

## GAI 2.155 E IL « BENEFICIUM » DELL'« HERES NECESSARIUS »

1. — Nel quarto volume dei suoi studi sul concorso dei creditori nel diritto romano<sup>1</sup> Siro Solazzi discute ampiamente — in piccola parte accettandole, in gran parte combattendole — le idee da me espresse in due articoli di alcuni anni fa, l'uno sul così detto *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*<sup>2</sup> e l'altro sul precedente romano del concordato preventivo giudiziale, il *pactum quo minus solvatur* fra gli eredi e i creditori ereditari<sup>3</sup>.

a) Quanto al *beneficium* dell'*heres necessarius*, il Solazzi<sup>4</sup> aderisce oggi alla difesa, che ebbi a fare proprio contro di lui, della classicità dell'istituto, ma nega tuttavia molto recisamente che esso si sostanziasse, in diritto classico, nella limitazione del concorso dei creditori ereditari ai soli *bona defuncti* (come ci attesterebbe, a tacer d'altro, Gai 2.155), e sostiene che il *beneficium* consistesse, sempre in diritto classico, unicamente nella esclusione di ogni ulteriore *bonorum venditio*, dopo la prima vendita in blocco di tutto il patrimonio dell'erede.

b) Quanto al *pactum ut minus solvatur*, il Solazzi<sup>5</sup> conferma la sua convinzione circa la classicità dell'istituto, nel senso di concordato di maggioranza, opponendosi al mio tentativo di spiegare il *pactum* come concordato giudiziale, sí, ma non di maggioranza, perché intimamente collegato con la procedura dell'*interrogatio in iure* dell'erede da parte dei creditori ereditari.

Come spesso avviene quando si discute, per quella parte in cui le mie idee non sono parse convincenti all'illustre contraddittore, non sem-

\* In *SDHI.* 10 (1944) 240 ss.

<sup>1</sup> *Il concorso dei creditori nel diritto romano* 4 (Napoli 1943).

<sup>2</sup> *ZSS.* 60 (1940) 185 ss. (citato in seguito: *Beneficium*).

<sup>3</sup> *Studi Scorza* (Roma 1940) 443 ss.

<sup>4</sup> *Concorso* 4.70 s.

<sup>5</sup> *Concorso* 4.96 s.

pre questi le ha interpretate esattamente: del che non dubito dovermi io dolere esclusivamente con me stesso, per non essere forse stato abbastanza chiaro nell'esprimermi e nel dimostrare. E se tutto fosse qui, io non scriverei certo queste note, né certo le scriverei per conclamare — secondo un malvezzo che si va diffondendo tra noi più giovani — l'assoluta indistruttibilità delle mie tesi, che indistruttibili certo non sono. Ma la verità è che le repliche del Solazzi, da me convenientemente meditate, pur avendomi convinto di alcune inesattezze in cui ero incorso nei due precedenti studi, non sono riuscite, almeno a mio parere, a scalfire la sostanza delle tesi da me sostenute. Ora, mentre ritengo che del *pactum quo minus solvatur* dovrò tornare ad occuparmi tra non molto, nel corso di un più ampio lavoro che ho in corso, non prevedo di poter del pari inserire un rinnovato studio del *beneficium* dell'*heres necessarius* in altro lavoro futuro.

Scrivo perciò queste pagine, volte ad esaminare i problemi di Gai 2.155 e del *beneficium* del *servus cum libertate institutus*, per difendere, per quel che posso, le mie idee, chiarendone, ove necessario, la dimostrazione. Non è, insomma, una polemica che io voglio fare, un'altra poco utile, poco riguardosa e forse anche poco accorta polemica contro uno studioso che, per somma acutezza di ingegno, per lunga esperienza e per assoluta probità scientifica merita da noi tutti ogni riguardo, e che ha in me il più affezionato e ammirato dei suoi allievi. Non una polemica, ma una serena discussione, nello sforzo comune di penetrare la verità della storia. Giudichi prima d'ogni altro il Maestro, nella sua solita scrupolosa obbiettività, chi fra noi possa aver ragione, e quanto.

## 2. — Riporto anzitutto i testi che attengono all'argomento.

Gai 2.154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo [vel etiam ulteriore]<sup>6</sup> gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis, quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio, sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur. 155. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur;*

<sup>6</sup> Per questo glossema, cfr. da ultimo SOLAZZI, *Concorso* 4.71 nt. 2.

*et quamvis pro portione<sup>7</sup> bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, veluti si Latinus adquisierit<sup>8</sup>, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire solent<sup>9</sup>.*

D. 42.6.1.18 (Ulp. 64 ad ed.): *Item sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit separetur: sed et si quid ei a testatore debetur.*

D. 2.14.7.18 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur [quod sub condicione heres scriptus fuerat]<sup>10</sup>, non profuturum pactum Vindius scribit: Marcellus autem libro octavo decimo digestorum et suum heredem et servum necessarium pure scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat recte pacisci, quod verum est...<sup>11</sup>.*

D. 4.4.7.5 (Ulp. 11 ad ed.): *...Non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem...*

L'insegnamento di questi frammenti è facilmente riassumibile. Affermatasi l'usanza da parte dei debitori, poco sicuri della loro solvibilità, di istituire *liberum et heredem* uno schiavo<sup>12</sup>, affinché su quest'ul-

<sup>7</sup> Il Veronese ha *propter contractione*. L'emendazione è del Heise.

<sup>8</sup> Savigny integra *veluti si ex eo quod Latinus rell.* Huschke: *veluti si Latini bonis, quae adquisierit, locupletior factus sit.*

<sup>9</sup> Kuebler corregge *venire solent*. Goeschen: *solent*.

<sup>10</sup> Cfr. LENEL, in ZSS. 39 (1919) 127 ss.

<sup>11</sup> Per una completa esegesi del frammento, cfr. da ultimo *Beneficium* 200 ss.

<sup>12</sup> In *Beneficium* 197, ho detto, poco chiaramente, che «l'*institutio cum libertate* non è una manumissione né arieggia ad essa, tanto è vero che... ai Romani non venne neanche lontanamente in testa di ravvicinarla alla *manumissio in fraudem creditorum*». Giustamente il SOLAZZI 76 nt. 3, parla di affermazioni «nuove, ma infondate», perché la *institutio servi cum libertate* contiene certamente una manumissione. Faccio notare, tuttavia, che la mia inesattezza era di forma, non di sostanza: a pag. 213 dell'accennato scritto io notavo, difatti, che il nostro istituto portava una notevole deroga alle disposizioni della legge *Aelia Sentia* (dunque, sapevo bene che si trattava di una manumissione). Ciò premesso, passo a chiarire il mio pensiero sulla *institutio servi cum libertate*. L'*institutio* in parola conteneva certamente una manumissione («*Stichus servus meus liber heresque esto*»), ma la

timo e non sulla loro memoria cadesse l'infamia della eventuale *bonorum venditio*, il pretore prese a proteggere per quel che poteva questo *heres necessarius*, accordandogli il beneficio di sottrarre all'eventuale *venditio bonorum* chiesta dai creditori ereditari i beni da lui acquistati dopo la morte del testatore (Gai 2.155), e di sottrarli ricorrendo allo stesso istituto della *separatio bonorum* accordata ai creditori ereditari per sottrarre i beni del defunto alle pretese dei creditori dell'erede (D. 42.6.1.18). Requisito essenziale per l'esercizio di questo diritto fu che gli *heredes necessarii*, alla pari dei *sui et necessarii*, non si fossero immischiati nei *bona defuncti* (D. 42.6.1.18, 2.14.7.18): il minorenni era peraltro restituito in intero, qualora avesse già effettuato l'*immixtio* (D. 4.4.7.5).

La *communis opinio*<sup>13</sup> accetta integralmente l'insegnamento di queste fonti, sia per diritto classico che per diritto giustiniano<sup>14</sup>. Tuttavia, in netto contrasto con essa, il Solazzi ha di recente sostenuto<sup>15</sup>: a) che Gai 2.155 è interamente glossato; b) che D. 2.14.7.18, « anche se fosse genuino, sarebbe irrilevante », perché « la *separatio* non è un presupposto necessario del *pactum ut minus solvatur* concluso dal servo erede »; c) che D. 4.4.7.5 è molto sospetto; d) che D. 42.6.1.18 non è ulpiano. Sollevato il problema ed accennato implicitamente il suo convincimento, il Solazzi non ha voluto ancora dichiararsi, in quella

manumissione non solo era presupposto essenziale della istituzione di erede, ma era a questa tanto intimamente avvinta, da potersi dire che essa perdeva ogni propria fisionomia, per essere assorbita dall'*heredis institutio* come mezzo al fine. I Romani non videro, cioè, nella *institutio servi cum libertate*, una manumissione distinta dall'istituzione di erede (ché altrimenti non si sarebbe potuto sfuggire alle sanzioni della *lex Aelia Sentia*), né vi videro una istituzione di erede come tutte le altre (ché altrimenti si sarebbe riconosciuto allo schiavo liberato il diritto di rinunciare all'eredità per non subire l'infamia), ma vi scorsero una *heredis institutio sui generis*, attuantesi mediante una manumissione, in forza della quale il servo, per il solo fatto di essere divenuto libero, diventava *necessitate iuris* erede: e si noti che lo stesso Sabino (il cui parere è citato da Gai 2.154) non sostenne che il servo manomesso potesse rinunciare all'eredità, ma solo che sul suo capo non fosse fatta ricadere, in linea eccezionale, l'infamia conseguente alla *bonorum venditio*. Fu per questa via, io credo, che « ai Romani non venne neanche lontanamente in testa di ravvicinare l'*institutio cum libertate* alla *manumissio in fraudem creditorum* ».

<sup>13</sup> Cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>7</sup> (Napoli 1943) 553.

<sup>14</sup> L'origine postgaliana di Gai 2.155 fu affermata, prima ancora che dal Solazzi, dal KRIEGER, *Gai Inst.* II. 2.31 nt. 9, 290.

<sup>15</sup> *Diritto ereditario* 2 (Napoli 1932) 252 ss. Su Gai 2.155 v. anche SOLAZZI, in *SDHI.* 6 (1940) 335.

occasione, per la non classicità del *beneficium separationis*, lasciando la questione *sub iudice*<sup>16</sup>.

Della critica del Solazzi io accettai<sup>17</sup> soltanto la parte relativa a D. 42.6.1.18, che mi parve e mi pare veramente decisiva, e sostenni: a) che il *beneficium* dell'*heres necessarius*, così come è descritto nella prima parte di Gai 2.155, era un istituto classico e che inattaccabili sono, inoltre, anche le testimonianze implicite di D. 2.14.7.18 e di D. 4.4.7.5; b) che il *beneficium* dell'*heres necessarius* nulla ebbe a che vedere, in diritto classico, con la *separatio bonorum*, e che esso fu sviluppato dalla giurisprudenza classica in analogia con la *facultas abstinendi* degli *heredes sui et necessarii*; c) che la sistemazione dell'istituto in calce alla teoria della *separatio bonorum* fu opera esclusiva della scuola postclassica, opera approvata e potenziata dai compilatori giustiniane<sup>18</sup>.

Oggi finalmente il Solazzi — e mi lusingo che ciò sia anche avvenuto in forza delle mie osservazioni — non è più dell'avviso che il *beneficium* dell'*heres necessarius* sia tutto una creazione postclassica, né più ritiene che Gai 2.155 sia tutto frutto di un glossema; ma dichiara: a) che un *commodum* fu certamente riconosciuto nel diritto classico all'erede necessario; b) che questo *commodum* nulla ebbe in comune con la *separatio bonorum*; c) che il *commodum* consistette nel rifiuto opposto dal pretore ai creditori ereditari circa ogni ulteriore *missio in possessionem* dopo la prima *bonorum venditio*. Qualcosa di meno, nel contenuto, di quel che io ritenevo e ritengo<sup>19</sup>, ma quanto basta per mettere il *beneficium* dell'*heres necessarius* al riparo dall'accusa di aver importato uno strappo al principio fondamentale per cui la *bonorum*

<sup>16</sup> V. contro queste conclusioni BIONDI, *Corso, Dir. ereditario, Parte generale* (1934) 93.

<sup>17</sup> *Beneficium* 191 ss.

<sup>18</sup> Dato che questa è la mia teoria, trovo poco esatto annoverarmi, come il SOLAZZI 85, fa, tra i difensori dell'opinione comune (v. anche ARANGIO-RUIZ, *cit.* 553 nt. 1). Io ho difeso l'opinione comune solo in quanto mi sono opposto alla tesi del carattere postclassico del *beneficium*: per il resto credo di aver detto qualcosa di ben diverso dalla *communis opinio*. In particolare, osserverò che non mi ha, forse, ben inteso il Solazzi, quando mostra a più riprese, di ritenere che, secondo me, la *separatio bonorum* fosse concessa anche all'*heres necessarius*: io ho sostenuto, infatti, persino il carattere non classico della terminologia *beneficium separationis*.

<sup>19</sup> Tanto più che io stesso ammettevo (*Beneficium* 189) che ben poco avrebbe potuto ricavarsi, con la prima *bonorum venditio*, in più dei *bona hereditatis*.

*venditio* non poteva essere parziale, ma doveva essere necessariamente totalitaria<sup>20</sup>.

La nuova teoria del Solazzi mi fornirà, peraltro, qualche motivo di più per insistere nella mia tesi. Vedremo fra poco, infatti, che il *beneficium* dell'*heres necessarius* non poté essere nemmeno di pochissimo più ristretto nel contenuto di quanto indichi Gai 2.155, e che perciò o lo si accetta integralmente quale io lo ho configurato, o converrà — in omaggio al principio della totalitarietà della *venditio bonorum* — ripudiare *in toto* la classicità, malgrado che di questa siano garanti almeno tre testi inattaccabili. E, come è naturale, io penso che sarebbe altamente assurdo voler abbracciare la seconda soluzione.

3. — Il Solazzi torna anzitutto all'attacco di Gai 2.155, che tenta di dimostrare rimaneggiato anche nella prima parte<sup>21</sup>.

A) Secondo il Solazzi l'istituto sarebbe descritto da Gaio in maniera incompleta ed evasiva, e sopra tutto *reserventur* sarebbe muto sulla procedura, perché, senza l'aiuto dei Digesti, non riusciremmo ad apprendere il modo in cui i beni del liberto venivano sottratti al concorso dei creditori ereditari.

Io<sup>22</sup> giustificai il mutismo di *reserventur*, rilevando che esso è spiegabile nella succinta esposizione di un manuale istituzionale. Anzi, siccome il Solazzi<sup>23</sup> rilevava un tempo che Gaio avrebbe potuto essere egualmente laconico, pur riuscendo significativo, sol che avesse detto *separentur*, io osservavo che *separentur* non sarebbe stato affatto più significativo di *reserventur*, tanto più che Gaio non parla della *separatio bonorum* nelle sue Istituzioni. Dal non uso di *separare* e di *separatio* in Gai 2.155 io traevo inoltre argomento per la mia tesi che il *beneficium* dell'*heres necessarius* non fosse, in diritto classico, un caso di *separatio bonorum*.

Il Solazzi<sup>24</sup> non « si attarda » ora a combattere queste mie osservazioni (né vedo come potrebbe farlo<sup>25</sup>), ed accetta un'altra mia osservazione: che *reservare*, non solamente è detto meglio di *separare*, ma

<sup>20</sup> Concorso 4, spec. 85 ss.

<sup>21</sup> Concorso 4.73 ss.

<sup>22</sup> *Beneficium* 193.

<sup>23</sup> *Dir. ered.* cit. 253 ss.

<sup>24</sup> Concorso 4.73 nt. 3.

<sup>25</sup> Tanto più che subito dopo (74) mostra di aderirvi pienamente.

non è detto peggio di *conservare*<sup>26</sup>, tanto più che non è veramente da trangugiare la critica quanto mai superficiale mossa dal Levy<sup>27</sup> alla classicità di *reservare*. « L'uso di *reservare* — così notavo io — è assai più perspicuo dell'uso di *conservare* perché si può 'conservare' soltanto quello che si è già acquistato: *reservare* significa invece che al *servus cum libertate institutus* vien dato il non disprezzabile *commodum* di sottrarre non solo all'attuale procedura esecutiva, ma ad ogni attacco a venire dei creditori ereditari i beni che abbia acquistati dopo la morte del padre e che acquisterà dopo la *venditio bonorum* ». Ora l'adesione del Solazzi a questi miei rilievi è addirittura eccessiva, perché il mio illustre contraddittore stabilisce addirittura che « *conservare* si può soltanto quello che si è già acquistato e si 'riservano' gli acquisti futuri » e ne trae motivo per attaccare la genuinità anche di *sive ante bonorum venditionem sive postea*: « poiché Gaio scrive *reserventur* nasce il dubbio che egli ammettesse il rimedio per i soli beni acquistati dopo la vendita ».

Senonché quanto argomenta oggi il Solazzi non solo non corrisponde a quanto avevo detto io<sup>28</sup>, ma soprattutto non collima con quanto ha voluto presumibilmente dire lo stesso Gaio. In verità, non mi pare che *reservare*, *reservatio* dia l'idea di assicurazione di acquisti futuri, ma soltanto l'idea dell'assicurazione (naturalmente, per il futuro) di acquisti passati, presenti e futuri: il che è diverso da quanto assume il Solazzi. In ogni caso, io rilevo che il momento cui Gaio si riferisce con il termine *reserventur* non è quello della prima *bonorum venditio*, ma quello della morte del testatore: dal momento dell'apertura della successione (morte del *de cuius*) all'*heres necessarius* vanno riservati tutti gli acquisti fatti prima o dopo la *bonorum venditio*. *Sive ante bonorum venditionem sive postea* è inattaccabile.

B) Un'altra pecca di Gai 2,155 sarebbe che da esso non può desumersi in alcun modo la condizione *si non attigerit bona patroni*, cui era sottoposto il diritto del liberto, « e non avremmo potuto supplirla col nostro ragionamento, perché, dove il diritto del liberto è rappresentato come un vantaggio che lo compensa del danno cagionatogli dalla *bonorum venditio*, si è indotti a credere che il *commodum* sia pun-

<sup>26</sup> In *Dir. ered.* cit. il Solazzi lamentava appunto la mancanza di un *conserventur*, al posto di *reserventur*.

<sup>27</sup> ZSS. 53 (1933) 194 nt. 2; ma v., *contra*, *Beneficium* 195 nt. 1.

<sup>28</sup> Mi basti riportarmi alle parole dianzi trascritte.

tuale ed immancabile quanto l'*incommodum* »<sup>29</sup>. Avendo io opposto a questo ragionamento Gai 2.158, dove egualmente non si fa parola della condizione *si bonis se non immisceat* cui era sottoposto l'esercizio della *facultas abstinendi*<sup>30</sup>, il Solazzi<sup>31</sup> ribatte che il § 158 è breve, ma non ermetico, mentre il § 155 sarebbe oscuro su un punto essenziale: « in effetti il *se non immiscere*, più che una condizione è il mezzo per effettuare l'astensione: il verbo *abstinere* è così luminoso da rendere superflua una più ampia indicazione. Chi si astiene non si immischia nell'eredità ».

Ma i nuovi argomenti con cui il Solazzi tenta di dar forza agli argomenti vecchi non sono tali da poter convincere. Ad essi possono facilmente opporsi le seguenti considerazioni:

a) Se è ovvio che l'*heres suus et necessarius* non possa astenersi dall'eredità quando vi si sia comunque immischiato, non è meno ovvio che il *servus heres necessarius* non possa sottrarre i suoi beni all'esecuzione patrimoniale se si sia parimenti immischiato nell'eredità del defunto: la *pro herede gestio* (dell'*heres voluntarius*) o il *miscere se bonis* (degli *heredes necessarii*) implicano, a mio parere, chiaramente, di per se stessi, che chi li abbia esercitati non possa più rinunciare all'eredità, o rispettivamente astenersene, o godere insomma di un qualunque *commodum* più o meno analogo nel contenuto. Né è a dire che, quanto al caso dell'*heres necessarius*, questi si trova *a priori* in cospetto di una eredità *damnosa*, a differenza degli altri *heredes*, che possono credere in buona fede che l'eredità sia attiva. La genesi dell'istituto dell'*heres necessarius* fu nel desiderio del testatore di tutelare il proprio buon nome dopo la morte nell'eventualità della *bonorum venditio*, ma non nell'assoluta certezza che l'*hereditas* sarebbe stata passiva e che quindi la *venditio* avrebbe avuto luogo<sup>32</sup>. La *bonorum venditio* è totalitaria

<sup>29</sup> Concorso 4.74; v. già *Dir. ered.* cit.

<sup>30</sup> Gai 2.158: *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.*

<sup>31</sup> Concorso 4.74 nt. 1.

<sup>32</sup> Si osservi, difatti: 1) che Gai 2.154 parla di *facultates suspectae*, cioè di *institutio* del servo fatta nel dubbio che l'eredità possa rivelarsi passiva (e il dubbio potrà anche essere infondato); 2) che Gai 2.154 parla dell'*institutio servi cum libertate* non solo *primo gradu*, ma anche subordinatamente all'*institutio* di uno o più eredi volontari: il che non significa soltanto che il testatore spera che l'erede volontario accetti l'eredità a costo di rispondere *ultra vires*, ma che il testatore può anche aver motivo di ritenere che l'eredità non sia per risultare *damnosa* (nel qual caso, si premunisce, per eccesso di precauzione, anche dell'*heres necessarius*);

per definizione<sup>33</sup> ed il *beneficium* dell'*heres necessarius*, così come ce lo descrive Gaio, è certo un grave strappo a questo principio: ma lo strappo sarebbe addirittura inammissibile, e l'ipotesi non è quindi nemmeno pensabile, se si ammettesse che da un patrimonio già unificato potessero essere stralciati i *bona defuncti* per venderli separatamente da quelli acquistati dall'erede necessario. Non nego pertanto che *reservare* sia meno significativo di *abstinere* per far presumere l'esistenza della condizione *si bonis se non immisceat*, ma affermo che nessun giurista potrebbe fondatamente supporre, in base al mutismo di Gaio in proposito, che l'esercizio del *beneficium* dell'*heres necessarius* non sia sottoposto, come quello della *potestas abstinendi*, alla condizione *si bona non attigerit*<sup>34</sup>.

b) L'obiezione del Solazzi alla mia citazione di Gai 2.158 potrebbe avere un qualche valore, per dimostrare che il verbo *abstinere* (a differenza di *reservare*) implica ineluttabilmente il *non miscere se bonis*, se lo stesso Gaio non si sentisse in dovere di chiarire, fuori delle Istituzioni, che non può astenersi il *puer* se si è immesso nell'eredità. In D. 29.2.57 pr. (Gai. 23 ad ed. prov.) si legge infatti che il pretore *impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint*. Il Solazzi<sup>35</sup> tentando di spiegare questo passo col dire che Gaio lo ha scritto « perché ha da risolvere il problema se la dichiarazione di astenersi valga dopo l'immistione nell'eredità », viene a riconoscere implicitamente che il problema della necessità della non *immixtio* poteva sorgere anche per la *potestas abstinendi*, che quindi non avrebbe fatto male Gai 2.158 ad esprimere l'essenzialissima condizione *si bonis se non immisceat*. E difatti, se da un lato era implicito nel sistema della *facultas abstinendi* e del *commodum* dell'*heres necessarius* che di questi vantaggi si potesse godere solo se non fossero stati compiuti atti

3) che Gai 2.154 usa la locuzione *solet liberum et heredem instituere*, il che significa che l'istituzione del *servus cum libertate* può essere fatta anche da chi *facultates suas suspectas non habet*.

<sup>33</sup> Così dice giustamente il SOLAZZI 72: v. anche *infra* n. 6.

<sup>34</sup> Si aggiunga che *reserventur* dà l'idea dell'accantonamento dei beni a favore dell'*heres necessarius*, ma che l'accantonamento non è possibile, almeno di regola, se è già avvenuta la confusione ereditaria, se cioè l'erede necessario si è immischiato nell'eredità. Mi par dunque esagerato dire che « la riserva dei beni personali dell'erede è conciliabile tanto col *se abstinere* quanto col *se immiscere* ».

<sup>35</sup> Concorso 4.74 nt. 1.

di erede, dall'altro, di fronte all'ammissione degli impuberi a godere dei sopra detti vantaggi anche se si fossero immischiati nei beni, deve ammettersi che non sarebbe stato inutile spiegare senz'altro che il godimento dei benefici in parola era sottoposto, per gli eredi puberi, alla condizione *si non attigerit bona defuncti*. Se Gaio non l'ha fatto, né nel § 155 né nel § 158, è stato per brevità (ben comprensibile in un manuale istituzionale), e non si può condannare per questo motivo il primo paragrafo quando si salva (ben giustamente) il secondo<sup>36</sup>.

C) Per il Solazzi<sup>37</sup> la giustificazione della riserva concessa all'erede necessario è « bislacca », perché « un uomo d'onore non mette sullo stesso piano il danno morale dell'infamia e il vantaggio economico della conservazione dei beni ». Ma non credo davvero che questo sia un buon argomento. Un uomo di cuore — si potrebbe rispondere — cerca di compensare come può uno svantaggio, ed un giurista, nel riferire la misura adottata, non può certo essere tenuto a dire: « in cambio di questo *incommodum* l'*heres necessarius* ha la trascurabilissima inezia della riserva ». Il *commodum* dell'erede necessario sarà piccolo, ma è tutto quanto si poteva fare per lui<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Io stesso mi prospetto una eventuale obiezione. Nelle Istituzioni di Gaio vi è un luogo in cui si parla della necessità del *se non immiscere* per l'esercizio della *potestas abstinendi* da parte dell'*heres suus puber*. Gai 2.163: *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui adeunda (hereditate) deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV: nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit...* Non si dica ora che Gaio ha, dunque, parlato del requisito del *se non immiscere* per il *ius abstinendi* (oltre che per l'accettazione da parte dell'erede volontario), mentre ne ha completamente taciuto a proposito del *servus cum libertate heres institutus*. A parte il fatto che questa obiezione sarebbe in contrasto con l'altra avanzata dal Solazzi, della evidenza della terminologia *se abstinere*, io farò notare che è sin troppo evidente, dando una scorsa ai §§ 152-163 delle Istituzioni, che Gaio, premesso che *heredes... aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei* (§ 152), si è subito sbarazzato dell'istituto eccezionale dell'*heres necessarius*, di cui ha descritto essenzialmente la genesi (§§ 153-155), per concentrare il suo discorso sugli *heredes sui et necessarii* e sugli *heredes voluntarii*, cioè sulle categorie di più pratica e larga applicazione. Rimane fermo, insomma, il mio argomento che non si deve pretendere un discorso estremamente circostanziato dalla sobria esposizione di un manuale istituzionale.

<sup>37</sup> Concorso 4.75 s.

<sup>38</sup> In *Beneficium* 196, avevo scritto che Gaio « dice unicamente che di fronte all'*incommodum* della infamia vi è per lo meno... il *commodum* della *separatio* ». Il SOLAZZI 75 nt. 1, mi oppone che « *pro* » non significa « di fronte »: *pro* esprime

Non solo. Stupisce, inoltre, che il Solazzi cerchi di dar forza al suo argomento svalutando il beneficio della riserva, perché tutto questo, se non vedo male, intacca la sua ricostruzione del *beneficium* classico molto più della mia.

a) Il Solazzi continua oggi a ritenere che il vantaggio economico concesso al liberto si risolveva spesso in una lustra, per la incapacità da parte sua di guadagnare del denaro dopo la morte del testatore<sup>39</sup>. Avendo io opposto<sup>40</sup> che « non è ammissibile che in tutta la vita l'erede necessario non sarebbe riuscito (almeno nella normalità dei casi) a guadagnare qualcosa », il Solazzi<sup>41</sup> mi risponde che sbaglio, perché egli ha « conosciuto molte persone le quali non ebbero mai nulla su cui i loro creditori potessero soddisfarsi ». Ora, anche se il mio contraddittore è stato un po' sfortunato nelle sue conoscenze, io mi permetto di ritenere ancora che la mia opinione sia esatta: in parte dipenderà da quel tanto di fiducia che ogni giovane ha nella vita, in parte dipende anche dalla considerazione che i liberti non se la cavavano poi tanto male in Roma, se i rapporti di patronato ci appaiono così minutamente regolati nei riguardi patrimoniali e se il pretore stabilì una *bonorum possessio* a favore dei patroni. Comunque sia, se era una « lustra » per il liberto il vantaggio economico della riserva dei beni acquistati *post mortem patroni*, ancor più effimero e risibile doveva essere il *beneficium* postulato dal Solazzi (esclusione di ogni ulteriore *bonorum venditio*): non tanto per l'incapacità dei più, almeno secondo il Solazzi, di mettere su qualche soldo durante la vita, ma anche perché (è lo stesso Solazzi<sup>42</sup> che lo riconosce) « il pretore non accordava una nuova *missio* per ogni piccolo guadagno realizzato dal *fraudator* », né quindi l'avrebbe accordata per ogni piccolo guadagno realizzato dal liberto<sup>43</sup>.

l'idea dello scambio o del compenso. Non ne dubitavo e non ne dubito: dubito soltanto che sia nel vero il Solazzi quando esige che lo scambio, il compenso tra *commodum* ed *incommodum* debba essere necessariamente esatto. In compenso dell'*incommodum* il necessario ebbe tutto quel che gli si potè dare.

<sup>39</sup> V. già *Dir. ered. cit.* 255.

<sup>40</sup> *Beneficium* 214 nt. 4.

<sup>41</sup> *Concorso* 4.76 nt. 1.

<sup>42</sup> *Concorso* 4.75 nt. 2.

<sup>43</sup> Di altri argomenti, assai meno forti, avanzati dal Solazzi non credo sia il caso di occuparsi nel testo. a) Secondo il SOLAZZI (75 s., v. già *Dir. ered. cit.*) l'*infamia* della *bonorum venditio* colpiva « inesorabilmente » l'erede che non pagava i debiti del testatore. Io avevo obiettato (*Beneficium* 214 nt. 4) che l'inesorabilità non esiste perché l'erede può stipulare un concordato con i creditori ere-

D) A parte altri appunti di forma estremamente deboli<sup>44</sup>, il Solazzi<sup>45</sup> attacca oggi, nella prima parte di Gai 2.155, *post mortem patroni*, che starebbe al posto di *post mortem testatoris*: « al momento della morte chi ha istituito erede il servo *cum libertate* è *dominus*

ditari, ma il SOLAZZI (76 nt. 1) giudica l'obbiezione « meschina », perché dubita della facilità del concordato. Ne dubita ma non esclude la possibilità del concordato: dunque l'infamia non è inesorabile e la mia obbiezione non è meschina. Ed io, da parte mia, farò rilevare, in omaggio al « realismo » ed alla « serietà » (termini adoperati contro il Veronese dal Solazzi), che il concordato doveva aver luogo, presumibilmente, di frequente, perché era interesse dei creditori ereditari, evitando le lungaggini ed il dispendio della procedura concorsuale, accettare una *portio* dei loro crediti. b) L'asserzione di Gai 2.155 (*pro hoc tamen incommodo rell.*) sarebbe anche cinica « nel caso che coi beni da lui salvati l'erede fosse stato in grado di evitare il procedimento esecutivo e l'infamia: hai perduto l'onore, ma in compenso tieni il danaro ». Nulla di più inesatto di ciò. Gaio si riferisce al caso pratico normale (*solet*: v. *retro* nt. 32) per cui l'istituto è stato creato: il caso che l'erede non possa soddisfare i creditori ereditari. È naturale che, se il *servus cum libertate institutus*, a conti fatti, si trovi in grado di soddisfare i creditori ereditari, allora salverà il suo onore e del *commodum* di Gai 2.155 non si parlerà nemmeno. Il torto del Solazzi è nel credere che l'istituto dell'*heres necessarius* sia sorto per far cadere inesorabilmente l'infamia della *bonorum venditio* sull'erede necessario, mentre invece è chiaro che esso è stato creato per la eventualità (che non è certezza) che l'*hereditas* risulti *damnosa*. c) « Se Gaio voleva bilanciare il *commodum* e l'*incommodum* per l'*heres necessarius*, sarebbe stato più veritiero e più onesto cercando l'utile nella conseguita libertà » (SOLAZZI 76, v. già *Dir. ered. cit.*). Ma può opporsi, in sostanza, quanto ho già obiettato in *Beneficium* 197 (e precisato *retro* nt. 12): i Romani nell'*institutio cum libertate* (che conteneva certamente una manumissione) mettevano in rilievo l'*institutio* e non la manumissione, tanto è vero che D. 28.5.85, unico testo in cui la infamia del *necessarius heres* viene controbilanciata dalla acquistata libertà, è stato dimostrato alterato, come lo stesso SOLAZZI 76 nt. 1, riconosce. In conclusione, *pro hoc tamen incommodo rell.* può ben stare al suo posto, come finisce per riconoscere, con un po' di contraddizione, lo stesso SOLAZZI 77 s.

<sup>44</sup> In *Dir. ered.* 2.256 il Solazzi scriveva che *sibi* è superfluo. Io risposi, in *Beneficium* 197, che *sibi* è un innocente intensivo: « Gaio ha voluto mettere in particolare luce il fatto che sono riservati al liberto i beni ch'egli ha acquistati, dopo la morte del patrono, esclusivamente a se stesso ». Oggi il SOLAZZI 77 e nt. 1, pur criticando questa mia formulazione (che potrebbe creare l'equivoco che il liberto possa aver acquistato dei beni anche non esclusivamente a se stesso), ne accetta in pieno il contenuto e sostiene che *sibi* sta per *non ex hereditaria causa*, ma aggiunge che adempie male a questo ufficio. Io continuo a pensare che il *sibi*, per la pochissima importanza che ha, sta più che bene: tutt'al più può trattarsi di un glossema chiarificativo interlineare. Quanto al grecismo di *ipsi*, segnalato dal Solazzi, rimando a *Beneficium* 197 s.

<sup>45</sup> *Concorso* 4.77 s.

del servo e non *patronus* di un liberto: si sarebbe detto bene *post mortem domini*, è mal detto *post mortem patroni*. Ed a riprova il Solazzi cita i paragrafi immediatamente precedenti, ove si parla di *testator* e si dice *post mortem testatoris*.

Mi conceda il Solazzi di affermare che queste critiche peccano di eccessiva sottigliezza. Dal momento della morte del testatore il *servus cum libertate institutus* non è più servo, ma *libertus* (*orcinus*), e il testatore non è più *dominus*, ma *patronus*: se mai, quindi, è da lodare la precisione di Gai 2.155, che parla di acquisti fatti *post mortem patroni* da parte del *servus cum libertate institutus*<sup>46</sup>. Nel § 153 Gaio ha detto *post mortem testatoris*, e non *post mortem patroni* (come pur poteva<sup>47</sup>) per un motivo di chiarezza, per non dire cioè: « dopo la morte del *testator* divenuto, al momento dell'apertura della successione, suo *patronus* ». E nel § 154 Gaio dice rettamente *testator*, e non *patronus*, perché si riferisce al momento in cui l'*institutio cum libertate* è fatta ed ai propositi per cui il *dominus* del *servus* (cioè il *testator*) la fa: in questo momento il *dominus*, essendo ancora ben vivo, può essere qualificato *testator*, ma non *patronus*. Diversa è la situazione del § 155: Gaio, dopo aver riferito le ragioni per cui fu creato l'istituto dell'*heres necessarius*, passa a trattare della situazione dell'*heres* dopo l'apertura della successione: ed in questo punto egli può tanto dire *post mortem testatoris* (cioè: « dopo la morte di colui che fu il *testator* »), quanto, più esattamente, *post mortem patroni* (cioè: « dopo la morte di colui che è il *patronus* del *libertus orcinus* »).

Possiamo concludere che l'errore del Veronese — errore che sarebbe stato, del resto, ampiamente scusabile<sup>48</sup> — non c'è.

4. — Il Solazzi<sup>49</sup> accetta ora la mia difesa<sup>50</sup> di D. 2.14.7.18, il che mi esime da un lungo discorso. Questo testo — egli riconosce —

<sup>46</sup> Cioè: del servo che fu istituito *cum libertate*, e che ora è liberto.

<sup>47</sup> Come il servo *post mortem testatoris protinus liber et heres est*, così il *testator*, dopo la sua morte, è *protinus* patrono del liberto *orcino*. Proprio al contrario di quanto assume il Solazzi, al momento della morte il *testator* è, dunque, *patronus*, perché il momento della sua morte è quello dell'apertura della successione.

<sup>48</sup> Un giurista certo migliore dello stesso Gaio, e precisamente il SOLAZZI 100, scrive, a proposito del concordato: « il patto doveva essere concluso dal servo *priusquam se immisceat* ». Ma in quel momento il *servus cum libertate institutus* non è più servo, ma libero.

<sup>49</sup> Concorso 4.84 s.

<sup>50</sup> *Beneficium* 200 s.

fa supporre « che prima dell'immistione anche il *servus necessarius* avesse una contropartita per negoziare con i creditori »: altrimenti, perché il patto dovrebbe aver luogo *priusquam se immisceat*?

La contropartita dell'*heres necessarius* è appunto il *commodum* di cui ci parla Gai 2.155. Senonché, qui il Solazzi è in disaccordo: « è sufficiente pensare che a lui si riservassero i beni conseguiti dopo la *bonorum venditio* ».

Ma ecco il punto dove si dimostra nel più luminoso dei modi che il *beneficium* dell'*heres necessarius* non poté avere, in diritto classico, altro contenuto se non quello indicato da Gai 2.155. L'*heres necessarius*, concludendo con i creditori ereditari il *pactum quo minus solvatur*, veniva a mettersi in condizioni di pagar « bene » pur pagando meno del dovuto, cioè veniva a sottrarsi una volta per sempre alla procedura concorsuale sul patrimonio<sup>51</sup>. Di conseguenza, il suo *beneficium* non poteva consistere nella riserva a suo favore degli acquisti fatti dopo la prima *bonorum venditio*, per la semplicissima ragione che, essendovi stato il *pactum*, non poteva esservi nemmeno la prima *bonorum venditio*, perché il concordato era appunto fatto per escludere la *venditio bonorum*.

Così come lo ipotizza il Solazzi — non è chi non lo veda — il *beneficium* dell'*heres necessarius* si sarebbe ridotto assolutamente a nulla; l'*heres necessarius* non avrebbe avuto, inoltre, nessunissima contropartita da opporre ai creditori ereditari<sup>52</sup> per indurli alla conclusione del concordato.

In conclusione, o si ammette che il *beneficium* del *servus cum libertate heres institutus* consistesse, in diritto classico, nella sottrazione alla esecuzione patrimoniale dei beni acquistati *post mortem patroni*, *sive ante bonorum venditionem sive postea*, o si nega il dato di fatto incontrovertibile che l'*heres necessarius* poteva concludere con i creditori ereditari un *pactum quo minus solvatur* e che il *pactum* doveva essere fatto *priusquam se immisceret*.

Ciò premesso, ritengo inutile soffermarmi nuovamente, in questa sede, su D. 4.4.7.5, testo dal quale<sup>53</sup> è difficile far scomparire le tracce

<sup>51</sup> Il punto è indiscusso ed indiscutibile: v. lo stesso SOLAZZI 96 s.

<sup>52</sup> Salvo, beninteso, l'utilità per i creditori ereditari di evitare le lungaggini e le spese della *bonorum venditio*; ma allora perché il *pactum* non era valido se fatto dopo l'*immixtio*?

<sup>53</sup> *Beneficium* 206 s.

della menzione del *beneficium* dell'*heres necessarius*, anche se è doveroso cancellare la terminologia *beneficium separationis*. Il Solazzi<sup>54</sup> accede, infatti, oggi, alla mia tesi, anche se lascia in sospeso la questione della ricostruzione del frammento<sup>55</sup>. Ma, in verità, a me basta che egli ammetta che l'*heres necessarius*, se *minor annis*, poteva essere restituito *in integrum* nel *beneficium*, per poter escludere che questo sia mai consistito nel semplice diritto di non essere sottoposto alle successive *bonorum venditiones*. Possiamo credere, infatti, che il *minor XXV annis* chiedesse la *restitutio* nella *potestas abstinendi* o nel *beneficium* di cui parla Gai 2.155, ma è incredibile che egli chiedesse, dopo l'*immixtio* e prima della *bonorum venditio*, il *beneficium* ipotizzato dal Solazzi: tutt'al più il pretore lo avrebbe concesso, *causa cognita*, dopo che i creditori ereditari avessero chiesto ed ottenuto l'ulteriore *bonorum venditio*.

5. — D. 42.6.1.18 viene fortemente criticato dal Solazzi<sup>56</sup>. Ma, in fondo, queste critiche concordano con le mie<sup>57</sup>, salvo che su un punto, che merita di essere discusso.

Io ho sostenuto che il par. 1.18 è tutto un elaborato postclassico, anzi mi sono meravigliato<sup>58</sup> perché il Solazzi<sup>59</sup>, pur tendendo con tutto il suo ragionamento a demolirlo, argomentava da esso a sostegno della tesi per cui l'editto *de separatione* fu unico e generico (« *bonorum*

<sup>54</sup> Concorso 4.83 s.

<sup>55</sup> In *Beneficium* 211, io ho proposto la seguente ricostruzione: *Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei [—]. idem et in [—] (filio, qui se paternae hereditati miscuit). non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus. [—].* Il SOLAZZI 84 nt. 3, nota che « di eredi necessari, oltre il suus ricordato a parte, esisteva soltanto il *servus cum libertate institutus*. Ciò posto, chi vorrà menar buono il discorso *si aliquis sit ex necessariis... veluti si servus sit...?* ». L'obiezione non mi par buona. Ulpiano non parla, in questo frammento, delle « categorie » dei *necessarii* (che son due soltanto: *heredes sui et necessarii* e *heredes necessarii*) ma delle « persone » dei *necessarii*, che possono esser svariate, ed infine, *exempli gratia*, egli fa il caso di un *servus cum libertate institutus minor annis. Simili modo*, attaccato dal BESELER (ZSS. 53 [1933] 24), è un vago indizio (glossema?), che non intacca la sostanza della mia ricostruzione.

<sup>56</sup> Concorso 4.81 s.

<sup>57</sup> *Beneficium* 223 s.

<sup>58</sup> *Beneficium* 222.

<sup>59</sup> *Dir. ered.* cit. 261 s.

*separationem permittam* »). Ora ecco che il Solazzi<sup>60</sup> mi risponde che il paragrafo « non è interamente genuino, ma neppure si dimostra del tutto insiticio ».

Occorre, perciò, riesaminare in breve il problema dell'editto *de separatione*, per accertare, in particolare, se l'editto fu unico, ed in questo caso se esso fu generico, come il Solazzi ritiene, o specifico (cioè specificamente diretto a favore dei creditori ereditari), come io ho sostenuto.

A) È indiscutibile che la *separatio bonorum* era concessa, con un decreto del pretore o del *praeses provinciae*<sup>61</sup>, ai creditori ereditari<sup>62</sup>. Il pretore accordava la separazione *causa cognita*, cioè dopo aver accertato il fondamento della richiesta dei creditori ereditari<sup>63</sup>.

CI. 7.72.2 (Gordian. Aristoni): *Est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitasque remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quotiens separationem bonorum postulent, causa cognita impetrent...*

Prescindendo per ora dalla supposta *separatio* in pro dell'*heres necessarius*, rileverò che tutti gli altri casi di concessione della *separatio bonorum* portati dalle fonti sono indubbiamente postclassici<sup>64</sup>. Unica eccezione, che altrove ho avuto il torto di non vedere<sup>65</sup>, è quella dei *legatarii*, negata dal Bonfante<sup>66</sup>, ma giustamente difesa dal Biondi<sup>67</sup> e dal Solazzi<sup>68</sup>. Decisivo in proposito è:

D. 42.6.6 (Iul. 46 dig.): *Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, cum [in] creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur.*

B) Accertato che il diritto classico non conobbe (fuori del caso dell'*heres necessarius*) altre ipotesi di *separatio bonorum*, se non a fa-

<sup>60</sup> Concorso 4.82.

<sup>61</sup> Cfr. D. 42.6.1.1 e 14 su cui SOLAZZI, Concorso 4.7.

<sup>62</sup> Cfr. 42.6.1.1.

<sup>63</sup> *Beneficium* 221 e ora SOLAZZI, Concorso 4.8 s. (v. invece BONFANTE, Corso 6.392).

<sup>64</sup> *Beneficium* 217 s.: v. ora SOLAZZI, Concorso 4.7 s.

<sup>65</sup> *Beneficium* 217 nt. 3.

<sup>66</sup> Corso 6.357 s.

<sup>67</sup> Corso cit. 188.

<sup>68</sup> Concorso 4.12 s., con ampia e convincente argomentazione.

vore dei creditori ereditari e dei legatari, si tratta di vedere qual sia potuta essere la promessa edittale, se duplice o unica, generica o specifica<sup>69</sup>.

Il Solazzi, dopo aver affermato<sup>70</sup> che l'editto era unico e generico e che perciò i creditori ereditari non vi erano affatto nominati, chiarisce oggi<sup>71</sup> che, con ogni probabilità, i creditori ereditari furono nominati nella *demonstratio* della clausola edittale, ma non lo furono di certo nella clausola stessa. I suoi argomenti rimangono in sostanza quelli di un tempo: 1) il tenore di D. 42.6.1.2, 5, 6, ove si discute del diritto di chiedere la separazione da parte dei creditori dell'erede; 2) il tenore di D. 42.6.1.18, ove si parla dell'analogo diritto dell'*heres necessarius*; 3) il fatto che, se anche i predetti paragrafi sono alterati, è certo che neanche i postclassici avrebbero proposto il quesito sulla impetrabilità della separazione da parte dei creditori dell'erede, se nell'editto il beneficio fosse stato attribuito espressamente ai creditori ereditari<sup>72</sup>.

Questi argomenti non mi convincono. Io seguito pertanto a ritenere che l'editto *de separatione*, certamente unico, promise specificamente la *separatio* ai soli creditori ereditari. Ciò per le seguenti considerazioni.

a) D. 42.6.1.2 è genuino, ma basta leggerlo, per vedere che esso non apre una questione circa la spettanza della *separatio bonorum* anche ai creditori dell'erede: esso si limita a chiarire il perché i creditori dell'erede non siano ammessi a chiedere la separazione<sup>73</sup>.

b) D. 42.6.1.5 è interamente postclassico<sup>74</sup>, e del pari postclassica

<sup>69</sup> Per l'unicità dell'editto ed il suo carattere generico, v. già BONTANTE, *Corso* 6.391, che si fonda sulla molteplicità delle questioni discusse in tema di legittimazione attiva alla *separatio* (ma v. *infra* quanto osserveremo contro l'analogo argomento del Solazzi), nonché sul *decretum praetoris* da emettere caso per caso (ma v., a chiarimento del *decretum praetoris*, *Beneficium* 221 e *retro sub A*).

<sup>70</sup> *Dir. ered. cit.* 261 s.

<sup>71</sup> *Concorso* 4.9 s. e 10 nt. 2.

<sup>72</sup> Ciò non toglie che fosse lecita la mia meraviglia, nel vedere che il Solazzi, in *Dir. ered. cit.*, argomentava da luoghi che egli stesso riteneva alterati, attribuendoli ad Ulpiano (il che vale, in particolare, per D. 42.6.1.18).

<sup>73</sup> D. 42.6.1.2: *Ex contrario autem creditores Titii (dello erede) non impetrant separationem*... Il resto del paragrafo è probabilmente spurio: SOLAZZI, *Concorso* 4.20 s.

<sup>74</sup> Cfr. SOLAZZI, *Concorso* 4.21 s.

è la chiusa<sup>75</sup> di D. 42.6.1.6<sup>76</sup>. Il Solazzi si contenta di questa constatazione per escludere che l'editto classico, riportato da Ulpiano, potesse menzionare esplicitamente i creditori ereditari, perché la questione sarebbe stata risolta *ab initio* ed i postclassici non si sarebbero affaticati a discuterla (« il sole è veduto da tutti che non son ciechi, e ciechi non erano i giuristi della decadenza »)<sup>77</sup>. Io trovo alquanto strano che i giuristi della decadenza siano caratterizzati come persone che non abbiano mai sollevato di questioni oziose, e tanto più strano ciò mi risulta, in quanto è lo stesso Solazzi<sup>78</sup> a rivelarci che nel § 2 è certamente genuino il diniego della *separatio* ai creditori dell'erede: sarebbe dovuto bastar questo perché i glossatori postclassici non sollevassero la questione. È noto, invece, che la scuola postclassica ha sempre operato, a margine dei testi classici, in ben altra maniera: non è impossibile, perciò, che anche in questo caso, malgrado l'esplicitezza della clausola edittale, relativa ai soli creditori ereditari, un lettore della decadenza si sia posto il quesito se, tuttavia, il beneficio fosse da estendere, sotto certe condizioni, agli stessi creditori dell'erede.

c) Da D. 42.6.1.1, ma sopra tutto da CI. 7.72.2<sup>79</sup> risulta più che chiaramente che l'editto concedeva la *separatio* ai creditori ereditari: sino a prova contraria (e tali non sono le discussioni postclassiche circa la legittimazione attiva alla *separatio*) dobbiamo, dunque, ritenere che la concessione fosse specifica nella clausola edittale, e non generica. Non si opponga che in diritto classico la separazione spettava anche ai legatari<sup>80</sup>, perché si può agevolmente rispondere che l'editto parlò dei soli creditori ereditari per il fatto che *hereditarium actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede coeperint*<sup>81</sup>.

C) Ora veniamo a D. 42.6.1.18. Come prima dicevo, vi è perfetto accordo tra il Solazzi e me<sup>82</sup> nel ritenere ampiamente sospetto tutto il paragrafo, salvo che il Solazzi non esclude che vi siano elementi genuini e ritiene: 1) che il paragrafo possa avere originariamente descritto il

<sup>75</sup> *Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur.*

<sup>76</sup> Sul punto, *Beneficium* 218 e, da ultimo, SOLAZZI 22 s.

<sup>77</sup> *Concorso* 4.10 nt. 1.

<sup>78</sup> *Concorso* 4.21 s.

<sup>79</sup> V. *retro sub A.*

<sup>80</sup> V. *retro sub A.*

<sup>81</sup> Cfr. D. 44.7.40 (Paul. 11 *ad ed.*). V. lo stesso SOLAZZI 15.

<sup>82</sup> *Beneficium* 223 s.

*beneficium* dell'*heres necessarius* col contenuto da lui ipotizzato; 2) che esso concorra a dimostrare l'unicità e la genericità dell'editto *de separatione*.

A mio parere, invece, il paragrafo è totalmente glossatorio, pur esprimendo in sostanza il contenuto del *beneficium* dell'*heres necessarius*, e non fa assolutamente prova a favore della tesi della genericità dell'editto sulla *separatio bonorum*.

a) Il § 18 non è solo sospettabile per motivi intrinseci, ma anche per una ragione sistematica, e cioè perché si trova alla fine dell'*excursus* ulpiano riportato in D. 42.6.1, fuori della sua logica *sedes materiae* (§§ 5-9: legittimazione attiva alla *separatio*). Dire, pertanto, che esso non si dimostra in tutto insitico, mi pare contraddittorio, perché si ammette che Ulpiano abbia potuto discutere di un caso di separazione fuori della *sedes materiae* del suo commentario, mentre questo motivo sistematico è stato addotto proprio per confermare la critica esegetica del testo<sup>83</sup>. O si ritiene che l'editto *de separatione* conteneva per lo meno due clausole, una delle quali specificamente relativa al *servus cum libertate institutus*<sup>84</sup>, o si deve concludere che il paragrafo è totalmente insitico, che cioè Ulpiano non lo ha scritto. Dato che forti elementi di sospetto gravano su D. 42.6.1.18, dato che il tono di esso (*sciendum est, impetrari posse*) fa piuttosto pensare all'espressione di un parere dottrinale che non all'esposizione di una clausola dell'editto<sup>85</sup>, dato infine che, come si è visto, vi sono buoni indizi per ritenere che l'editto *de separatione* fu unico e riguardò esplicitamente i creditori ereditari, pare a me che la seconda soluzione si imponga. Il § 18 è, con tutta probabilità, un glossema marginale al commentario ulpiano, penetrato nel testo attraverso la tradizione manoscritta.

b) L'ipotesi che Ulpiano sia stato completamente estraneo alla redazione del § 18 si rafforza in base alla considerazione che, con tutta evidenza, la giurisprudenza classica sviluppò la dottrina del *commodum* dell'*heres necessarius* in stretta analogia col *beneficium abstinendi* dell'*heres suus et necessarius*<sup>86</sup> e che la terminologia *separatio*, *beneficium separationis* applicata al nostro istituto appare, oltre che nel § 18, sol-

<sup>83</sup> Concorso 4.82 s.

<sup>84</sup> In questo caso potrebbe pensarsi che Ulpiano, dopo essersi occupato in tutti i suoi aspetti della *separatio bonorum* concessa ai creditori, sia passato al commento della seconda clausola editale (*separatio* del *necessarius*).

<sup>85</sup> V. in proposito lo stesso SOLAZZI 81 s.

<sup>86</sup> *Beneficium* 214 s. Il SOLAZZI 94 s., giudica la tesi molto probabile.

tanto in un punto assai sospettabile di D. 4.4.7.5<sup>87</sup>. Fa specie trovare il *commodum* dell'*heres necessarius* sistemato in calce alla dottrina della *separatio bonorum*, né deve opporsi<sup>88</sup> che, tuttavia, non si vede perché i giuristi postclassici abbiano potuto aver un motivo di sistemarlo in quella sede: la faciloneria della scuola postclassica è appunto consistita nell'estendere oltre ogni limite i casi classici di *separatio bonorum*, sino a considerarla concedibile persino all'erede<sup>89</sup>, e sino a classificare come *separatio* il *beneficium* dell'*heres necessarius*, che per i classici *separatio* non era<sup>90</sup>.

c) Della genuinità sostanziale delle notizie forniteci dal § 1.18 non vi è motivo di dubitare, perché esse ci sono confermate da altri frammenti<sup>91</sup>. Ma nessuno vorrà dire, tuttavia, che i postclassici non abbiano fortemente inquinato l'istituto classico, se è vero che ne hanno fatto un caso di *separatio bonorum*. La terminologia *beneficium separationis* deve pertanto scomparire dai manuali romanistici e deve, nel contempo, concludersi che cade l'ultimo motivo che è stato avanzato a sostegno della tesi che la clausola editale *de separatione* sia stata generica e non abbia esplicitamente promesso il rimedio ai soli creditori ereditari.

d) Abbiamo, in conclusione, una ragione di più per ritenere che il *commodum* dell'*heres necessarius* fu, in diritto classico, proprio quello che ci è descritto da Gai 2.155.

6. — L'argomento fondamentale, « decisivo », che ha indotto una prima volta il Solazzi a dubitare della classicità del *commodum* dell'*heres necessarius*<sup>92</sup> e che lo porta ora a configurare l'istituto classico

<sup>87</sup> V. retro n. 4 e, *amplius*, *Beneficium* 206 s., 215 s.

<sup>88</sup> *Concorso* 4.95: « i postclassici potevano estendere la legittimazione dove non era riconosciuta dal diritto classico, ma non avevano da estendere nulla all'erede necessario, se a lui, come pensa il Guarino, tutta era già stato attribuito dal diritto classico ».

<sup>89</sup> *Beneficium* 217 s., *Concorso* 4.16 s.

<sup>90</sup> Mi pare che queste ragioni siano alquanto più « plausibili » di quelle addotte dal SOLAZZI 95, per sostenere la genesi dell'insegnamento di D. 42.6.1.18, tanto più che il Solazzi tralascia inesplicabilmente di spiegare perché mai il *commodum* da lui ricostruito, che non ha assolutamente nulla a che fare con la *separatio bonorum*, sarebbe stato esposto da Ulpiano giusto nel commento dell'editto *de separatione*.

<sup>91</sup> V. retro n. 3 e 4.

<sup>92</sup> V. anche *Concorso* 1.104.

nella maniera dianzi esposta e criticata, è quello del carattere totalitario della *bonorum venditio*<sup>93</sup>. « La *bonorum venditio* in blocco è un istituto moralmente ed economicamente schiacciante. Noi possiamo spiegarne l'esistenza, finché pensiamo che fosse imposta da una concezione giuridica inderogabile. Ammessa una deroga in vantaggio del liberto, a cui torna utile la vendita parziale, il pretore non avrebbe potuto né voluto rifiutarla al cittadino ingenuo, che mai più, dopo quello strappo, avrebbe tollerato si vendessero tutti i suoi beni, senza diritto al supero, mentre una parte di essi fosse bastata a soddisfare i creditori ».

A questa obiezione, indubbiamente molto grave, che non potei fare a meno di prevedere io stesso, risposi<sup>94</sup> con le seguenti considerazioni: 1) che contro di essa parla, chiaro e risoluto, il linguaggio dei testi; 2) che l'eccezione non può atterrire al punto da negarne la classicità, perché essa conferma la regola; 3) che invocare il concetto della universalità della *bonorum venditio*, desumibile a sua volta dalle applicazioni a noi note, per condannare il *commodum* dell'*heres necessarius*, significa involgere una petizione di principio; 4) che l'istituto stesso dell'*heres necessarius* è tutto informato ad un carattere di eccezionalità, importando anzitutto un grave strappo alle disposizioni della *lex Aelia Sentia*, contrarie alle manomissioni *in fraudem creditorum*; 5) che si conosce per lo meno un altro caso classico di *bonorum venditio* non totalitaria, il caso del *suspectus heres* che non abbia prestato la *satisfactio*.

Oggi il Solazzi<sup>95</sup> mi fa l'onore di combattere punto per punto gli argomenti con cui — secondo egli dice — io ho pensato di « girare l'insuperabile baluardo della *bonorum venditio* abbracciante l'intero patrimonio del debitore »<sup>96</sup>. Ma, in verità, io mi permetto di credere che, dopo la rinnovata esegesi dei testi, i miei argomenti potranno essere dimostrati, in poche parole, ancora capaci di superare il baluardo della totalitarità della *bonorum venditio*.

a) Il Solazzi, pur riconoscendo che le sue critiche testuali di un tempo sono state alquanto eccessive, nega che i testi da me adottati (cioè Gai 2.155, D. 2.14.7.18, D. 4.4.7.5) siano tali da resistere impavidi ad

<sup>93</sup> Concorso 4.72 s.

<sup>94</sup> Beneficium 212 s.

<sup>95</sup> Concorso 4.86 s.

<sup>96</sup> Una osservazione che mi permetto di fare è che non si possono stabilire a priori, nella discussione di problemi storici, « baluardi insuperabili »: nessuna fonte ci attesta direttamente che, per tutto il periodo classico, la *bonorum venditio* fu, senza eccezioni, totalitaria.

ogni tentativo di critica. Da parte mia, continuo invece a ritenerlo, dopo il riesame cui i testi in parola sono stati sottoposti in questa sede, e dopo che, in particolare, ho avuto il modo di indicare che il *beneficium* del *servus cum libertate institutus* probabilmente fu proprio quello configurato da Gaio, ma certamente non poté essere quello ipotizzato dal Solazzi<sup>97</sup>.

b) Secondo il Solazzi, non vale dire che l'eccezione, in fin dei conti, conferma la regola, perché « l'eccezione postulata dal Guarino<sup>98</sup> avrebbe spezzato la colonna vertebrale del processo classico », e perché « la struttura della *bonorum venditio* respingeva ogni compromesso: o essere totalitaria o non essere ». Obbietterò, parafrasando quanto ho già detto altra volta, che questo significa levare a regola di diritto romano le esigenze più o meno logiche del nostro pensiero. A parte il fatto che i testi romani (sino ad una prova contraria che ancora non è stata data) dimostrano ad usura che la colonna vertebrale del processo romano non fu spezzata, per tutto il periodo classico, dal caso eccezionale del *commodum* dell'*heres necessarius*, a me pare che la concezione che il Solazzi ha della procedura concorsuale sia troppo rigida, cioè più informata a criteri di logica astratta che di comprensione storica dell'istituto<sup>99</sup>: i germi dell'evoluzione della procedura della *bonorum venditio*, che da totalitaria divenne (in periodo postclassico) parziale, sono proprio da vedersi nei casi classici di *distractio bonorum* (*ex senatus-consulto, ex edicto, ex privato consilio*)<sup>100</sup>, nonché nella ipotesi, certamente classica, di vendita dei *bona defuncti* in caso di successione dell'*heres necessarius*, ed in quella, molto probabilmente genuina, di ven-

<sup>97</sup> V. retro n. 4 e *infra* n. 7.

<sup>98</sup> In verità, l'eccezione non è stata postulata da me, ma è testimoniata da Gaio e da Ulpiano.

<sup>99</sup> Il SOLAZZI 86, critica con le seguenti parole la mia osservazione innocente che l'eccezione conferma la regola: « il principio logico che l'eccezione conferma la regola è inutile per noi che studiamo il diritto romano non nel suo valore statico ma nella sua evoluzione multisecolare ». Rileverò che la mia osservazione si riferiva ad una fase staticamente considerata dell'evoluzione del diritto romano, cioè al periodo classico. Ma osserverò sopra tutto che, sul piano storico, nessuna « evoluzione » è pensabile che non si basi su di un processo più o meno lungo: niente di male, perciò, se al concetto postclassico della *bonorum venditio* parziale si sia giunti anche a causa dello spunto fornito da qualche isolata, eccezionale ipotesi classica di *venditio bonorum* non totalitaria.

<sup>100</sup> Su questi casi di *distractio bonorum* v., da ultimo, SOLAZZI, *Concorso* 2. 199 s., 3.1 s.

dita dei *bona hereditatis* in caso di *missio in bona* del *suspectus heres*. Ed aggiungerò che non credo affatto, a costo di rimanere solo con il *Iudaeus Apella*, che « con questa eccezione il sistema in breve tempo sarebbe crollato, perché i cittadini ingenui avrebbero, e vittoriosamente, reclamato a loro vantaggio quella vendita parziaria che fosse stata concessa allo schiavo »: i cittadini ingenui erano liberissimi di non accettare o di astenersi, a differenza del *servus cum libertate institutus*, e ci volle perciò molto tempo, con il concorso di molte altre circostanze, perché il principio della *venditio bonorum* parziale divenisse la regola.

c) Ritiene il Solazzi che la mia difesa di Gaio e di altri testi classici sarebbe sostenibile soltanto se ammettessi che « la separazione si applichi solamente agli acquisti fatti dopo la *bonorum venditio* »; in caso diverso sarebbe stato necessario un editto per l'*heres necessarius*, a maggior ragione che per la *separatio* dei creditori ereditari, che implicava una anomalia meno grave: « l'inesistenza dell'editto in ordine alla *separatio* dell'*heres necessarius* è vera, ma depone contro la tesi del Guarino »<sup>101</sup>. Ora, anzitutto è inesatto che io consideri il *commodum* dell'*heres necessarius* come un caso di *separatio*, almeno per il diritto classico<sup>102</sup>: io ho sostenuto che il *commodum* dell'*heres necessarius* fu, invece, sviluppato dalla giurisprudenza classica in stretta analogia con il *ius abstinendi* degli *heredes sui et necessarii*<sup>103</sup>. Quanto alla mancanza di un editto in ordine a questa ipotesi, farò rilevare che essa non è poi tanto grave perché: 1) l'editto del pretore, ed in particolare l'editto adrianeo<sup>104</sup>, non prevedeva tutti indistintamente i casi che potessero succedere, ma soltanto i casi più frequenti, l'*id quod plerumque accidit*, ed il caso di istituzione di un *servus cum libertate* da parte di un debitore insolvente o pauroso di esserlo non doveva essere eccessivamente frequente<sup>105</sup>; 2) tutto l'istituto dell'*heres necessarius* è un istituto di creazione e sviluppo giurisprudenziale, dimodoché si può ben ammettere che qui, come in moltissime altre ipotesi, l'unanimità

<sup>101</sup> Ciò confermerebbe che io avrei « male apprezzato la gravità e le conseguenze della mia tesi »: SOLAZZI 89.

<sup>102</sup> V. *retro* nt. 18.

<sup>103</sup> V. anche *retro* n. 5 *sub* C.

<sup>104</sup> Non è probabile, ma non si può nemmeno escludere che una clausola relativa al *commodum* dell'*heres necessarius* sia caduta, come poco importante in pratica, nel corso del I sec. d. C.

<sup>105</sup> Basti pensare alla scarsità delle fonti (fonti, peraltro, molto precise e attendibili!) sull'istituto.

della giurisprudenza<sup>106</sup> abbia reso il pretore ancor meno proclive ad inserire il *commodum* del *necessarius* nel suo editto; 3) la brevità del tempo intercorrente tra la morte del defunto ed il momento della *venditio* doveva rendere estremamente improbabile l'ipotesi che il *necessarius* avesse, al momento della *venditio*, qualcosa in più dei *bona defuncti*, ragion per cui ancor più rara era la possibilità pratica di una eccezione al principio dell'universalità della *bonorum venditio*<sup>107</sup>. Tutti argomenti, come si vede, che possono ben spiegare l'inesistenza dell'editto speciale relativo al *necessarius* ed al suo *commodum*.

d) Avendo io indicato un altro probabile caso di *venditio bonorum* parziale (fondandomi sul fatto che né il Ferrini<sup>108</sup>, né il Fadda<sup>109</sup>, né lo stesso Solazzi<sup>110</sup> hanno potuto addurre argomenti a sostegno della tesi che in D. 42.5.31.3, relativo alla *missio* dei creditori dell'*heres suspectus in bona hereditatis*, *hereditatis* sia il frutto di una alterazione giustinianea), mi oppone oggi il Solazzi<sup>111</sup> che, « se è impossibile la prova diretta di un emblema che si riduce all'inserzione di una parola, guarderemo al processo romano fermo 'come torre che non crolla giammai la cima per soffiare di venti' ». Se a questa risposta aggiungo il fatto che l'unico appiglio per criticare D. 42.5.31.3 era stato, per il Solazzi, il presunto carattere postclassico dell'altra eccezione alla totalità della *bonorum venditio*, cioè del *commodum* dell'*heres necessarius*, potrò anche dire, oggi, che chi nega, malgrado i testi, la classicità di qualche eccezione alla regola della *venditio bonorum* universale<sup>112</sup> (considerando quest'ultima come una « torre inespugnabile », che « ri-

<sup>106</sup> Gai 2.155 non accenna a controversie sul punto, ma ricorda solo la isolata opinione di Sabino, riportata da Fufidio, per cui l'*heres necessarius* doveva essere esentato dall'*ignominia ex venditione bonorum*. Questo dimostra che la giurisprudenza classica era d'accordo nel senso che si dovesse favorire l'*heres necessarius*.

<sup>107</sup> Vedremo però *infra* n. 7 perché l'istituto conservava tuttavia valore pratico e perché, in pratica, i creditori dovevano indursi, nella maggior parte dei casi, a concludere un concordato con l'*heres necessarius*, rendendosi ancor meno frequente la possibilità della *bonorum venditio*.

<sup>108</sup> *Opere* 4.185 nt. 3.

<sup>109</sup> *Dir. ered.* 2.350 nt. 1.

<sup>110</sup> *Concorso* 1.102 s.

<sup>111</sup> *Concorso* 4.89 s.

<sup>112</sup> Voglio chiarire che, malgrado la indubbia classicità del *commodum* dell'*heres necessarius*, io ritengo tuttavia possibile (ma non credo che si possa fare di più, allo stato delle fonti) la non classicità di *hereditatis* in D. 42.5.31.3. Il principio della universalità della *bonorum venditio* è veramente un argomento molto grave per ritenerlo, data la mancanza di altre esplicite attestazioni in proposito.

getta la bestemmia che il successore universale, pur essendo unico, raccolga una parte sola dei beni del successore »<sup>113</sup>) si dimostra animato da qualche « pregiudizio » e disposto a qualche « sofisma » molto più, certamente, di me. Se la mia tesi è blasfema, andrò all'Inferno con Gaio e con Ulpiano, che me l'hanno dettata<sup>114</sup>.

7. — Potrei anche concludere su questo argomento, se l'alta autorità del mio contraddittore non mi consigliasse di esaminare più da vicino la ricostruzione che il Solazzi<sup>115</sup> propone per il *commodum* dell'*heres necessarius* nel diritto classico.

« Elementi preziosi » per la ricostruzione del diritto classico sarebbero, secondo il Solazzi, i seguenti, a ciascuno dei quali farò seguire le mie osservazioni.

a) « Il *reservetur* di Gai 2.155 torna più acconcio per gli acquisti futuri, cioè posteriori alla *bonorum venditio* ». Abbiamo già detto, peraltro, perché questa affermazione non possa essere accolta<sup>116</sup>.

b) L'importanza pratica del *commodum* dell'*heres necessarius* è fatta consistere, da Gai 2.155, nella conservazione dei beni acquistati dopo la *bonorum venditio*: *et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient*<sup>117</sup>. Questo dice il Solazzi, il quale traslascia peraltro di considerare che Gai 2.155 espone anzitutto, come contenuto del *commodum* dell'*heres necessarius*, il vantaggio di sottrarre i beni acquistati *post mortem patroni*, anche *ante*

<sup>113</sup> Concorso 4.90.

<sup>114</sup> Altre obiezioni, meno gravi, del SOLAZZI 90, sono: 1) che non si può pretendere che il *commodum* dell'*heres necessarius*, solo perché era una deroga al divieto delle manumissioni fraudolente, dovesse importare anche una deroga (tanto più grave) al principio della totalitarierà della *bonorum venditio*; 2) che l'ordinamento giuridico romano, se voleva cercare l'istituto dell'*heres necessarius*, non poteva fare a meno di prescindere dal divieto delle manumissioni fraudolente « e non era invece costretto a rinnegare la universalità della *bonorum venditio*, perché il servo poteva essere il cireneo destinato a portare la croce dell'infamia anche senza il palliativo del *commodum separationis* o con un *commodum* più esiguo ». Ma queste sono critiche alle soluzioni accolte, nella nostra materia, dall'ordinamento giuridico romano: non sono elementi che scalzino il « wie es eigentlich gewesen » della nostra (ben facile) ricostruzione, tanto più che resta ancora da dimostrare che il *commodum* del *necessarius* fosse diverso da quello descritto da Gai 2.155.

<sup>115</sup> Concorso 4.90 s.

<sup>116</sup> V. retro n. 3 sub A.

<sup>117</sup> Il Solazzi ricorda anche la frase *cum ceterorum rell.*; per quanto — come egli riconosce — non genuina.

*bonorum venditionem*, all'assalto dei creditori. Che il *commodum* non potesse consistere solo nella esclusione delle ulteriori *bonorum venditiones*, lo si è già visto<sup>118</sup> e lo si vedrà fra poco.

c) Aggiunge il Solazzi che la frase *et suum heredem et servum necessarium pure scriptos paciscentes priusquam se immisceant* di D. 2.14.7.18 « non indica né la specie né l'ampiezza del diritto a cui l'erede necessario rinuncia in cambio della riduzione dei debiti concordata coi creditori », e che pertanto il *commodum* può ben essere consistito nel « diritto a non essere molestato con le vendite successive ». Potrei rispondere che, se D. 2.14.7.18 non indica esplicitamente specie ed ampiezza del *commodum* del *necessarius*, l'una e l'altra ci sono indicate dalla parte inattaccabile di Gai 2.155. Preferisco invece porre ancora una volta in rilievo che il fr. 7.18 indica implicitamente quale poté essere il *minimum* irriducibile del *beneficium*<sup>119</sup>. Si pensi, infatti: 1) che parlando il fr. 7.18 di un *pacisci priusquam se immisceat*, lascia intendere che il *servus cum libertate institutus* godeva certamente anch'egli (come il *suus et necessarius*) di un qualche *beneficium*, che avrebbe perduto se si fosse immischiato nell'eredità; 2) che nel *pactum ut minus solvatur* i creditori negoziavano, evidentemente in cambio di una contropartita dell'*heres necessarius*, la propria rinuncia ad esigere l'intero<sup>120</sup>, cioè acconsentivano a ridurre i loro crediti alla misura delle facoltà dell'erede; 3) che, riducendo i creditori ereditari i loro crediti alla misura delle facoltà dell'erede, questo era messo in grado di pagare e di evitare la *bonorum venditio*; 4) che, pertanto, la contropartita dell'*heres necessarius*, nel *pactum ut minus solvatur*, non poteva essere il diritto di sottrarsi alle ulteriori *bonorum venditiones* dopo la prima, ma doveva essere qualcosa di più, cioè il diritto di sottrarre alla prima *bonorum venditio* qualche cespite più o meno grande; 5) che, dunque, l'*heres necessarius* dovette per lo meno godere del *commodum* di sottrarre alla procedura concorsuale i beni acquistati dopo la morte del patrono<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Retro n. 4.

<sup>119</sup> Anche se non avessimo a nostra disposizione Gai 2.155, potremmo desumere il contenuto minimo del *commodum* dell'*heres necessarius* dal fr. 7.18. Gai 2.155 ci accerta della esattezza del ragionamento.

<sup>120</sup> Sostanzialmente il *pactum quo minus solvatur* altro non era che un *pactum de non petendo* parziale.

<sup>121</sup> Insisto su questi punti, perché essi rappresentano l'argomento fondamentale contro la teoria del Solazzi. Qui vorrei prevenire l'obiezione che, come ho

d) Secondo il Solazzi, l'inserzione di *post mortem patroni* in Gai 2.155 dimostra che un glossatore avrebbe voluto mutare il *terminus post quem* degli acquisti riservati all'erede. Ma *post mortem patroni* è cilmemente confutabili<sup>6</sup>. L'Ambrosino, rifuggendo dall'ammettere che la vati all'erede è stato fissato da Gaio e ce lo conferma il fatto che la frase si incontra, tal quale, in Inst. 2.19.1<sup>123</sup>.

e) Anche l'affermazione che « col medesimo fine è stato privato del termine di riferimento il *postea* di D. 42.6.1.18 » non è da seguire. Il fr. 1.18 è glossatorio e non fa prova per il diritto classico, ma tutt'al più può servire a confermarlo: il *postea*, nella sua genericità (che è indizio di mano postclassica), conferma il *post mortem patroni* di Gaio.

f) Dal presunto carattere spurio di *post mortem patroni* il Solazzi trae la conseguenza che, in 2.155, anche *sive ante bonorum venditionem*

detto poc'anzi io stesso (*retro* n. 6 *sub* c), molto poco nella stragrande maggioranza dei casi avrebbe guadagnato l'*heres necessarius* nel breve lasso di tempo intercorrente tra la morte del defunto e la *missio in bona* dei creditori ereditari, e che pertanto ben di rado egli avrebbe avuto qualcosa da offrire come contropartita ai creditori ereditari, per indurli al patto. Questa obbiezione, tuttavia, lo si riconosca, varrebbe soltanto a dimostrare che i *pacta ut minus solvatur* con l'*heres necessarius* furono in pratica rarissimi, perché nessuno potrebbe mai dirmi che i creditori ereditari si potessero indurre al *pactum* senza una qualche contropartita (salvi i casi in cui lo concludessero per evitare il dispendio della procedura esecutiva), tanto più che il *priusquam se immisceat* (*conditio sine qua non* per il *pactum ut minus solvatur* giudiziale) conferma che la contropartita doveva esservi. Ma io ritengo che, invece, i *pacta ut minus solvatur*, giudiziali e stragiudiziali, tra erede necessario e creditori dell'eredità fossero, in pratica, molto più frequenti, perché ritengo che, morto il patrono, l'*heres necessarius* poteva anche procurarsi qualche somma a credito (per esempio, a titolo di mercede anticipata per il suo futuro lavoro) onde dar corpo alla contropartita da offrire ai creditori ereditari per indurli a concludere il concordato: questo egli non avrebbe fatto, né potuto fare, se i creditori avessero avuto senz'altro diritto di procedere su tutti i suoi beni, e non sui soli *bona defuncti*.

<sup>122</sup> V. *retro* n. 3 *sub* D.

<sup>123</sup> La coincidenza tra le Istituzioni giustinianee e quelle gaiane non è affatto una prova provata della genuinità dei passi di queste ultime: anch'io ritengo, con il Solazzi, che essa non sia decisiva. Ma quando la coincidenza v'è, e per di più è dimostrato che Gaio non ha detto una sciocchezza, scrivendo *post mortem patroni*, le cose cambiano e la coincidenza dei testi diviene elemento di prova pieno. Nelle Istituzioni gaiane e giustinianee non si parla di « morte del patrono quando il morente non è patrono » (così il SOLAZZI 91 nt. 1), ma si parla di acquisti fatti dopo la morte del patrono, cioè quando il defunto (non « il morente ») è diventato patrono.

*sive postea* è alterato, ed afferma che Gaio ebbe a scrivere: *ea, quae post bonorum venditionem sibi adquisierit, ipsi reserventur*. Caduta la premessa, cade anche la conseguenza<sup>124</sup>: come *post mortem patroni* è genuino, così non può sostenersi alterato *sive ante bonorum venditionem sive postea*. La ricostruzione proposta dal Solazzi è da ripudiare.

g) A conforto della sua ricostruzione del classico *beneficium* dell'*heres necessarius*, il Solazzi chiama D. 42.3.7 (Mod. 2 *pand.*), un testo dal quale risulta che il pretore ammetteva la rinnovazione della *bonorum venditio*, *si tales facultates adquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit*<sup>125</sup>: quest'ultima restrizione « dimostra che il decreto di immissione era preceduto da una *causae cognitio*. E da questa indagine può essere uscita la prassi di negare ai creditori insoddisfatti nella prima *bonorum venditio* ottenuta contro l'erede necessario la facoltà di perseguirlo ulteriormente ». Senonché può tutt'al più concedersi al Solazzi che il passo di Modestino parlasse realmente in origine della rinnovazione della *venditio* contro l'*heres necessarius*<sup>126</sup>, ma non può concedersi che alla facoltà di non essere sottoposto ad ulteriori *bonorum venditiones* si riducesse il *commodum* dell'*heres necessarius*.

Esaurita la disamina dei nuovi argomenti del Solazzi, posso dunque concludere con tutta sicurezza, confermando in pieno la mia tesi sul *commodum separationis* dell'*heres necessarius*.

<sup>124</sup> Conseguenza, del resto, che mi pare essere stata tratta non molto rigorosamente dalla premessa.

<sup>125</sup> La frase è probabilmente non genuina, ma il Solazzi la ritiene classica nella sostanza: v. da ultimo *Concorso* 4.93 e nt. 1.

<sup>126</sup> *Concorso* 4.93.