hecho es causa de indignidad

49. D. 39.5.29.2 (Papinianus 10 resp.): *Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit:*

50. D. 39.5.30 (Marcianus l.S. de delator.): *Nam ei ut indigno aufertur hereditas.*

51. A decir de E. VALIÑO, “Los precedentes clásicos...”, o.c. (n. 23), p. 483, además de ir en contra de las buenas costumbres, en el caso de la donación, la existencia de la persona viva impide la transmisión de propiedad de una herencia que, por tanto, todavía es inexistente.

52. G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 61.

53. D. 34.9.2.3 (Marcianus 11 inst.): *Idem erit, si quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicuius cognati donaverit: nam quasi indigno aufertur.*

del donante⁵⁴. Siguiendo a Vismara⁵⁵, en estos textos se conjetura la necesidad de disponer la prohibición de pactos sucesorios y la indignidad para suceder de quien los realizaba a tenor del contexto moral de la sociedad imperial, en la que la figura de los denominados *captore hereditatis* era relativamente frecuente, se trataba de aprovechar la debilidad de personas con fortuna haciendo que estas, a través de pacto, instituyeran herederos a los *captore*. Esto es, sin poner en duda la inmoralidad del acuerdo, la nulidad del acto estriba, además de esa incuestionable absoluta inmoralidad, en el hecho de disponer sobre el patrimonio que se espera recibir *mortis causa* de una persona todavía viva y del que, por tanto, no existe facultad de disposición hasta que no se produzca el fallecimiento del *de cuius*; es más, la disposición sobre dicho patrimonio sobre el que se sería titular *mortis causa* antes de que se produzca la sucesión, provocaría la indignidad del sucesor.

Continúa la glosa reputando igualmente nulo el pacto incluido en una epístola a la que no se puede considerar codicilo, así se dispone por Paulo en D. 29.7.17⁵⁶ — “*ss. de iure codi. l. literae*” —, texto al que llama la glosa y en el que se afirma que los documentos en los que se promete una herencia o los que se expresa el afecto del ánimo, no se consideran codicilos.

El texto de la glosa continúa incorporando pasajes que admiten excepciones a la referida nulidad de los pactos dispositivos, una es la que se desprende de D. 17.2.3.2⁵⁷ — “*ss. pro socio. l. iij. §. de illo*” —, texto al que cita la glosa y que se ubica en el título II del libro XVII dedicado a la *actio pro socio*, en el que Paulo advierte que en el caso de que una sociedad se hubiera constituido con el pacto de que si alguna *iusta hereditas* llegara a corresponder a algún socio, esta forme parte de la sociedad; a estos efectos se considera *iusta hereditas* la que es herencia legítima,

54. En opinión de E. VALIÑO, “Los precedentes clásicos...”, *o.c.* (n. 23), p. 483, este texto y D. 39.5.30 quizá son fruto de la ampliación postclásica de las causas de indignidad en una época en la que el Fisco trató de adquirir herencias vacantes. Según R. BONINI, “‘Interrogationes’ forensi...”, *o.c.* (n. 12), p. 289, n. 24, muy probablemente la persona cuyo patrimonio se dona sí que tendría conocimiento de la donación, añade el autor que parte de la doctrina opina que en D. 34.9.2.3 podría encontrarse un precedente de la reforma justiniana.

55. G. VISMARA, *Storia...*, *o.c.* (n. 1), p. 84–86, quien apunta (en particular, p. 85, n. 1) que otra categoría de especuladores sería la de aquellos que prestaban dinero a jóvenes inexpertos a elevadísimo interés cuya satisfacción dependía de que estos jóvenes heredaran las fortunas paternas sobre las que el joven y el usurero habían acordado a fin de satisfacer el crédito usurario, acuerdo que se producía cuando todavía estaba vivo el *pater*, en estos casos, el fallecimiento de padre o del pariente rico del que iba a heredar el joven era deseado a fin de satisfacer la deuda, tanto por el propio familiar, cuanto por el usurero. Precisamente el Senadoconsulto Macedoniano vino a limitar los préstamos a los *fili familiae* así como la venta del patrimonio sucesorio de una persona que todavía estuviera viva.

56. D. 29.7.17 (Paulus 3 sent.): *Literae, quibus hereditas promittitur vel animi affectus exprimitur, vim codicillorum non optinent.*

57. D. 17.2.3.2 (Paulus 32 ad ed.): *De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit etiam ea quae testamento? Et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.*

quedando fuera la que se adquiere por testamento, es decir, sólo la aportación de una herencia futura e indeterminada (no testamentaria⁵⁸) puede formar parte del acuerdo societario. A decir de Vismara⁵⁹, este texto representa, junto con C. 2.3.30, una excepción a la nulidad de los pactos dispositivos, en el caso de C. 2.3.30 por el conocimiento y el consentimiento perseverante del pacto realizado por quien va a causar la sucesión, en el caso de D. 17.2.3.2 porque se pacta sobre una herencia indeterminada en un caso de sociedad universal.

Como avanzamos, en este punto la glosa comienza a llamar a textos — D. 17.2.3.2 — en los que la validez de un pacto sobre la herencia que se espera recibir se reputa válido aunque se presenta como excepción a lo habitual, de esta suerte, continúa con la cita de C. 4.11.1⁶⁰ — “*j. ut actio. ab herede et contra heredem. l. j.*” —, en el particular apartado del texto aludido por la glosa — “*l. j.: Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum*” — reincide en la máxima de los antiguos⁶¹ que no concebían que las acciones comenzaran

-
58. A decir de E. VALIÑO, “Los precedentes clásicos...”, *o.c.* (n. 23), p. 477, parece dudosa la limitación a la herencia legítima dado que a esta restricción no hace referencia D. 17.2.73 donde se recoge que en la *societas omnium bonorum* ha de imputarse al capital social, entre otras cosas, la herencia deferida a cada uno de los socios. Para justificar la excepción de lo que se recibe por testamento, Valiño recoge la opinión de F. VASSALLI, “Miscellanea...”, *o.c.* (n. 2), p. 353, quien considera que D. 17.2.3.2 presupone una *societas quaestus* y no una *societas omnium bonorum*. G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution...*, *o.c.* (n. 2), p. 108 y 119, la califica, sin embargo, de *societas omnium bonorum* en cuya configuración se contiene una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios.
59. G. VISMARA, *Storia...*, *o.c.* (n. 1), p. 93, n. 1. El mismo autor en “I patti successori nella dottrina di Cino da Pistoia”, *o.c.* (n. 27), p. 252 afirma que se observa una aparente contradicción entre lo dispuesto por C. 2.3.30 y D. 17.2.3.2, sin embargo, el primer texto considera la herencia futura de persona cierta y el segundo la de persona incierta, en cuyo caso, el pacto es válido. El mismo G. VISMARA, “I patti successori nella dottrina di Bartolo”, *o.c.* (n. 42), p. 292, a propósito de la doctrina de Bártolo, afirma que en el ámbito del pacto dispositivo el jurista determina la validez del pacto que tiene por objeto la *hereditas hominis incerti* (BARTOLO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 17, en relación con D. 17.2.3.2); Baldo sigue lo expuesto por Bártolo (BALDO, *ad Cod. de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 10), en este punto *vid.* G. VISMARA, “I patti successori in Baldo”, *o.c.* (n. 30), p. 363.
60. Transcribimos todo el pasaje dado que sólo así cobra sentido. C. 4.11: Imperator Iustinianus A. IOANNI P.P. *Quum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.* (a. 531).
61. En efecto, en Gai. III.100, el jurista ofrece un motivo de orden técnico: las estipulaciones o promesas que deben producir efecto después de la muerte del estipulante o promitente se consideran ineficaces o inútiles, en este sentido, G. VISMARA, *Storia...*, *o.c.* (n. 1), p. 124, n. 1, afirma que Gayo reconoce en realidad una *stipulatio cum moriar*, precedente del reconocimiento de

en los herederos o contra los herederos por razón de estipulaciones y de otras causas referidas a después de la muerte, y es este sentido, por tanto, el que debería considerarse aludido en la glosa; sin embargo, hay que tener en cuenta que el pasaje al completo recoge la novedad justiniana⁶² en cuanto a enmendar o suprimir esta norma antigua en cuya virtud quienes hubieran celebrado pactos sucesorios no tendrían derecho ni, por tanto, acción, para exigir su cumplimiento, así, la innovación justiniana permite, a partir del año 531, disponer de los bienes a causa de muerte a través de pactos sucesorios de forma que las partes que los celebraron tendrán acción para reclamar su cumplimiento, y todo ello por *pro communi hominum utilitate*⁶³.

Continúa la glosa con la cita de D. 39.6.18pr⁶⁴ — “*ss. de dona. causa mortis. l. mortis causa capimus*” —, situado en el título VI del libro XXXIX dedicado a las donaciones *mortis causa*, donde se afirma que la adquisición por causa de muerte puede producirse de forma directa por el fallecimiento del donante y porque este done un bien de alguien que causó sucesión, bien entendido en este último caso que ha de producirse el deceso del causante, dado que si este no sucede, lo donado deberá ser restituido, es decir, nuevamente se incide en la idea de indisponibilidad del patrimonio de un vivo que es, en realidad, cuestión esencial en cuanto a la prohibición general sobre los pactos sucesorios referida en C. 2.3.30.

2.3. La excepción a la nulidad: desde [...] *nisi ipse forte* [...], hasta [...] *clarius est introductum* [...]

Es en esta parte del texto justiniano donde se refiere la excepción a la nulidad de los pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero, en concreto, se prescribe que para evitar la invalidez del pacto, es necesario que quien causara la

la *stipulatio post mortem* de C. 8.37(38).11. Por su parte, G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 34, afirma en sentido similar que el juego que persigue Justiniano en C. 8.37(38).11 y C. 4.11 es hacer *tabula rasa* de estas sutilidades del derecho más antiguo y abolir expresamente el principio *ab heredis persona obligatio incipere non potest*.

62. A decir de G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 124, la validez de cualquier estipulación *post mortem* sólo fue reconocida por Justiniano.

63. M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, o.c. (n. 1), p. 75, asevera que los pactos realizados por aquel de cuya herencia se trata se reconocen plenamente, hecho que hace presumir que esos pactos sucesorios eran costumbre frecuente entre los ciudadanos de su Imperio; advierte la autora que C. 4.11 y también C. 8.37(38).11 no los ha visto citados y, por tanto, tratados, por la mayor parte de la doctrina que se dedica al estudio de los pactos sucesorios (en particular alude a la falta de tratamiento de Vismara), muy posiblemente, se trate de un error de cotejo dado que en particular, G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 124 y 362, sí que los trata aunque, bien es cierto, que no de manera prolija.

64. D. 39.6.18pr (Iulianus 60 dig.): *Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.*

sucesión fuera *sciens* y también *iubens* respecto del acuerdo, circunstancias que, a decir de Vismara⁶⁵, proporcionan la integración en un pacto dispositivo de un pacto sucesorio “institutivo”⁶⁶ verdadero y propio. A continuación, se aclara que la realización de pactos similares no es un hecho desconocido para la Cancillería Imperial, de forma que la relativa proliferación de pactos de esa naturaleza obliga a que esta tenga que concretar la forma de evitar la nulidad, así establece que sólo será válido el pacto si el que va a causar la sucesión lo conoce y consiente y persevera en dicho consentimiento hasta el momento de su fallecimiento⁶⁷. Esta condición necesaria para la validez del pacto suprime el inconveniente principal: el pacto es revocable *ad nutum*, a voluntad del *de cuius*, puesto que de esta es de la que depende la eficacia o ineficacia, así, tal y como concluye Vismara⁶⁸, en dicha perseverancia, es decir, en que el consentimiento alcance hasta el momento de su muerte, se contiene una manifestación análoga a la que podría ser la de declaración de última voluntad.

A decir de Capitant⁶⁹, Justiniano ha atenuado legalmente la prohibición de las estipulaciones o promesas *post mortem*, es decir, sin proclamar de manera absoluta la validez de los contratos *post mortem*, Justiniano decide que debían tenerse por lícitos los pactos que en la muerte ven no el nacimiento, sino la exigibilidad de un derecho (como ocurriría en C. 4.11, C. 8.38.2 e Inst. 3.19.13)⁷⁰. En efecto, a zaga de Vismara⁷¹, no se trataría de un pacto que atribuye a los contratantes la cualidad de herederos, sino que se trata de un pacto sucesorio adquisitivo a título particular y revocable.

Así lo sintetiza la gl. *accommodaverit*, ad C. 2.3.30:

-
65. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 11, el autor lo califica de “pacto sucesorio positivo”, al advertir de que incluso puede llegar a darse el caso de que fuera el propio causante de la sucesión el que hubiera promovido el pacto.
66. Esto es, un pacto sucesorio positivo adquisitivo a título universal, *vid.* G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 4.
67. E. NARDI, “I casi di indegnità...”, o.c. (n. 18), p. 109 no cree que Justiniano se limitara a exigir simplemente que los pactos fueran conocidos por quien causara la sucesión y no se opusiera, cree el autor que las personas que realizaran el pacto estarían obligadas a poner en conocimiento de quien iba a causar la sucesión, y este debía manifestar explícitamente su consentimiento que representaba, en cierto modo, un *iussum*.
68. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 101, avanza el autor (p. 102) que el *de cuius* conserva en todo momento la posibilidad de revocar el pacto, por tanto, Justiniano reconoce así un pacto dispositivo revocable a arbitrio del “instituyente”.
69. H. CAPITANT, “La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes”, *Studi in onore di Alfredo Ascoli: pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, 273–296, p. 276.
70. Así P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, París, 1924, p. 479–480.
71. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 102, quien añade que no es algo absolutamente extraño, dado que tal y como se dispone en D. 39.5.19.2 (Ulpianus 76 ad ed.). “*Non potest liberalitas nolenti adquiri*”, en el supuesto de una donación *mortis causa*, acto bilateral que participa de cierta naturaleza contractual, se puede revocar unilateralmente por el donante.

sed ipse non potest pacisci: ut. j. titu. j. l. cum donationis. Et de pactis conven. l. hereditas. Et sic not. quod non potest facere. scilicet pacisci: alij tamen consentit. sic. ss de manu vind. l. si pater. in fi. Item fructurarius manumittere non potest: ut j. de usufru. l. usufructu. matri tamen consentire potest manumitteri: ut j. communia de manu. l. j. Sic econtra quandoque potest per se, quod non potest per alium: ut. ss. de solu. l. fugitiv. et de vi et vi arm. l. cum fundum. et j. de thesau. l. nemo. lib. x. per stipulationem tamen potest fieri, ut si promittam tibi bona mea post mortem meam: ut j. ut actio. ab herede. l. j. et erit donatio causa mortis, vel inter vivos. ADDITIO. Dic quod ille casus est penitus divisus a casu legis nostrae, secundum Iaso. glo. tamen est vera in se, secundum eundem Barto. et Paul.

Comienza el texto de la glosa afirmando la generalidad de que los pactos sucesorios no son válidos y alude a varios textos en los que se declara su nulidad, en particular: C. 2.4.(33)34⁷² — “*j. titu. j. l. cum donationis*” —, texto en el que es importante la consideración que los emperadores hacen *in fine* cuando advierten que ninguno está obligado a cumplir lo prometido con oferta de su propia herencia, en particular, el texto de los emperadores Diocleciano y Maximiano, ubicado en el título IV del libro II dedicado a la *transactio*, refiere la condonación de una deuda entre hermanos que se origina en la tutela ejercida por uno de ellos (esto es, a la hora de rendir cuentas, se verifican unas deudas por parte de quien de ellos ejerciera la tutela sobre el otro), la condonación se realiza a través de transacción, es decir, que la deuda que el hermano que ejerció de tutor tenía con el otro le fue perdonada a través del correspondiente pacto, no por atribución de promesa hereditaria, puesto que no se deriva obligación de un pacto en el que se promete la propia herencia⁷³. Sigue con la cita de C. 5.14.5⁷⁴ — “*de pactis conven. l. hereditas*” —, el texto, perteneciente al título XIV del libro V del *Codex*, dedicado a los pactos realizados sobre la dote, las donaciones *ante nuptias* y los bienes parafernales, afirma taxativamente que los *heredes extranei* son llamados a la herencia exclusivamente a través de testamento⁷⁵, sin embargo el texto refiere el caso de que en lugar de en el testamento, fue en el

72. C. 2.4.(33)34: Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC CYRILLO ET PTOLOMAIDI. *Quum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis nec umquam volenti dolus inferatur, frustra de dolo querimini, nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur* (a. 294–305).

73. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 83 y 106, advierte que este rescripto no se ocupa de un pacto sucesorio institutivo, sino de la obligación de instituir heredero que es la que declara ineficaz.

74. C. 5.14.5: Imperatores Diocletianus, Maximianus. AA. CLAUDIO. *Hereditas extraneis testamento datur. Quum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intellegis te nulla actione posse convenire heredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur* (a. 290).

75. G. VISMARA, “‘Heredem instituere’ nelle fonti medievali, *Scritti di Storia Giuridica* 6, *Le successioni ereditarie*, Milano, 1988, 145–209, p. 200, afirma que la atribución de “hacer testamento” al verbo “*extraneare*” se desprende posiblemente del principio “*Hereditas extraneis testamento datur*” del texto, considerando al testamento como medio para atribuir a personas extrañas a la familia una parte del patrimonio.

pacto sobre la dote donde se contempló que, en el supuesto de fallecimiento de la esposa, los bienes de esta (excepto los que componían la dote) fueran a manos del marido, en tal caso, este no puede reclamar a los herederos de su esposa porque no fue válido el pacto — “*ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur*” —; se trata de un pacto con el que se pretende conseguir la finalidad propia del testamento que es, esencialmente, la institución de heredero, sin embargo, la atribución *mortis causa* a un *extranei* sólo puede producirse instituyéndolo heredero y este acto sólo es posible a través de testamento, es más, tampoco validaría el pacto el haberlo incorporado al instrumento dotal⁷⁶.

Tras estos dos ejemplos de clara nulidad de pactos sobre la herencia, sigue la gl. *accommodaverit*, ad C. 2.3.30, con la referencia a la necesaria voluntad concurrente de quien causa la herencia en el pacto, condición que redundaba en la evitación de la nulidad; en particular, dicha referencia se ejemplifica realizando un estudio sobre la voluntad concurrente a través de la cita de D. 40.2.4pr⁷⁷ — “*ss de manu vind. l. si pater. in fi.*” —, en el texto, situado en el título II del libro XL del Digesto de dedicado a la *manumissio vindicta*, se recoge que si un hijo manumite a un esclavo del *pater familias* con el permiso de este, es decir, si fue la voluntad del *pater* que ese esclavo fuera manumitido, aunque el padre falleciera intestado y el hijo desconociera el fallecimiento, se tendría por válida la manumisión realizada por el hijo y heredero puesto que se aplica igualmente el *favor libertatis*; sin embargo, si el padre hubiera prohibido la manumisión del esclavo, aunque el hijo lo ignorara, el esclavo no se tendría por manumitido puesto que prima, en todo caso, la *voluntas* del *pater familias*, esto es, recogiendo el sentir de D. 40.2.4pr, la glosa ha dispuesto que lo que uno no puede hacer *per se* puede que consienta que otros lo hagan⁷⁸. Otro supuesto de necesaria voluntad concurrente es el caso del usufructuario de un esclavo que por sí sólo no puede manumitir, y cita como ejemplo C. 3.33.9⁷⁹ — “*ŷ. de usufru. l. usufructu*” —, en efecto, el llamamiento consiguiente a C. 7.15.1pr⁸⁰

76. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 157, afirma que en C. 5.14.5 se sanciona la nulidad del pacto institutivo integrado en las convenciones dotes, al igual que en C. 6.20.3 se declara nulo el pacto renunciativo concluido también en los acuerdos sobre la dote.

77. D. 40.2.4pr (Iulianus 42 dig.): *Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem: nam si mutata fuerit, non erit verum volente patre filium manumisisse.*

78. Así, G. VISMARA, “I patti successori nella dottrina di Cino da Pistoia”, o.c. (n. 27), p. 256.

79. C. 3.33.9: *Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC. AUXANUSAE. Usufructu matri tuae praediorum et mancipiorum relicto tam alienatio quam manumissio interdicta est. Sane mancipia, quorum testamento ministerium matri relictum est, cum in his dominium non habet, nec tradendo cuiquam nec manumittendo ad testatoris heredem pertinentia quicquam faci* (a. 293).

80. C. 7.15.1pr: *Imperator Justinianus A. IULIANO P.P. Sancimus, si proprietarius servo, cuius usus fructus ad alium pertinebat, libertatem imposuit, non secundum antiquam observationem*

— “*j. communia de manu. l. j.*” — es clarificador, el texto se incluye entre los que se encuentran el título XV del libro VII del *Codex* sobre disposiciones comunes a las manumisiones, y recoge la necesidad de voluntad concurrente de propietario y de usufructuario respecto a la manumisión de un esclavo, sólo en tal caso, dicho esclavo se hace libre de pleno derecho.

Continúa la glosa con el estudio de la voluntad en relación con supuestos en los que el consentimiento ha de prestarse *per se*, no es posible *per alium*, así cita a D. 46.3.19⁸¹ — “*ss. de solu. l. fugitiv.*” —, ubicado en el título III, libro XLVI del Digesto dedicado a los pagos y las liberaciones, recoge el texto el caso de un esclavo fugitivo que sustrajo dinero a su dueño y lo prestó a un tercero, es opinión de Labeón que el prestatario está obligado con el dueño del esclavo fugitivo, no obstante, si el prestatario hubiera pagado al esclavo creyéndolo libre, la obligación con respecto al dueño cesa porque en todo caso, el dinero percibido por el esclavo fugitivo se hace de su dueño. Sin embargo, en el supuesto de que el prestatario le hubiera pagado a otro por orden del esclavo fugitivo, dicho pago no le libera con respecto al dueño del esclavo porque la cantidad satisfecha no revierte a su dueño; en el mismo sentido: D. 43.16.18pr⁸² — “*de vi et vi arm. l. cum fundum*” —, el texto se encuentra entre los que forman el título XVI del libro XLIII del Digesto dedicado a los interdictos *de vi* y *de vi armata*, el texto papiniano recoge el supuesto de venta de un fundo arrendado en cuya virtud el vendedor dispone que el comprador entre en la *vacua possessio* del inmueble, el arrendatario impide la posesión del comprador y este echa por la fuerza a aquel; resuelve el jurista que el colono está obligado por el interdicto *unde vi* al vendedor porque no importa a quién se hubiese impedido la posesión, tanto al mismo vendedor (propietario del fundo) como a otro enviado por su voluntad. El mismo comprador que después empleó

et libertatem cadere et eum sine domino intellegi esse, sed nec inveniri personam, cui res ad se venientes adquirat: sed si tam proprietarius quam usufructuarius libertatem ei consentientes imposuerant, pleno iure liberum eum effici et, si quid postea sibi adquisierit, hoc in bonis suis habere (a. 530).

81. D.46.3.19 (Pomponius 21 ad Sab.): *Fugitivus meus, cum pro libero se generet, nummos mihi subreptos credidit tibi: obligari te mihi labeo ait et, si eum liberum existimans solveris ei, liberari te a me, sed si alii solvisses iussu eius vel is ratum habuisset, non liberari, quia priore casu mei nummi facti essent et quasi mihi solutum intellegeretur. Et ideo servus meus quod peculiari nomine crediderit, exigendo liberabit debitorem, delegando autem vel novando non idem consequetur.*
82. D.43.16.18pr (Papinianus 26 quaest.): *Cum fundum qui locaverat vendidisset, iussit emptorem in vacuum possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit: de interdictis unde vi quaesitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. Dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum susceperit.*

la fuerza está obligado por el interdicto con respecto al colono, dado que el fundo no fue poseído por él mismo, sino por el vendedor a quien se le habría quitado la posesión. La expulsión del colono por la fuerza se considera mandato ilícito y, por tanto, no cabe auxiliar al comprador que expulsó por la fuerza, aunque dicha expulsión se hiciera por voluntad del vendedor. Con la misma idea de necesaria prestación de consentimiento *per se*, hay que considerar la cita de C. 10.15.1pr⁸³ — “*j. de thesau. l. nemo. lib. x.*” —, de este texto es relevante el hecho de que no se puede buscar en nombre propio un tesoro en tierra ajena contra la voluntad del dueño o ignorándolo este, si se produce el hallazgo de un tesoro en tierra ajena desconociéndolo o contraviniendo la voluntad del dueño, el tesoro deberá reintegrarse a este último; el caso es diverso si el tesoro se encuentra casualmente realizando cualquier labor en tierra ajena, entonces el hallazgo se divide por mitad entre el hallador y el dueño de la tierra.

Acaba la glosa aludiendo a C. 4.11.1 — “*j. ut actio. ab herede. l. j.*” —, texto ya sometido a consideración y que recoge la novedad justiniana en cuanto a enmendar o suprimir la norma antigua en cuya virtud, quienes habían celebrado pactos sucesorios no tenían derecho ni, por tanto, acción, para exigir su cumplimiento, es de notar la particular alusión al primer párrafo del texto, dado que la continuidad de su tenor es la que contiene la innovación justiniana relativa a la posibilidad de disponer de los bienes a causa de muerte a través de pactos sucesorios y, por tanto, las partes que los celebraron tendrán acción para reclamar su cumplimiento, en particular, esta novedad la recoge el propio texto de la glosa — “*per stipulationem tamen potest fieri, ut si promittam tibi bona mea post mortem meam*” — exento de cita a fuente romana, esto es, cabe estipular sobre el patrimonio propio para regular la sucesión, tal y como dispone el completo C. 4.11, que la glosa asimila a *donatio causa mortis, vel inter vivos*.

Es de notar que la propia glosa ofrece noticia de discusión doctrinal en cuanto a la admisión de los pactos sucesorios sobre la herencia de tercero, pues en la *additio in fine* a la gl. *accommodaverit, ad C. 2.3.30*: “*ADDITIO. Dic quod ille casus*

83. C. 10.15.1pr: Imperatores Leo, Zeno AA. EPINICO, Consulari. *Nemo in posterum super requirendo in suo vel alieno loco thesauro vel super invento ab alio vel a se effusis precibus pietatis nostrae benignas aures audeat molestare. Nam in suis quidem locis unicuique, dummodo sine sceleratis ac puniendis sacrificiis aut alia qualibet arte legibus odiosa, thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia) quaerere et invento uti liberam tribuimus facultatem, ne ulterius dei beneficium invidiosa calumnia persequatur, ut superfluum sit hoc precibus postulare, quod iam lege permissum est, et imperatoriae magnanimitatis videatur praevire liberalitas postulanda. In alienis vero terrulis nemo audeat invitis, immo nec volentibus vel ignorantibus dominis opes abditas suo nomine perscrutari. Quod si nobis super hoc aliquis crediderit supplicandum aut praeter huius legis tenorem in alieno loco thesaurum scrutatus invenerit, totum hoc locorum domino cedere compellatur et velut temerator legis saluberrimae puniatur. Quod si forte vel arando vel alias terram alienam colendo vel quocumque casu, non studio perscrutandi, in alienis locis thesaurum invenerit, id quod repertum fuerit dimidia retenta altera data cum locorum domino patiat. ita enim eveniet, ut unusquisque suis fruatur et non inhiat alienis (a. 474).*

est penitus divisus a casu legis nostrae, secundum Iaso. glo. tamen est vera in se, secundum eundem Barto. et Paul⁸⁴, dispone que la admisión de pactos en relación con la sucesión está muy lejos de algunas opiniones jurisprudenciales de su época, por ejemplo la de Jason del Mayno, sin embargo, sí se acoge por Bártolo y Paulo de Castro. En particular, a decir de Marín Padilla⁸⁴, Bártolo considera C. 2.3.30 como un caso especial porque el pacto no lo hace aquel de cuya herencia se trata, aunque sí que puede consentir en el pacto. Así, afirma Bártolo que en este caso, no se priva a la persona de cuya herencia se trata de la libre facultad de testar, puesto que puede cambiar de voluntad cuando quiera, es decir, puede dejar de consentir al pacto contraído sobre su herencia por terceros. Estos pactos sucesorios no se pueden considerar inmorales porque el tercero consiente⁸⁵.

Sigue la interpretación del texto con la gl. *in ea, ad C. 2.3.30*: “*scilicet voluntate*”, redundando en la relevancia de la voluntad del que provocará, en su momento, la sucesión; continúa con la gl. *tunc, ad C. 2.3.30*: “*scilicet quando ille de cuius hereditate fit divisio, consensit divisioni quam isti faciebant*”, abundando en el necesario consentimiento de aquel de cuya herencia se trata, en concreto, precisa el texto de la glosa que es necesaria la aquiescencia del causante en la división de su patrimonio hereditario tal y como fue concluida por los intervinientes en el pacto. Todavía más, en la gl. *acerbissima, ad C. 2.3.30*: “*id est ut praesumitur quod isti insidientur vitae eius: qua nisi essent boni, non praesumitur quod iste consentiret divisioni quam isti faciebant de bonis eius*”, el hecho del consentimiento del que va a causar la herencia en el pacto realizado, neutraliza los eventuales efectos perniciosos del acuerdo sobre la herencia de terceros, porque si aquel de cuya herencia se trata percibiera tales efectos — recordemos: *ir contra bonos mores* —, no habría consentido.

Como colofón a esta parte del texto, la gl. *constitutionibus, ad C. 2.3.30*: “*quas non habemus*”, determina que no existe norma jurídica anterior que otorgue validez a esos pactos, a pesar de que el texto del *Codex* reconociera que no es ignoto a leyes y constituciones anteriores, de suerte que lo que el emperador Justiniano ha hecho es ofrecer un reconocimiento explícito a lo que parece que ya se contemplaba, por lo menos, en la praxis; en efecto, la gl. *introducendum, ad C. 2.3.30*: “*per hanc. l.*” ratifica de forma tajante la novedad justiniana.

84. M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, o.c. (n. 1), p. 251.

85. Ya hemos revisado la opinión de Bártolo en cuanto a la admisión de la excepción a la regla general de nulidad de pactos sucesorios dispositivos que sintetiza espléndidamente G. VISMARA, “I patti successori nella dottrina di Bartolo”, o.c. (n. 42), *passim*. Paulo de Castro sigue la regla general: PAOLO, *ad C. 2 de pactis l. 30 de quaestione tali*, n. 1: “*conventiones seu contractus celebrati super hereditate tertii adhuc viventis sub spe ad ipsos devolvendae*” — en P. CASTRENSIS, *In primam Codicis partem, in secundam Codicis partem comentaria*, Venetiis 1594 —, esto es, no valen los pactos dispositivos a no ser que intervenga el consenso del *de cuius* y perseverare en dicho consenso hasta la muerte, al respecto *vid.* igualmente VISMARA, G., “I patti successori nella dottrina di Paolo di Castro”, o.c. (n. 43), p. 429.

2.4. Los efectos del pacto válido: desde *Iubemus etenim* [...], hasta el final

A la excepción de nulidad de los pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero la Cancillería añade una conclusión explicativa: a pesar de que estos pactos se reputan válidos *iubente et sciente* el tercero de cuya sucesión se trata, sigue sin poderse disponer sobre un patrimonio respecto del que todavía no hay ningún derecho. Así, concluye el texto afirmando que sobre las cosas del que iba a causar la herencia y contra su voluntad, no era admisible ni una donación, ni la constitución de una garantía real como por ejemplo una hipoteca, ni cualquier otro contrato⁸⁶. Como muy acertadamente recoge Michaélidès-Nouaros⁸⁷, la constitución no distingue entre contratos a título gratuito u oneroso, cita a título de ejemplo diversos supuestos que implican una general imposibilidad de disposición sobre un patrimonio sobre el que todavía es titular el tercero de cuya herencia se trata y que, además, su destino conforme al pacto sucesorio, está sujeto a que la voluntad de ese tercero sea perseverante. No en vano, en la gl. *iubemus, ad C. 2.3.30*: “*redit ad primum casum*”, se aclara que lo dispuesto por Justiniano, esto es, la excepción a la imposibilidad de pactos sobre herencia de tercero, se refiere a la anuencia del que va a causar la sucesión a dicho pacto, no a cualquier otro acto de disposición sobre su patrimonio; redundante en ello la gl. *talium, ad C. 2.3.30*: “*scilicet sic factas propter spem successionis: ut fuit in primo casu*”, que nuevamente, remite al caso planteado por el colegio de abogados de Cesarea en cuanto al contenido del pacto, esto es, sólo tendrá validez si así consiente quien de cuya sucesión se trata. Afán aclaratorio en sentido similar presenta la gl. *rerum, ad C. 2.2.30*: “*scilicet adhuc viventis*”, que puntualiza que se trata del patrimonio de alguien que todavía está vivo y sobre el que, por tanto, no cabe disponer por los que eventualmente le sucederán *mortis causa*.

Continúa el fragmento con una nueva explicativa, la gl. *pacisci, ad C. 2.2.30*:

scilicet sic ut dixi. ne fit contra ss. de contrahe. empt. l. rem alienam. sed videtur contra. ss. pro soc. l. iij. §. de illo. Solu. Ibi non de hereditate certae personae. Item contra. ss. de here. vendi. l. ij. illud. Sol. ibi abundat, maxime. Item contra. ss. de act. emp. l. si quis servum. Solu. ut ibi. Item videtur quod pactum huius. l. non est de futura successione: quia tunc est de futura successione, quando id agitur ut per pactum succedendo ad aliquem perveniat. Hic vero tale pactum non invenitur. Nec enim de eo dubitabatur, cum et ante Iustinianum hoc erat certum: ut. j. de col. l. pactu. et. ss. cod. l. pactum. j. et j. de inutil. stipula. l. ex eo. et ss. de verbo.

86. A decir de R. BONINI, “‘Interrogationes’ forensi...”, o.c. (n. 12), p. 288, esta exclusión final revela una contradicción con lo dispuesto en las líneas inmediatamente anteriores en cuanto a la validez del pacto *sciente et iubente* quien ha de causar la sucesión. A nuestro entender, la contradicción no es tal, se trata de la ratificación de la imposibilidad de disponer sobre un patrimonio (en este caso, la herencia que se espera recibir) cuando todavía no ha tenido lugar el hecho que provoca su adquisición: el fallecimiento del causante y, por tanto, la adquisición *mortis causa* de los bienes tal y como se dispuso en el pacto que sí fue válido al consentir y perseverar en el consentimiento el ya fallecido.

87. G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 109.

obliga. stipulatio hoc modo. Sed respondeo quod est futurae successionis, scilicet disponendae, quae ad eos erat devolvenda.

En esta glosa, en principio, se aportan citas de textos que refieren pactos realizados sobre patrimonio de tercero que son válidos, el primero es D. 18.1.28⁸⁸ — “*ss. de contrahe. empt. l. rem alienam*” —, en el texto, ubicado en el título I del libro XVIII dedicado a la compraventa, a los pactos de la compraventa y a las cosas que no pueden ser objeto de venta, se determina que cabe la venta sobre cosa ajena, ello no quita para que la cosa vendida pueda ser reclamada del comprador⁸⁹. Sigue la glosa con un texto analizado anteriormente que contiene un pacto posible, se trat de D. 17.2.3.2⁹⁰ — “*ss. pro soc. l. iij. §. de illo*” —, recordamos que este texto se encuentra entre los que forman parte del título II del libro XVII sobre la *actio pro socio*, en particular, Paulo recoge el supuesto de una sociedad constituida con el pacto de que si algún socio recibiera una *iusta hereditas*, esta se integre en el patrimonio de la sociedad, bien entendido que sólo es considerada *iusta hereditas* la que es herencia legítima, quedando fuera la que se adquiere por testamento, es decir, únicamente formaría parte del patrimonio de la sociedad la herencia adquirida *ab intestato*⁹¹. En el mismo ámbito del derecho sucesorio, D. 18.4.2.2⁹² — “*ss. de here. vendi. l. ij. illud*” —, ubicado en el título IV del libro XVIII del Digesto dedicado a la venta de la herencia y su acción, Ulpiano plantea si el que vende una herencia deferida por testamento fuera al mismo tiempo sustituto pupilar de dicha herencia, ¿formará parte del patrimonio vendido la que fuera herencia del impúber? En principio, la herencia del impúber no se comprende en la venta, dado que aunque el testamento sea único, los patrimonios son diversos; sin embargo, si la herencia del impúber se hubiera deferido ya, este patrimonio sí que se entiende incluido en la venta; este texto ejemplifica la posibilidad de disposición

88. D. 18.1.28 (Ulpianus 41 ad Sab.): *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.*

89. En efecto, considera Cino de Pistoia que, sobre la eventual ilicitud del pacto dispositivo sancionada por C. 2.3.30, se había opuesto que según D. 18.1.28 es lícito pactar sobre cosa de otro con el ánimo de obligarse a si mismo, al respecto *vid.* G. VISMARA, “I patti successori nella dottrina di Cino da Pistoia”, *o.c.* (n. 27), p. 257.

90. Cuyo tenor transcribimos nuevamente: D. 17.2.3.2 (Paulus 32 ad ed.): *De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenerit etiam ea quae testamento? Et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.*

91. Recordemos que a decir de G. VISMARA, *Storia...*, *o.c.* (n. 1), p. 93, n. 1, se trata de una excepción a la nulidad de los pactos dispositivos junto con la recogida en C. 2.3.30. *Vid. supra* n. 59.

92. D. 18.4.2.2 (Ulpianus 49 ad Sab.): *Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem pervenit, ex empto actioni locum faciat. et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est: licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. Plane si hoc actum sit, dicendum erit etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.*

sobre el patrimonio del tercero (impúber) cuando dicho patrimonio ha sido objeto de preceptiva transmisión (herencia ya deferida). Continúa con la cita de D. 19.1.23(24)⁹³ — “*ss. de act. emp. l. si quis servum*” —, texto que se encuentra entre los que forman parte del título I del libro XIX del Digesto dedicado a las acciones derivadas del contrato de compraventa, Juliano acalara que si se produce la venta de un esclavo que ha sido manumitido con su peculio, habiéndolo manumitido *ante traditionem*, se obliga el vendedor por ese peculio y por lo que herede después del liberto (prestando, además, caución de entrega al comprador), a lo que Marcelo añade que el vendedor debería entregar al comprador lo que el esclavo hubiera adquirido si el esclavo no hubiera sido manumitido, esto es, la compraventa así realizada incorpora acuerdo sobre la herencia de un tercero (el liberto)⁹⁴.

Tras estos ejemplos de pactos válidos que permitirían disponer sobre patrimonio de terceros pero que no se integran en el caso de la validez del pacto dispositivo *sciente et iubente* el *de cuius* de C. 2.3.30, la glosa reconduce la argumentación reiterando la pregunta inicial en relación con la viabilidad del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero, aunque de modo más generalista hasta el punto que la cuestión puede reducirse a si es posible la sucesión contractual — “*id agitur ut per pactum succedendo ab aliquem perveniat*” —, dado que ciertamente, dicha posibilidad parece que no existe antes de Justiniano y de ahí la duda. Parece que como respuesta, la gl. *pacisti*, *ad C. 2.3.30* cita nuevamente textos que ejemplifican de modo hermenéutico la nulidad de algunos pactos, entre estos: C. 6.20.3⁹⁵ — “*ĵ. de col. l. pactu.*” — y — “*ss. cod. l. pactum. j.*” — que refiere la obligación de colacionar de la hija dotada si concurre a la herencia intestada al tiempo que reputa nulo el pacto dotal en cuya virtud se prohíbe a la hija dotada reclamar la herencia paterna que le correspondería, en efecto, la desheredación sólo podía hacerse en el testamento de forma que si el *pater* hubiera fallecido *ab intestato*, la hija habría sido llamada a la sucesión con la obligación de colacionar, esto es, el heredero legitimario no podía renunciar contractualmente a la sucesión

93. D. 19.1.23(24) (Iulianus 13 dig.): *Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculii nomine, quod servus habuit tempore quo manumittebatur, sed et eorum, quae postea acquirit, tenetur et praeterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, restitutu iri. Marcellus notat: illa praestare venditor ex empto debet, quae haberet emptor, si homo manumissus non esset: non continebuntur igitur, quae, si manumissus non fuit, adquisiturus non esset.*

94. G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 114, n. 2. En efecto, en el ámbito del pacto dispositivo Bártolo realiza diferentes distinciones: afirma la validez del pacto que tiene por objeto la *hereditas hominis incerti* (BARTOLO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 17 en relación con D. 17.2.3.2 que acabamos de tratar), sin embargo, el pacto que tiene por objeto la *hereditas hominis certi* sólo será válido si depende de un contrato anterior lícito (BARTOLO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 17, en referencia a D. 19.1.23).

95. C. 6.20.3: Imperator Alexander Severus A. ALEXANDRO. *Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote quae in matrimonio collocabatur nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbat nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane quam accepit fratribus qui in potestate manserunt conferre debet* (a. 230).

futura dado que, como asevera Vismara⁹⁶, el heredero testamentario no puede realizar un pacto renunciativo con el mismo testador puesto que no hay herencia antes del fallecimiento y, por tanto, el pacto sería nulo por falta de objeto⁹⁷. Sigue la ejemplificación de pactos nulos desde la perspectiva de la transgresión de las buenas costumbres, a este respecto, el inicio de las citas lo marca la de C. 8.(39)38.4 — “*j. de inutil. stipula. l. ex eo.*”⁹⁸ —, ubicado en el título XVIII del libro VIII del *Codex* sobre las estipulaciones inútiles; el texto parece considerar inválido todo lo que se estipula en contra de las buenas costumbres y de modo general, reputa inválido el pacto sobre una sucesión futura porque va en contra de aquellas, de suerte que dicho acuerdo no sería susceptible de reclamación. La prohibición de pactos sucesorios con el fundamento de ser contrarios a las buenas costumbres es una constante que se retiene propia de la moral romana⁹⁹, en cuanto a que se considera implícito el ataque a la libertad de testar directamente relacionada con la de instituir heredero¹⁰⁰, incluso para algunos¹⁰¹, la influencia del cristianismo en la configuración de esa moralidad que ocasionaría la nulidad de los pactos sucesorios es reveladora, aunque la causa pudiera descansar igualmente en razones de índole jurídica¹⁰², por ejemplo, el caso evidente de nulidad de las estipulaciones que tienen objeto imposible, cual sería dar una herencia que no haya sido causada¹⁰³. El siguiente texto citado es D. 45.1.61¹⁰⁴ — “*ss. de verbo. obliga. stipulatio hoc*

-
96. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 150–152 quien afirma además (p. 154, n. 2) que el principio de la nulidad de los pactos renunciativos se encuentra formulado de manera particular en relación con el pacto de renuncia de la hija dotada sobre la herencia del padre — D. 38.16.16 y C. 6.20.3 — porque este era el caso que más frecuentemente se producía en la práctica.
97. G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 69, quien aduce, además, motivos de orden público y, por tanto, normas de *ius cogens* en relación a los principios aplicables a la sucesión de las hijas, la cuarta falcidia, la sucesión *contra tabulas* y el *ius adgnationis*.
98. C. 8.(39)38.4: Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. et CC. DOMNAE. *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint* (a. 293).
99. P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano VI, Le successioni*, Roma, 1930, p. 172; M. KASER, “*Rechtswidrigkeit...*”, o.c. (n. 45), p. 124 y el mismo autor en *Das Römische Privatrecht I*, München, 1971, p. 251, n. 54, aunque en esta sede matiza su afirmación dado que considera que la desaprobación moral es clásica y, por tanto, habría que estar al caso.
100. Así G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 83, quien afirma, no obstante (p. 90, n. 1) que de este texto no es posible recabar una conclusión sólida respecto a la inmoralidad de los pactos institutivos.
101. Entre ellos, así B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, o.c. (n. 45), p. 67.
102. Así, E. VALIÑO, “*Los precedentes clásicos...*”, o.c. (n. 23), p. 475.
103. E. VALIÑO, “*Los precedentes clásicos...*”, o.c. (n. 23), p. 481–482, quien añade que respecto de la herencia no puede decirse que se encuentre en germen hasta que haya sido causada, es más, en la estipulación sobre la herencia no se indica que se trata de una cosa futura.
104. D. 45.1.61 (Iulianus 2 ad Urs. Ferozem): *Stipulatio hoc modo concepta: «si heredem me non feceris, tantum dare spondes?» Inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*

modo” —, texto incluido entre los que forman parte del título I del libro XLV del Digesto dedicado a las obligaciones verbales, en el que Juliano determina que la renuncia a ser heredero a cambio del pago de determinada cantidad va en contra de las buenas costumbres. A decir de Vismara¹⁰⁵, el texto alude a la nulidad del pacto que como cláusula penal pretende obligar al testador a instituir heredero a una determinada persona, en este sentido, debe tenerse en cuenta la diferenciación básica entre pacto institutivo y obligación de instituir heredero, por tanto, el texto no recogería una afirmación generalista en relación con los pactos sucesorios, sino una relacionada con la de la institución de heredero. En efecto, la prohibición de esta *stipulatio poenae* es una de las medidas tomadas en el inicio del Principado contra la especulación de los que persiguen herencias ajenas¹⁰⁶.

Recupera de nuevo la glosa la referencia a la antigua prohibición de pactos sucesorios sobre la herencia de tercero en la gl. *secta temporum*, ad C. 2.3.30: “*id est nos qui sequimur alios imperatores, non patimur. et facit. ss. de aqua plu. arc. l. in diem. et ss. de his qui sunt sui vel alie. iur. l. ij. §. sed dominorum*”, y cita para ello a D. 39.3.9pr¹⁰⁷ — “*ss. de aqua plu. arc. l. in diem.*” —, texto ubicado en el título III del libro XXXIX del Digesto sobre la acción de contención del agua de lluvia, en el que Paulo afirma que en la venta a término de un inmueble, es necesario el concurso de voluntades del comprador y del vendedor en cuanto a que la cesión de agua se realizó teniendo en cuenta la voluntad del dueño, en clara alusión ejemplificativa a la necesidad de voluntad concurrente de quien va a causar la sucesión en el pacto que otros realizan sobre su herencia.

El último de los textos a los que hace referencia la gl. *secta temporum*, ad C. 2.3.30 es a D. 1.6.2¹⁰⁸ — “*ss. de his qui sunt sui vel alie. iur. l. ij. §. sed dominorum*” —, ubicado en el título VI del libro I del Digesto cuya rúbrica reza “*de his, qui sui vel alieni iuris sunt*”, y del que interesa especialmente el giro “*sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur his*

105. G. VISMARA, *Storia...*, o.c. (n. 1), p. 78; G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 71 y 76.

106. *Vid.* sobre el particular: G. MICHAÉLIDÈS NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 52, 56, 58, 59.

107. D. 39.3.9pr (Paulus 49 ad ed.): *In diem addicto praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emptorem sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquae cessionem.*

108. D. 1.6.2 (Ulpianus 8 de off. procons.): *Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi pii ad aelium marcianum proconsulem baeticae manifestabitur. Cuius rescripti verba haec sunt: «dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia iulii sabini ad statuum confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami iniuria affectos cognoveris, veniri iube ita, ut in potestate domini non revertantur. Qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius exsecuturum». Divus etiam hadrianus umbricium quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset.*

qui iuste deprecantur”, esto es, aludir al interés general de que no se deniegue el auxilio contra la sevicia, el hambre, o una injuria intolerable a quienes lo piden con justicia, aunque aparentemente la cita del texto puede parecer fuera de lugar, a nuestro entender quizá se trata de la inclusión de una proclamación general de contravención de las buenas costumbres, independientemente de que además, se haya vulnerado una regla o principio jurídico.

En definitiva, en las glosas de esta última parte de C.2.3.30 se realiza un verdadero análisis sobre los efectos del consentimiento del tercero y, por tanto, sobre el momento de la eficacia del pacto sucesorio. El consentimiento del tercero (que ha de tener capacidad suficiente para realizar negocios jurídicos) de cuya herencia se trata ha de ser constante y se concreta en un acto unilateral y revocable *ad nutum*, por tanto, la eficacia del pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero es relativamente precaria y con innegable grado de incertidumbre¹⁰⁹ dado que no se producirá hasta que se produzca el fallecimiento.

3. Nota conclusiva

Del análisis realizado y siguiendo a Vismara¹¹⁰, se concluye esencialmente que la Glosa se mantiene anclada en los textos romanos y preocupada absolutamente por la búsqueda del significado filológico, de forma que comete el mismo error que el Derecho romano, no acomodarse de manera explícita a la realidad social del momento; en efecto, la estructura de la sociedad medieval estaba fundada sobre una concepción de la familia cuya unidad se identificaba entorno al patrimonio doméstico, de forma que para mantenerlo íntegro, se buscan mecanismos fuera del estricto dictado del Derecho civil cuyos fundamentos sucesorios se reducen al testamento y, en su caso, a la sucesión legítima. El Derecho civil, sobre la base del Derecho romano, admite sólo en determinadas excepciones a los pactos sucesorios, en nuestro caso, la de C.2.3.30. Estas excepciones posibilitarán que la fractura entre estructura social y junto a ella, los derechos particulares o estatutarios que se fundamentaban sobre dichos pactos (por ejemplo, el antiguo Derecho longobardo o el Derecho feudal que incluye pactos sucesorios en contratos matrimoniales) y el Derecho civil, no sea tan abierta –a imagen de lo que en su momento sucedió entre el *ius civile* romano y la praxis provincial del momento¹¹¹.

En definitiva, otorgar validez a través de excepciones a la nulidad de pactos sucesorios a estos pactos dispositivos que, esencialmente, iban dirigidos a dividir o repartir un patrimonio hereditario, constituían una forma eficaz para que la

109. G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *Contribution...*, o.c. (n. 2), p. 110, quien añade que este carácter esencialmente revocable es de orden público, de suerte que el tercero de cuya herencia se trata no podrá renunciar contractualmente a su ejercicio.

110. G. VISMARA, “I patti successori nella dottrina di Bartolo”, o.c. (n. 42), p. 276.

111. Vid. M^a L. MARÍN PADILLA, *Historia...*, o.c. (n. 1), p. 22–25.

sucesión hereditaria lograra la conservación de un mismo orden familiar y social, obviando, en ocasiones, el orden de los sucesores y las cuotas hereditarias¹¹².

Así, los juristas medievales, no ignoran los pactos sucesorios intentando lograr un equilibrio entre la praxis cotidiana¹¹³ y el absoluto respeto a la *littera* de las fuentes del Derecho romano, no olvidemos la significación de la gl. *accommodaverit*, ad C. 2.3.30: “[...] *per stipulationem tamen potest fieri, ut si promittam tibi bona mea post mortem meam [...] et erit donatio causa mortis vel inter vivos*”¹¹⁴”, así como la validez del pacto dispositivo sobre la herencia de un tercero de C. 2.3.30 que se reputa válido¹¹⁵ si el causante consiente y persevera en esa voluntad hasta el momento de su fallecimiento.

112. G. VISMARA, “I patti successori in Baldo”, o.c. (n. 30), p. 366.

113. Parece que el recurso a pactos sucesorios debía de ser frecuente, no en vano Baldo afirma que se trata de una *quaestio quotidiana* — BALDO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 19.

114. Cuyo tenor recoge BARTOLO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 10: “*et vide glossam s. v. accommodaverit in fine, quam nota et tene menti*”, aunque en el acto se observa una *mortis causa donatio*, que es revocable — por tanto, no un pacto adquisitivo irrevocable — y que, de esta forma, no priva de la libertad de testar y, además, permanece intocable la falcidia del heredero (BARTOLO, *ad Cod. 2, de pactis, l. 30 de quaestione*, n. 11). Baldo sigue el camino iniciado por su maestro de suerte que afirma que la sucesión hereditaria se regula por las reglas del *ius commune*, en un acuerdo o incluso en la propia naturaleza del acto — BALDO, *Consilia III*, 199, nn. 1, 4 y 5: “*quaedam est successio ordinata per viam iuris communis, quaedam ordinata per formam contractus, quaedam ordinata per propriam naturam actus.*”

115. En la actualidad, en ordenamientos civiles en los que la celebración de pactos sucesorios es prácticamente imposible, se tienen como válidos aquellos que distribuyen una herencia, es decir, pactos que ahorran la posterior acción de división de herencia si es que en esta no se llegaron a realizar atribuciones. Esa posibilidad es la que recoge, por ejemplo, el Derecho civil español, para el que la sucesión contractual no es posible, *ex* artículo 1056 del Código Civil, cuyo tenor actual es, precisamente, producto de modificación operada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modificó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que pretendió adecuar las normas sobre sucesión hereditaria a una realidad socioeconómica particular y novedosa, en particular, el artículo reza: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados [...]”.

RIDA

65²⁰¹⁸

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3^e série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2^e série de la *Revue Internationale des Droits l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA).

Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

Sommaire

In memoriam

Jakub URBANIK, In Memoriam *Joseph Méléze-Modrzejewski*

Droit romain

Pascal PICHONNAZ, *La liberté contractuelle et l'interdiction de certains jeux d'argent* ; Gregor ALBERS, *La perpetuazione dell'obbligazione: un concetto paolino* ; Federica BERTOLDI, *L'esecutore testamentario nel diritto romano* ; Filippo BONIN, *Tra interesse pubblico e teologia politica: l'episcopalis audientia in età costantiniana* ; Stefania FUSCO, *La pudicitia come fondamento dello statuto etico-giuridico della donna romana* ; Dobromila NOWICKA, *A few remarks on the interpretation of D. 47.10.15.29 in the context of the edict ne quid infamandi causa fiat* ; Isabella PIRO, *Matrimonio e conubium. Brevi riflessioni alla luce di Gai. 1.55–88* ; Janne Pölönen, *Religion in Law's Domain: recourse to supernatural agents in litigation, dispute resolution, and pursuits of justice under the Early Roman Empire* ; Stefania RONCATI, *Donne e vino nell'antichità: una storia di divieti?* ; Giovanni TURELLI, *La nozione di populus in Alfeno* ; Rick VERHAGEN, *Chirographs in Classical Roman Law. Constitutive or Probative?*

Réception du droit romain

Carmen LÁZARO GUILLAMÓN, *La prohibición de pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero: C. 2.3.30 y glossae ad textum* ; Antonio SACCOCCIO, *La consensualità del mutuo reale. Continuità e discontinuità nella disciplina del contratto di mutuo tra diritto romano, Italia e Cina* ; José Luis ZAMORA MANZANO, *Habeas Corpus como instrumento de protección de la libertad: perspectiva romanística a través del interdicto de homine libero exhibendo*

Droit byzantin

Hylkje DE JONG, *Fullness of Κουστωδία/Φυλακή (Custodia) in Early Byzantine Law*

Hommage à Berthold Kupisch

Jeroen CHORUS, *In Integrum Restitutio under Classical Roman Law, Particularly on the Ground of Metus, and Berthold Kupisch*

Chroniques

Jean-François GERKENS, *La SIHDA à Cracovie*
Ouvrages reçus par la direction

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-230-3



9 782875 622303