

IL « BENEFICIUM SEPARATIONIS » DELL'« HERES NECESSARIUS »

1. — È noto che il *ius civile* non fissava alcun termine per l'accettazione dell'eredità. Se il termine non era apposto dal testatore nella clausola della *cretio*, avveniva che tanto l'*heres sine cretione institutus* quando l'*heres ab intestato* avesse la piena facoltà di adire l'eredità *quocumque tempore voluerit*¹.

Rimpetto ai creditori ereditari la posizione degli *heredes extranei*, da un canto, e quella degli eredi necessari (*heres suus et necessarius*, *heres necessarius*), dall'altro, veniva ad essere, per effetto di questo stato di cose, sensibilmente diversa. Gli *heredes extranei* potevano nutrire, ben vero, il duplice timore di decadere dal diritto di accettare (a causa di morte o di *capitis deminutio*) o pure che tal diritto di accettazione venisse come a vuotarsi di ogni contenuto (per effetto della *usucapio pro herede* da parte di un terzo)², ma, a parte ciò, si trovavano nella privilegiata condizione di poter fare indefinitamente attendere i creditori dell'eredità, in modo da aver tutto il tempo per valutare con esattezza la convenienza per sé di adire o meno l'*hereditas*, a seconda che questa non fosse o pur fosse *suspecta*. Gli eredi necessari, invece, si trovavano ad essere succeduti *ipso iure* al defunto, di modo che, fosse o non fosse l'eredità *damnosa*, essi erano senz'altro tenuti a soddisfare in pieno, ed anche *ultra vires hereditarias*, i creditori del *de cuius* ed a subire, pertanto, in proprio nome, se del caso, la *bonorum venditio* con l'*infamia* che le conseguiva.

A questa indiscutibile situazione di iniquità, che si veniva a determinare a danno degli eredi necessari per effetto del meccanismo rigoroso del *ius civile*, pose parzialmente riparo il pretore, concedendo agli *heredes*

* In ZSS. 60 (1940) 185 ss.

¹ Cfr. Gai 2.167.

² V. su ciò *amplius* SOLAZZI, *Diritto ereditario* 2.139 s.

sui et necessarii il così detto *ius abstinendi*, la facoltà di *abstinere se ab hereditate patris, ut potius parentis bona veneant*³. Le critiche⁴ che la dottrina muove, forse con un po' di eccessiva asprezza⁵, a questo istituto onorario non ci interessano, almeno in questa sede. Sta di fatto che esso serviva egregiamente a raggiungere il fine scolpito dalle parole di Giavoleno⁶: *fili pudori parcitur, ut potius patris quam eius bona veneant*.

Non provvede invece il pretore a tutelare l'analogo *pudor* dell'*heres necessarius*, né possiamo fargliene un appunto, se teniamo presente il resoconto di Gaio sulla genesi dell'istituto.

Gai 2.154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo [vel etiam ulteriore] 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*.

Il primo periodo di Gai 2.154, *unde—veneant*, indubbiamente genuino (salvo, forse, che nelle parole *vel etiam ulteriore*)⁷, esprime molto bene quella che è stata, come dicevo, la genesi dell'istituto dell'*heres necessarius*. Esso si venne determinando, in epoca presumibilmente antica⁸, nella prassi istessa della vita giuridica romana, come è chiaramente indicato dal *solet* adoprato da Gaio. Se il *pater familias* era solito istituire uno schiavo *cum libertate*, era appunto perché, essendo prevedibile che l'*hereditas* sarebbe risultata *damnosa*, il *de cuius*

³ Cfr. Gai 2.158; Ulp. Reg. 22.24.

⁴ V. in proposito SOLAZZI, *cit.* 222 s. e citazioni *ivi*.

⁵ Ben è vero, di fatti, che l'*heres suus*, esercitando il *ius abstinendi*, se veniva ad esimersi dal soggiacere alla *bonorum venditio*, veniva anche, nel contempo, a realizzare il risultato, poco pietoso per la memoria del *pater*, di far ricadere l'*infamia* sul capo del defunto; tuttavia non deve neppur dimenticarsi che il *suus heres* poteva evitare anche questa seconda eventualità, se avesse stretto con i creditori il *pactum ut minus solvatur*, diretto appunto al fine di salvare il testatore dall'*infamia*. V. in proposito il mio articolo *Pactum quo minus solvatur*, specialm. n. 2 C, di prossima pubblicazione in *St. Scorza* (Roma 1940).

⁶ Cfr. D. 42.5.28.

⁷ Appuntate dal SOLAZZI, *cit.* 2.13 nt. 1 e dal DE MARTINO, « *Vel etiam* » nelle fonti giuridiche romane, in *Atti Soc. Reale Napoli* 58 (1938) estr. 52 s.

⁸ Certo anteriore alla *lex Aelia Sentia* (4 d.C.), che contenne i primi divieti delle *manumissiones in fraudem creditorum vel patronorum*.

voleva evitare *a priori* che l'infamia scaturente dall'esecuzione patrimoniale venisse a ricadere sul *suus heres* e tanto meno che essa venisse a marchiare la sua stessa memoria. Il fine dell'*institutio* del *servus* « *cum libertate* » non era dunque quello di manomettere uno schiavo in dileggio alle disposizioni legislative sulla revoca delle manomissioni *in fraudem creditoris*, ma era invece quello di fare dello schiavo liberato e contemporaneamente istituito il capro espiatorio della procedura della *bonorum venditio*, alla quale inevitabilmente avrebbero fatto ricorso i creditori ereditari insoddisfatti. E lo stesso pretore romano se ne rese tanto ben conto, da non pensare neanche lontanamente ad avvicinare questo caso dell'*institutio servi cum libertate* alle ipotesi di manomissione fraudolenta considerate dalla *lex Aelia Sentia*⁹.

⁹ Si ricordi che l'editto pretorio, pur occupandosi ampiamente degli atti *in fraudem creditorum* ed *in fraudem patroni*, non considerò invece sotto il profilo della revoca le *manumissiones in fraudem creditoris et patroni*; fu solo la *lex Aelia Sentia* a considerar nulle quest'ultime: SCHULZ, in ZSS. 48 (1927) 199; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti in diritto romano* (1934) 96. Indubbiamente la *lex Aelia Sentia* eccettuò il caso del *servus cum libertate institutus*, come risulta da Inst. 1.6.1: *Licet autem domino, qui solvendo non est, testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut fiat liber heresque ei solus et necessarius, si modo nemo alius ex eo testamento heres extiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa heres non extiterit idque eadem lege Aelia Sentia provisum est.* È inopportuna, a mio avviso, la guerra che lo SCHULZ, cit. 200 s., muove a questa testimonianza. Ulp. Reg. 1.14 dimostrerebbe, secondo questo autore, che la legge ha indubbiamente contenuto la disposizione riferita da Giustiniano, ma in tutt'altro senso, nel senso di ammettere, in via di eccezione, che uno schiavo di età inferiore ai 30 anni, pur essendo stato manomesso contro le disposizioni della legge, potesse evitarsi di diventare dediticio eliano e potesse invece ottenere la cittadinanza, qualora risultasse l'unico istituito dal suo padrone insolvente. Il chiaro romanista tedesco esclude pertanto che la legge contenesse una esplicita disposizione circa l'*heres necessarius*, come assume la prevalente dottrina, pur aggiungendo che: « *der Sache nach enthalten freilich die Institutionen nicht etwa einen dem klassischen Recht fremden Satz* ». Il riconoscimento dello *status libertatis* all'*heres necessarius* doveva essere una conseguenza implicita della norma esplicita, la quale ammetteva che lo schiavo di età inferiore ai 30 anni potesse, se unico manomesso nel testamento, acquistare la cittadinanza romana: inesatto sarebbe il resoconto delle Istituzioni ed interpolati sarebbero i passi del Digesto ove alla legge *Aelia Sentia* stessa vien fatta risalire l'eccezione di cui ci occupiamo (D. 28.5.58, 43-44, 56, 61, 89, 29.1.15 pr.: cfr. anche CI. 6.27.1). Questa tesi non può convincere alcuno, né la sottengono le esegesi testuali tentate dallo Schulz, le quali sono tutte svolte in omaggio al preconcetto che la *lex Aelia Sentia* non potesse contenere una disposizione circa la liceità di istituire un *servus cum libertate*. Quanto a questa pretesa impossibilità, io osserverò che se è vero, come è vero, essere le ricostruzioni

Nello stesso ordine di idee, e cioè proprio perché egli ben capiva che la eventualità dell'*infamia* era connaturata alla figura dell'*heres necessarius*, l'edificante non ritenne di dover estendere a questo il beneficio della *abstentio*, ch'era invece precipuamente volto al fine di evitare l'*infamia* al *suus heres*. Se a questo si aggiunga il rilievo già fatto del carattere tipicamente giurisprudenziale, e come genesi e come sviluppo, di tutto l'istituto dell'*heres necessarius*, risulta in somma perfettamente comprensibile perché il pretore non si sia preoccupato dell'*heres necessarius* neanche sotto il profilo della possibilità di salvargli dall'attacco dei creditori per lo meno quei beni, che egli avesse acquistati per sua propria virtù speculativa dopo la morte del testatore.

Fu pertanto la giurisprudenza romana a lavorare allo scopo di alleviare, nei limiti del possibile, le condizioni dell'*heres necessarius*, creando per lui un istituto, che era, almeno dal lato economico, praticamente analogo alla *abstentio* creata dal pretore, e cioè il così detto *beneficium separationis*. Va ripetuto che il lato economico del *ius abstinendi* aveva una importanza immensamente minore del lato, per così dire, morale (allontanamento dell'*infamia* dal capo del *suus heres*): poco, ben poco, poteva aver acquistato il *suus heres* dopo la morte del padre e sino al momento in cui, non essendosi egli immischiato nei beni ereditari, i creditori lo avessero costretto a prendere una soluzione, ricorrendo alla *interrogatio in iure*. Comunque, era sempre vero che egli poteva evitarsi, con l'*abstentio*, non solo l'*infamia*, ma anche di rispondere dei debiti del defunto *ultra vires hereditarias*. A questa seconda possibilità determinata dal *ius abstinendi* fece caso la giurisprudenza romana, nell'intento di alleviare le sorti dell'*heres necessarius*, e ragionò per analogia nella maniera seguente: come all'*heres suus et necessarius* è concesso il privilegio di ritenere tutto ciò che abbia acquistato in proprio dopo la morte del defunto, così all'*heres necessarius* deve riconoscersi il *commodum* — uso qui le parole stesse di Gaio — *ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur*.

Tutto fa credere, in conclusione, che il *commodum* dell'*heres necessarius*, di cui fa cenno Gai 2.155, sia una creazione della giurisprudenza romana, basata sulla analogia con la *facultas abstinendi*; tanto più

di un testo legislativo, di cui sí poche tracce rimangono, « wertlose Spielereien » (SCHULZ 199), ancor meno giustificabile è il tentativo di togliere valore a numerose ed unanimi attestazioni delle fonti sulla unica base di una succinta epitome postclassica, quale quella di Ulpiano.

che dai testi chiaramente risulta, come meglio vedremo in appresso, essere stato l'esercizio del *beneficium separationis* condizionato alla stessa circostanza, che il pretore impose come *condicio sine qua non* per l'esercizio del *ius abstinendi*, e cioè alla circostanza che l'erede non si fosse immischiato nei beni ereditari. Ma vi è un testo di Ulpiano, D. 42.6.1.18, che minaccia di scompigliare tutte le nostre deduzioni: il *commodum* dell'*heres necessarius* appare da esso, se pur non addirittura previsto dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum* dei creditori, perlomeno introdotto dalla giurisprudenza per analogia con la *separatio bonorum*, anzi che con il *ius abstinendi*. Di modo che sorge spontanea la domanda — e non è un merito, credo, della dottrina romanistica l'averla sin oggi tralasciata — se, per avventura, la genesi dell'istituto non sia stata diversa da quella comunemente immaginata e logicamente immaginabile, ed inoltre come mai una analogia si sia potuta creare dai giuristi di Roma fra due situazioni così disparate, quali quella dei creditori ereditari di fronte all'erede insolubile, da una parte, e quella dell'*heres necessarius* di fronte ai creditori ereditari, dall'altra.

Qui il *punctum pruriens* dell'argomento, che io vorrei sforzarmi di risolvere in questa sede. Così come appare dai testi, il così detto *beneficium separationis* dell'*heres necessarius* è un ibrido, che ha il contenuto (« *mutatis mutandis* ») di un *ius abstinendi*, mentre avrebbe il nome e la disposizione sistematica (almeno secondo D. 42.6.1.18) di un caso di *separatio bonorum*. Attribuiremo ai classici, e più particolarmente ad Ulpiano, il torto di questa costruzione contraddittoria?

Io ritengo che non si possa, e cercherò di darne dimostrazione. Ma ritengo necessario premettere sin d'ora, a scanso di equivoci, che per me il problema creato dall'ibrida configurazione del nostro istituto nei testi della compilazione non è punto il problema della classicità o meno dell'istituto stesso. Il *commodum* dell'*heres necessarius* è, fuor d'ogni dubbio, una creazione della giurisprudenza classica: negarlo equivarrebbe a far dell'ipercritica.

Senonché proprio contro la classicità del così detto *beneficium separationis* si sono levati, anche se non in maniera recisa, due illustri romanisti. Da prima il Kniep¹⁰ ha sostenuto l'origine postgaiana di Gai 2.155, ove appunto si ragiona del *commodum* dell'*heres necessarius*. Di poi il Solazzi¹¹ ha ripreso e rafforzato l'esegesi gaiana del Kniep ed

¹⁰ Gai 2.2.31 nt. 9 (290).

¹¹ O. c. 252 s.

è andato anche più oltre, demolendo ogni testimonianza classica sulla esistenza del così detto *beneficium separationis* e ponendo, con critica vigorosissima e per me decisiva, il problema se anche il testo del commentario editale di Ulpiano (D. 42.6.1.18) s'abbia a ritenere postclassico. Neanche al Solazzi tuttavia ha retto l'animo di concludere con sicurezza per la origine tarda del *beneficium separationis*, sí che egli ha lasciato ancora il problema *sub iudice*, pur avvertendo che nessuno potrà dire ch'esso sia invece un problema immaginario.

Parole gravi, alle quali ha molto opportunamente reagito il Biondi, nei limiti necessariamente ristretti di un suo noto corso di Diritto ereditario romano¹², ribadendo la piena classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*.

Io aderisco *toto corde* alla reazione del Biondi, ma pur son convinto che il dubbio sollevato dal Solazzi non sia immaginario, soprattutto perché a parte la critica a Gaio, D. 42.6.1.18 è veramente inesplicabile. Ma la soluzione sicura può essere, a mio avviso modesto, raggiunta. Il *commodum* dell'*heres necessarius* è un istituto classico; postclassica è invece la sua sistemazione a ridosso della teoria della *separatio bonorum*.

Scopo di questo scritto è, quindi, di dimostrare successivamente le seguenti proposizioni: *a)* che il così detto *beneficium separationis* è un istituto classico; *b)* ch'esso fu sviluppato dalla giurisprudenza in analogia con la *facultas abstinendi* dell'*heres suus et necessarius*; *c)* ch'esso non fu menomamente considerato dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum*; *d)* che la sua sistemazione in calce alla teoria della *separatio bonorum* è opera esclusiva della scuola postclassica, approvata e potenziata dai compilatori giustinianeî.

2. — A) Il così detto *beneficium separationis* dell'*heres necessarius* è un istituto classico.

Poche, ma sicurissime prove testuali noi abbiamo della classicità del *beneficium separationis*. Fra queste, la prova regina è indubbiamente Gai 2.155, che tanto il Kniep quanto il Solazzi hanno sottoposto ad una critica severa ed ingiustificata.

Gai 2.155: *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum*

¹² BIONDI, *Corso, Dir. ereditario, parte generale* (1934) 93. Cfr. anche LENEL, *EP.*³ 433.

venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient [, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit acquisitum, velut si (ex eo, quod) Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire soleant].

Il Kniep¹³ appoggia la sua tesi della origine postgaiana di Gai 2.155 su elementi, che lo stesso Solazzi¹⁴ ha giudicato tenuissimi. *Venient per venibunt* non è un indizio sicuro di mano postclassica, come il Kübler¹⁵ ha opportunamente dimostrato. Che il manoscritto veronese porti, in fine del brano, *venieri* al posto di *veniri*, è una minuzia che può senz'altro farsi dipendere dalla distrazione di un amanuense.

Nemmeno può far colpo il confronto fatto dal Kniep fra Gai 2.155 e il paragrafo ulpiano in D. 42.6.1.18. Ulpiano dice che l'*heres necessarius* può avvalersi della *separatio bonorum* e che, più precisamente, egli deve rivolgere, a questo fine, una *impetratio* al pretore; Gaio invece non fa cenno del requisito della *impetratio separationis* e non esigerebbe perciò che il *beneficium separationis* sia concesso mediante un *decretum praetoris*. Tutto ciò sarebbe indice, sempre secondo il Kniep, del fatto che in un primo tempo il *beneficium* era di concessione pretoria, mentre che in un secondo tempo esso venne a favorire *ipso iure* il liberto: donde l'affermazione della origine postgaiana di Gai 2.155. Ma ognuno vede le arbitrarie e le stiracchiate di questo ragionamento. Noi non possiamo accettarlo, non solo perché sosterremo in appresso la tesi della non genuinità di D. 52.6.1.18, ma anche per la semplicissima considerazione che Gaio, dicendo *illud ei commodum praestatur*, può aver proprio discretamente accennato al *decretum praetoris*, pur senza troppo metterlo in rilievo, dato il carattere tipicamente giurisprudenziale del *beneficium separationis*.

Le critiche del Solazzi¹⁶ al frammento di Gaio sono, per vero dire, molto più impressionanti, ma neanche esse, a mio parere, son tali da gettare un'ombra di dubbio sulla genuinità del resoconto gaiano per quel che strettamente riguarda il *beneficium separationis*.

Nota anzitutto il Solazzi che, senza l'aiuto del paragrafo ulpiano

¹³ *O. l. c.*

¹⁴ *O. c.* 253.

¹⁵ *Praefatio* IV nr. 1.

¹⁶ *O. c.* 253 s.

dei Digesti, noi non avremmo imparato il modo in cui si attuava il principio della conservazione al liberto del patrimonio che si fosse venuto a costituire dopo la morte del *de cuius*: « di *reserventur* si ha per lo meno da dire che è muto sulla procedura »¹⁷. Ma è pretendere troppo dalla succinta esposizione di un manuale istituzionale, l'attendersi che vi si contenga anche il rapido cenno di carattere procedurale! Né può davvero opporci il Solazzi che, nel caso specifico dell'*heres necessarius*, bastava a Gaio il semplice uso di *separare* al posto di *reservare*, per illuminarci la mente sulle caratteristiche procedurali e sostanziali del nostro istituto. Io non vedo, anzi tutto, perché l'intima funzione del *commodum* concesso al *servus cum libertate institutus* non consista nel riservargli un patrimonio che appartenga ad altri o che possa essere devoluto ad altri, ma consista invece — come sostiene il Solazzi — nel conservargli un patrimonio su cui avrebbero diritto di essere soddisfatti i creditori ereditari. Qui si tratta di punti di vista, ed al modo di vedere del Solazzi potrebbe bellamente opporsi che l'uso di *reservare* 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* viene 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 acquistato dopo la morte del padre o che acquisterà dopo la *venditio bonorum* (*ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur*).

Ma il vero è che il Solazzi si sente colpito, come ho prima accennato, principalmente dal fatto che Gaio non ha usato il verbo *separare* al posto di *reservare*. Sarebbe stato l'uovo di Colombo: « forse avremmo capito ».

Io mi permetto di ritenere che non avremmo capito affatto. Neanche il più colto dei lettori di Gaio, leggendo *separentur*, sarebbe andato all'idea della *separatio bonorum* dei creditori (ed è proprio il Solazzi che altrove lo riconosce¹⁸): o Gaio doveva far cenno esplicito dell'editto

¹⁷ O. c. 253 nt. 2.

¹⁸ O. c. 261: « Né per interpretazione logica né per analogia si sarebbe potuto applicare all'*heres necessarius* un editto che avesse accordato la separazione ai soli creditori ». In verità, il Solazzi enuncia questa proposizione nell'intento di dimostrare che l'editto del pretore accordava genericamente la *separatio bonorum* a tutti coloro che (creditori ereditari o non) il magistrato avesse a reputare, previa un'ade-

del pretore circa la concessione della *separatio* anche all'*heres necessarius*, o pure il semplice uso di *separare* al posto di *reservare* sarebbe stato insufficiente a creare il richiamo analogico all'istituto pretorio. D'altronde mi sia consentito di rilevare che la *separatio bonorum* non è proprio trattata nel manuale gaiano e che quindi Gaio, parlando di *separare*, avrebbe usato un termine forse ancora più equivoco di *reservare*, il cui significato è a prima vista comprensibile¹⁹.

Demolita la prima argomentazione critica del Solazzi, passiamo ora alla seconda, che, almeno a primo aspetto, si presenta parecchio più vigorosa. Non solo Gaio è muto sulla procedura del *beneficium separationis*, ma — quel che è peggio — egli tace del requisito essenziale del nostro istituto, sì che non fa cenno alcuno della condizione *si non attigerit bona patroni*. Grave mancanza, secondo il Solazzi, tanto più che nemmeno il ragionamento ci sarebbe valso a ricostruire quella condizione « perché, dove il diritto del liberto è rappresentato come un vantaggio che lo compensa del danno cagionatogli dall'infamia della *venditio bonorum*, si è indotti a credere che il *commodum* sia puntuale ed inamancabile non meno dell'*incommodum* ».

Ma anche questi argomenti non sono tali, a mio sommo parere, da resistere ad una pacata riflessione. Motivare la condanna di Gai 2.155 nel modo prescelto dal Solazzi significa, niente di meno, condannare un altro paragrafo delle Istituzioni gaiane, del quale invece né il Solazzi né altri hanno mai dubitato o potrebbero seriamente dubitare, e cioè:

Gai 2.158: *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.*

Quale ragionamento mai potrebbe supplire, in Gai 2.158, che è relativo al *ius abstinendi* dell'*heres suus et necessarius*, alla mancata indicazione della essenzialissima condizione cui l'*abstentio* è notoriamente sottoposta, *si bonis se non immisceant*? Di qui non si esce: o Gai 2.158 è postclassico, o invece la critica del Solazzi a Gai 2.155 è infondata.

guata *causae cognitio*, degni di questo beneficio. Ma ci ripromettiamo di dimostrare in seguito (n. 7) che l'editto *de separatione* parlava solo ed unicamente dei creditori dell'eredità.

¹⁹ Contro la classicità di *reservare* si è levato di recente il LEVY, in ZSS. 53 (1932) 164 nt. 2: « Man vergleiche die wenigen und nur teilweise klassischen Belege im VIR. mit den zahlreichen Stellen in den Indices von v. Mayr, Gradenwitz und mir ». Ma non reputo necessario di spendere parole per dimostrare la insufficienza di questa « dimostrazione »!

Epperò siamo in grado di poter tranquillamente affermare che la lacuna del paragrafo 155 (se tal si può dire la omessa indicazione della condizione *si non attigerit bona patroni*) si scusa egregiamente con la sobrietà di un manuale di istituzioni.

Tutto il rimanente discorso del Solazzi, a critica del periodo *pro hoc — reserventur*, pecca di una sottigliezza, invero, eccessiva, né è sufficiente, comunque, da solo a porre in dubbio la genuinità del resoconto gaiano. Val la pena, tuttavia, di riportarlo in breve.

Il paragrafo 155 non sarebbe scaturito dalla penna di un giurista classico, ma da quella di « qualcuno che non aveva l'intuito di ciò che è necessario e sufficiente per dare l'idea chiara, esatta e concreta di un istituto giuridico »: ed infatti il mettere sullo stesso piano il danno morale dell'*infamia* ed il vantaggio economico della *separatio* è già giudicato una « stravaganza » dal Solazzi. Ma a torto. A qualunque giurista sarebbe venuto fatto di esprimersi nella stessa maniera di Gaio. Questi non vuol bilanciare il *commodum* con l'*incommodum*, non tende alla dimostrazione di un qualsivoglia sistema di equilibrio, ma dice unicamente che di fronte all'*incommodum* della *infamia* vi è per lo meno, a favore del *servus cum libertate institutus*, il *commodum* della *separatio*. Il ragionamento non è dunque bislacco, e tanto meno esso è da definire « cinico », nel caso che « coi beni da lui salvati l'erede fosse stato in grado di evitare il procedimento esecutivo e l'*infamia* ». Se lo scopo della creazione dell'istituto dell'*heres necessarius*, quale risulta dallo stesso Gai 2.154, era quello di sgravare dall'*infamia* la memoria del defunto, è logico che l'*infamia* dovesse ricadere sul servo in ogni caso; che poi questi potesse, dopo al morte del *de cuius*, acquistare tanto da trovarsi in grado di soddisfare appieno i creditori, è una ipotesi eccezionalissima e nulla esclude che egli potesse, in tal caso, salvare col pagamento del *solidum* anche il proprio onore.

Sostiene invece il Solazzi che un giurista meno rozzo del presunto glossatore di Gaio avrebbe trovato il *commodum* nell'acquisto della libertà. Ma ancora una volta egli falsa, io credo, l'intima essenza di tutto l'istituto dell'*heres necessarius*. L'*institutio cum libertate* non è una manomissione, né arieggia ad essa, tanto è vero che — come abbiamo visto — ai romani non venne neanche lontanamente in testa di ravvicinarla alla *manumissio in fraudem creditorum vel patronorum*: la concessione della libertà è una condizione essenziale perché il servo possa essere istituito, di modo che non si può dire che il servo acquisti il *commodum* dello *status libertatis*, a meno che non si dica che egli acquista prima di tutto il *commodum* di essere istituito erede. Ma ra-

gionando di questo passo, l'*institutio* sarebbe un *commodum* per tutti gli eredi, il che riesce sensibilmente assurdo. Io riterrei pertanto che la dimostrazione del glossema postclassico in Gai 2.155 sarebbe resa probabile proprio se ivi leggessimo che l'*incommodum* dell'*infamia* è compensato, per l'*heres necessarius*, dal *commodum* della acquistata libertà, tanto più che il bilanciamento della libertà con l'*infamia* è, come anche il Solazzi riconosce²⁰, tipico pensiero postclassico.

Ora, giunti a questo punto, potremmo anche concludere il nostro discorso, affermando che Gai 2.155 — almeno per quel che ci interessa, e cioè per il periodo *pro hoc—reserventur* — è indubbiamente genuino. Va notato, di fatti, che nemmeno sufficienti indizi di forma possono essere adottati contro il periodo in parola. Alla unica osservazione mossa ad esso dal Kniep il Solazzi non ha potuto aggiungere se non due note di pochissimo rilievo: *sibi* è superfluo, *ipsi* è un grecismo. Ma *sibi* non è superfluo, se si pensa che 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; e, quanto al presunto grecismo di *ipsi*, va osservato che si tratta, quanto meno, di una forma comunissima negli scritti della giurisprudenza romana e che non può sorprendere in Gaio, giurista provinciale.

Senonché io non voglio, contro gli estremismi della critica, dimostrarmi estremista nel conservatorismo e mi piace di riconoscere che qualche appunto di una certa gravità è stato mosso al resto del paragrafo gaiano. Qui veramente il vigoroso spirito critico del Solazzi ha scoperto argomenti che fanno seriamente pensare. *Ex hereditaria causa* viene poco elegantemente usato due volte, a distanza di un rigo, mentre Gaio avrebbe potuto dire, la prima volta, *creditores hereditarii*, od usare una locuzione consimile. *Velut si Latinus adquisierit* del manoscritto veronese è oscuro ed ha reso necessarie emendazioni (fra cui quella del Savigny, da noi accolta), tutte, più o meno, insoddisfacenti. *Ceterorum hominum . . . etiam eorum bona venire solent* ha un *eorum* che ridonda ed è di troppo. *Cum* causale viene adoperato con l'indicativo *solent*, anzi che con il congiuntivo *soleant*, come le regole del buon latino richiederebbero.

Se poi non può accedersi, come abbiamo cercato di dimostrare, al giudizio del Solazzi, che l'istituto è descritto (nel periodo *pro hoc—reserventur*) in maniera equivoca e parziale, deve riconoscersi con l'il-

²⁰ O. c. 255 nt. 2. Cfr. D. 28.5.85 pr.-1, su cui *Index itp. abl.*

lustre romanista che la giustificazione di esso, nei periodi che seguono, è, quanto meno, strana. La motivazione del Solazzi è, testualmente, la seguente: « comunque, se [Gaio] avesse spiegato che si trattava di una *separatio bonorum*, avrebbe potuto essere meno verboso circa le vendite successive, perché la *separatio* comprende necessariamente tutti i beni non ereditari, presenti e futuri ». Per quanto si sia visto che Gaio non aveva ragione di parlare di *separatio bonorum* a proposito del *beneficium* dell'*heres necessarius* (anche perché questo, forse, non era inquadrato dalla giurisprudenza classica nella teoria della *separatio*), rimane indiscutibile che il discorso contenuto nello squarcio *et quamvis — solent* è straordinariamente verboso, anzi piuttosto inutile. Sarebbe bastato, tutt'al più, che Gaio avesse detto, a chiarimento della frase precedente, *et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient*; ma da *nisi si quid* alla fine siamo in presenza di una evidente glossa di carattere scolastico e redatta in uno stile latino molto discutibile. Io ammetto, in conclusione, il glossema di Gai 2.155, ma lo limito al brano *nisi si — solent. Nisi si*, locuzione che autorizza sempre al sospetto²¹, è l'esordio, sintatticamente poco felice, di tutto un discorso sconclusionato e prolisso²².

3. — Gai 2.155 non è il solo testo giuridico che rassicuri sulla classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*. Altri ve ne

²¹ Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice*² sv. *nisi*.

²² Lo stesso SOLAZZI (o.c. 257) riconosce che non può trarsi argomento a sostegno della tesi che il *beneficium separationis* fosse ignoto a Gaio da D. 29.2.57.2 (Gai. 23 *ad ed. prov.*): *Servis autem necessariis heredibus, sive puberes sive impuberes sint, hoc non permittitur*. Gaio aveva detto, nel *principium*, che ai *sui et necessarii heredes* « *abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit* » ed aggiungeva qui che il *ius abstinendi* « *non permittitur* » agli *heredes necessarii*, senza tuttavia menzionare il *beneficium separationis*. Ora, secondo il Solazzi, come Ulpiano trattava del *beneficium separationis* a proposito della *separatio bonorum*, così Gaio può aver rimandato il cenno del *commodum* dell'*heres necessarius* al successivo libro 24 del suo commentario (relativo appunto alla *separatio*). Noi non siamo del parere che i giuristi classici facessero rientrare la trattazione del *commodum* dell'*heres necessarius* nella teoria della *separatio bonorum*, tuttavia riteniamo che il frammento di Gaio non possa esserci opposto per quest'altro motivo: che nessuno può escludere che il cenno sul così detto *beneficium separationis* (ammesso pure che Gaio l'abbia fatto a questo punto) sia stato tralasciato dai compilatori o da un amanuense postclassico. Che i giustinianeî abbiano lasciato correre il ricordo del *beneficium separationis* in D. 4.4.7.5 (v. *infra* n. 4), non significa che in cima ai loro pensieri stesse il non ometterne mai la citazione.

sono, conservatici dalla compilazione giustiniana, i quali degnamente resistono ad ogni tentativo di eversione, sia in punto di esegesi che in punto di ragionamento logico²³.

Un testo che io considero fondamentale per la mia tesi è:

D. 2.14.7.18 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam, libertatem et hereditatem, apiscatur, [quia sub condicione heres scriptus fuerat,] 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. [idem et in extraneo herede: qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem. sed si quis, ut supra rettulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus, quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem: quod in pacti exceptione admittendum est, sed an vel doli ei prosit exceptio, quaeritur. Marcellus in similibus speciebus licet antea dubitavit, tamen admisit: ut puta filius familias heres institutus pactus est cum creditoribus et emancipatus adiit hereditatem: et dicit doli eum posse uti exceptione. idem probat, et si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit: nam et hic doli exceptionem profuturam. immo et in servo doli exceptio non est respuenda.]*

Il frammento di Ulpiano, assicura il Solazzi²⁴, « anche se fosse genuino, sarebbe irrilevante », sicché, egli continua, « non è d'uopo insistere sulla circostanza che D. 2.14.7.18 è un frammento scosso dalla critica ». Poi che io mi riprometto di dimostrare la inconsistenza, nelle pagine seguenti, di ogni tentativo di sminuire il valore della testimonianza del fr. 7.18, ritengo tuttavia necessario (a scanso di ogni ulteriore aggressione della critica interpolazionistica a quel che ancor si ritiene perfettamente genuino nel brano ulpiano) di sottoporre io stesso alla più rigorosa esegesi il nostro frammento²⁵.

Altrove²⁶ ho sostenuto che tutto il discorso da *idem et in extraneo herede* alla fine non deve attribuirsi alla mano di Ulpiano, ma deve

²³ Prescindo anch'io, con il SOLAZZI, *cit.* 258 s., dall'esaminare D. 42.8.10.10, addotto da alcuni (FADDA, *Dir. ereditario* 2.359; PEROZZI, *Ist.*² 2.636 nt. 2) a sostegno della tesi che il *beneficium separationis* fosse già conosciuto da Labeone. Più che convincente è l'esegesi del Solazzi, dalla quale risulta che detto frammento non parlava affatto del *beneficium separationis* (cfr. anche *La revoca* *cit.* 148 s.).

²⁴ O. c. 259.

²⁵ Cfr. *Index itp. ahl.*

²⁶ *Pactum quo minus solvatur* *cit.* n. 2 B.

invece ritenersi scaturito dalla penna di un lettore postclassico, afflitto da completomania, il quale « ha voluto integrare il succinto resoconto ulpiano circa la decisione di Marcello con appunti tratti dagli stessi *digesta* di Marcello e riferenti, presumibilmente, tutti gli aspetti della *quaestio* teorica trattata a questo proposito (forse anche fuori del libro decimottavo dell'opera) da quel giureconsulto ». Ciò non significa che il contenuto del lungo glossema abbia carattere innovatore. Al contrario vi sono elementi per ritenere che il commentatore postclassico abbia, nel suo stile contorto, fedelmente ritratto — per pura ragione, ripeto, di completomania — principii del diritto classico romano.

Rileggiamo, infatti, il discorso sospetto.

La dichiarazione *idem in extraneo herede* deve essere espunta perché Ulpiano, sol pochi momenti prima, aveva già detto (D. 2.14.7.17) che, *si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est*: strano sarebbe, dunque, che Ulpiano, anche se si fosse trovato (come è ben probabile) a leggere una dichiarazione consimile nel libro 18 dei *digesta* di Marcello, l'avesse riprodotta. *Idem — herede* è stato invece scritto dal tardo lettore di Ulpiano, nella sua smania di completare la citazione di Marcello; ed è, per conseguenza, allo stesso commentatore postclassico che dobbiamo attribuire la frase *qui si mandatu — actionem*, oscura di forma ma impeccabile nella sostanza, nonché in questo punto alquanto superflua, la quale si riferisce proprio ed unicamente all'*heres extraneus*.

Anche *sed si quis — libertatem* è una ripetizione, ed è una ripetizione della decisione di Vindio, riportata nelle prime righe del fr. 7.18. Non certo Ulpiano, ma il suo glossatore, si sarà dunque sforzato, con questo periodo, di schiarire la luce del sole.

Quanto a *quod in pacti exceptione* con quel che segue, sino alla fine, gli indizi formali della non genuinità di questo seguito di frasi sono molteplici, né li ripeterò²⁷. In più va fatta anche qui l'osservazione che tutta la nuova questione ivi discussa — se al *servus* ed al *filius familias*, che abbiano stipulato il *pactum quo minus solvatur* prima della morte del testatore, spetti per lo meno una *doli exceptio* — non ha nulla a che fare con l'argomento trattato da Ulpiano, specificamente ristretto alla materia *de pactis*, anzi al punto dei possibili soggetti del *pactum quo minus solvatur*. Ma che Marcello e la giurisprudenza classica fossero inclini a concedere l'*exceptio doli* nella ipotesi che

²⁷ Cfr. spec. nt. 15 dell'articolo cit. in nt. precedente.

il *pactum* fosse stato fatto « a babbo morto », è piú che probabile: improbabile è solo che ne abbia parlato a questo punto Ulpiano e per di piú, forse, che ne abbia discettato Marcello nella stessa *quaestio* trascritta nel libro 18 dei *digesta*, la quale fu da Ulpiano considerata e citata. Neanche stavolta il commentatore postclassico ha subdolamente introdotto elementi postclassici, con le sue glosse, nel discorso ulpiano.

Il lettore di Ulpiano — ammesso che si tratti sempre della stessa persona — ha invece avuto cura di mettere in rilievo l'evoluzione verificatasi nel corso del diritto postclassico, e quindi il carattere di sostanziale novità rivestito dalle sue note, allorquando è passato subito dopo a dire (fr. 7.19) che *hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint* rell.²⁸.

Se ora passiamo a considerare la prima parte del fr. 7.18, vediamo che anche quivi un glossema esplicativo, sintomo di completomania scolastica, è stato inserito nel brano ulpiano: *quia sub condicione heres scriptus fuerat*²⁹. Ma tutto il resto è genuino, né vi è motivo a sospettarsi che non lo sia. In particolare, della possibilità che il *pactum ut minus solvatur* sia concluso anche da parte dell'*heres necessarius*, si parla da Ulpiano due volte: una prima volta implicitamente, in quanto si riporta il parere di Vindio che il patto non possa essere stipulato dal *servus, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur*, una seconda volta esplicitamente, in quanto si cita il parere di Marcello, che tuttavia il patto possa essere concluso tanto dall'*heres suus* quanto dall'*heres necessarius, priusquam se immisceant*.

L'esegesi del fr. 7.18 porta dunque a concludere con ogni sicurezza che anche l'*heres necessarius* fosse abilitato alla conclusione del concordato preventivo coi creditori e che alla stipula di esso egli potesse procedere non prima della morte del testatore, ma non dopo l'aver effettuato il *miscere se bonis*.

Di fronte a questa conclusione, che valore ha ormai, dunque, l'affermazione del Solazzi, che « la *separatio* non è un presupposto necessario del *pactum ut minus solvatur* concluso dal servo erede »? Il linguaggio del testo ulpiano suona invece inequivocabile: la *separatio* è un presupposto necessario, indispensabile del *pactum*, tanto è vero che il *pactum* deve essere concluso dal servo erede *priusquam se immisceat*.

²⁸ Cfr. il mio *Pactum* cit. n. 4.

²⁹ Cfr. LENEL, in ZSS. 39 (1918) 127; KRÜGER, *Suppl.*

Se il *servus* non avesse avuto, in diritto romano classico, la possibilità di attuare la *separatio* dei suoi *bona* da quelli dell'eredità, Ulpiano non avrebbe evidentemente fatto emergere la necessità che il concordato fosse stipulato prima dell'*immixtio*: se si parla di *immixtio* tanto a proposito dell'*heres suus* quanto a proposito dell'*heres necessarius*, gli è perché anche l'*heres necessarius* aveva un *commodum* analogo (nei limiti del possibile) alla *potestas abstinendi* del *suus*, gli è perché l'*heres necessarius* aveva il *beneficium separationis*.

E non solo i testi, ma anche la logica del sistema ripugna all'affermazione del Solazzi, che « il concordato e la separazione non sono due fenomeni irremissibilmente congiunti ». L'*heres necessarius* — secondo il Solazzi — « ha interesse al patto, perché la riduzione dei debiti lo mette in grado di pagarli evitando la *bonorum venditio* e l'infamia; i creditori alla loro volta possono avere interesse a mostrarsi remissivi, preferendo assicurarsi una data percentuale anziché correre l'alea della vendita al *bonorum emptor* ».

Ora questo modo di ragionare non è certo tale, a mio modestissimo parere, da dar sostegno alla affermazione che la *separatio* non è un presupposto del *pactum quo minus solvatur*.

Io preferisco, dal mio canto, fare quest'altre considerazioni.

Mettiamo, solo per un momento, che nessun testo ci dicesse diversamente il *pactum* concludere dall'*heres necessarius*, *priusquam se immisceat*. Rimarrebbe, comunque, che il concordato doveva essere concluso dall'*heres extraneus ante aditam hereditatem* e dall'*heres suus et necessarius* prima della *immixtio* nei *bona hereditaria*. Perché la giurisprudenza romana avrebbe posto queste limitazioni? Non poteva forse l'*heres* (*extraneus* o *necessarius*), che incautamente avesse permesso (effettuando l'*aditio* o rispettivamente l'*immixtio*) il verificarsi della confusione ereditaria, proporre il *pactum* ai creditori ereditari? E non potevano questi trovare eventualmente interesse ad aderire, anche a confusione ereditaria avvenuta, alla proposta di concordato?

Il linguaggio unanime dei testi — che ammettono pacificamente la possibilità del *pactum ut minus solvatur* sol prima che i beni ereditari si siano confusi con quelli dell'erede — è segno inequivocabile del fatto che un forte motivo di carattere giuridico si opponeva a che il *pactum ut minus solvatur* (in quanto tale, e non in quanto ordinario *pactum de non petendo*) potesse essere stipulato in epoca successiva all'*aditio* o pure all'*immixtio*. Se a questo rilievo aggiungiamo che i testi classici implicano, senza possibilità di equivoci, la necessità di un *decretum praetoris*, il quale sancisse la conclusione del *pactum*, e che la

connessione di questo *decretum praetoris* con il principio che la volontà della maggioranza si impone su quella della minoranza dei creditori ereditari appare soltanto in un testo palesemente alterato (D. 2.14.7.-9), ne dobbiamo dedurre che tra la necessità di concludere il *pactum* prima della adizione o dell'*immixtio* e la necessità del *decretum praetoris* vi era, vi doveva essere, in diritto classico, un nesso. Ed allora, a chi ricordi che tanto per l'erede volontario quanto per l'*heres suus* il pretore, temendo che essi ritardassero indefinitamente l'*aditio* o rispettivamente l'*immixtio*, dispose che i creditori ereditari potessero chiamarli *in ius* e quivi effettuare una *interrogatio* « *an heres sit* »³⁰, per chi ricordi altresì che il meccanismo del *tempus ad deliberandum* (eventualmente concedibile a favore dell'erede interrogato dal magistrato) veniva a rendere assolutamente sicuro che, entro un termine massimo, l'eredità si sarebbe dovuta considerare adita o rinunciata dall'*heres extraneus* o pure che, entro un analogo termine, il *ius abstinendi* si sarebbe dovuto considerare inattuato od attuato dall'*heres suus*, scaturisce cristallina la conclusione che il *pactum ut minus solvatur* non era un ordinario patto *de non petendo*, ma era uno speciale *pactum* intimamente legato con la procedura della *interrogatio in iure* « *an heres sit* » e che esso rappresentava una ulteriore eventualità di esito di quella procedura, la eventualità che l'eredità fosse bensì confusa con il patrimonio dell'erede, ma a condizione che i creditori ereditari riducessero proporzionalmente le loro pretese.

Il nesso fra la *separatio* ed il *pactum ut minus solvatur*, che il Solazzi non vede, si chiarisce alla luce del nostro ragionamento. La *separatio* non è un presupposto diretto del *pactum*, ma ne è un presupposto mediato: tramite fra i due istituti è la procedura della *interrogatio in iure*. Se l'*heres necessarius* non avesse avuto, in diritto classico, il *commodum separationis*, non vi sarebbe stata ragione, da parte della giurisprudenza, di estendere anche nei suoi confronti la *interrogatio* « *an heres sit* »: sarebbe infatti stato più che certo che egli era tenuto a rispondere *ultra vires hereditarias*. Se i creditori ereditari non avessero avuto il diritto di procedere alla *interrogatio* dell'*heres necessarius*, questo non avrebbe potuto rispondere proponendo ed ottenendo il *pactum ut minus solvatur*: avrebbe potuto sempre ed in ogni momento invi-

³⁰ Più esattamente dovrei dire, con riguardo agli eredi necessari, la cui qualità di erede non può essere dubbia, *interrogatio* « *an se immiscere velit* ». Ma uso qui, come in seguito, l'altra espressione per breviloquenza.

tarli, anche singolarmente, alla stipula di un *pactum de non petendo* parziale, ma non avrebbe potuto concludere con essi, qualora li avesse trovati unanimi nella remissione, quel particolare patto, caratterizzato dalla interposizione di un *decretum praetoris*, che era il *pactum quo minus solvatur*.

Orbene la semplice testimonianza che il *pactum quo minus solvatur* potesse concludersi anche dall'*heres necessarius* (anche se disgiunta dall'ulteriore e decisiva testimonianza che esso doveva aver luogo *priusquam heres se immisceat*) è tale da implicare che i creditori ereditati potessero interrogare *in iure*, « *an heres sit* », anche il *servus cum libertate institutus*. Ma se i creditori potevano effettuare l'*interrogatio* anche dell'*heres necessarius*, è segno che questo — esattamente come l'*heres extraneus* e l'*heres suus et necessarius* — aveva, in diritto classico, a sua disposizione un qualche mezzo per evitare la confusione fra i beni ereditari ed i beni da lui stesso acquistati dopo la morte del padrone: è segno, cioè, che il *commodum separationis* era un istituto conosciuto dal diritto classico.

4. — Un altro frammento che giova riportare e discutere a sostegno della mia tesi è:

D. 4.4.7.5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei ut se possit abstinere: nam et hic captus est, idem et in bonorum possessione vel alia successione. 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. plane qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem eius pervenit nec perit per aetatis imbecillitatem.*

Un'ampia letteratura critica è fiorita su questo testo, che presenta in effetto indizi notevoli di alterazioni postclassiche³¹. A me basterà tuttavia di porre in rilievo come questi indizi non siano sufficienti a far scomparire dal brano ulpiano le tracce della menzione del *beneficium* dell'*heres necessarius*.

Il frammento ulpiano è indubbiamente rimaneggiato. Lo dimostra, tanto per cominciare, il dettato del primo periodo (*sed et — captus est*),

³¹ Cfr. *Index itp. ahl.*

che è stranamente contraddittorio. Se il *minor adit* l'eredità, vuol dire che si trattava di un *heres extraneus*; quindi l'affermazione *succurritur ei ut se possit abstinere* è sorprendente, perché fa invece capire che la *restitutio* avviene a favore di un *heres suus et necessarius* (reintegrato nel suo *ius abstinendi*). D'altra parte, il terzo periodo, dicendo *non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis vell.*, induce ad ammettere che esso sia stato veramente preceduto da un discorso relativo alla *restitutio in integrum* del *suus heres*, anzi che (od oltre che) dell'*heres extraneus*. Tuttavia la frase finale (*plane qui post aditam hereditatem restituitur vell.*) riprende a parlare di *aditio* ed accresce a dismisura l'imbarazzo del lettore moderno. Né può ammettersi, a prescindere da tutto ciò, la genuinità del secondo periodo (*idem et in bonorum possessione vel alia successione*), già da tempo appuntato dalla critica.

Sulla base di questi elementi, il Solazzi³² ha creduto opportuno di sospettare genericamente la genuinità del periodo *veluti si servus — separationem*, ma egli stesso si è sentito in dovere di aggiungere subito che non è sicuro che esso sia veramente insiticio. L'ammissione è importante, specie dopo quanto si è detto, nelle pagine precedenti, a difesa della classicità di Gai 2.155 e di D. 2.14.7.18.

Tuttavia vi è stato chi, muovendo nella sua esegesi da altri punti di vista, è andato ancora più in là ed ha recisamente parlato di un « emblema », i cui limiti andrebbero per lo meno portati da *veluti a separationem*. Tanto ha sostenuto il Carrelli nel suo noto articolo volto alla condanna del termine *beneficium separationis* e di ogni termine simile (come, nella specie, *beneficium aetatis*) adoperato in tema di *restitutio in integrum*³³.

Come già altrove ho avuto a rilevare³⁴, io credo di dover nettamente dissentire dal punto di partenza preso di mira dal Carrelli nella sua ricerca. Premesso, molto giustamente, che la *in integrum restitutio* non costituiva, in epoca classica, un diritto per chicchessia, ma che la configurazione di questo istituto come diritto promanante dall'Editto codificato fu il frutto della evoluzione giurisprudenziale postclassica, il Carrelli³⁵ continua affermando che, per conseguenza, è impossibile che

³² O. c. 263 nt. 1.

³³ SDHI. 4 (1938) 22 s.

³⁴ RISG. n.s. 14 (1939) 159 nt. 17.

³⁵ L. c. 5 s.

i giuristi e gli imperatori classici abbiano potuto parlare di un *beneficium restitutionis*, perché nel diritto romano il concetto di *beneficium* si riallaccia a quello di *ius singulare*, cioè di una norma (sia pur particolare, e non generale) dalla quale scaturisce un diritto: « nel momento in cui si è incominciata a qualificare la *r. i. i.* come un *beneficium*, si è giunti conseguentemente ad affermare che l'interesse, del quale si chiedeva protezione, aveva cessato di essere un mero interesse, al quale il Pretore però riteneva fosse il caso di concedere il suo *auxilium*, per diventare invece un diritto ». La pecca di questo ragionamento sta, a mio credere, nel fatto di implicare che, poiché il termine *beneficium* si riallaccia al concetto di *ius singulare*, tutte le volte che i testi discorrono di *beneficium* essi intendano alludere ad una norma o ad un complesso di norme nel diritto singolare. *Beneficium* non significa sempre *ius singulare*, ma il più delle volte semplicemente « vantaggio », *commodum*³⁶: sicché non vi è nulla di male se i giuristi e le cancellerie imperiali hanno parlato, in periodo classico, di un *beneficium restitutionis*, oltre che di un *auxilium restitutionis*.

Cade pertanto, in forza di queste mie osservazioni, il più formidabile motivo di sospetto circa la genuinità del periodo *dicendum — separationem*, ove leggiamo che al minore si può venire in aiuto *aetatis beneficio*. Ciò non toglie che, per ben altri motivi, il periodo si abbia a ritenere insitico. Uno sguardo a tutto il contesto di Ulpiano in materia di *in integrum restitutio* ci accerta che questi, volendo alludere alla concessione dell'*auxilium* pretorio a questo od a quel soggetto, usa sempre le forme *succurritur* e *subvenitur* assolutamente³⁷: dato che l'oggetto di tutta la trattazione del libro 11 *ad edictum* è appunto la *restitutio in integrum*, Ulpiano, quando si trova a dover mettere in rilievo non la causa, bensì unicamente i destinatari dell'*auxilium*, si limita ad usare puramente e semplicemente una delle due forme im-

³⁶ Cfr. VIR. sv. *beneficium* e ORESTANO, in *AUMA*. 11 (1938) estr. 112 nr. 4.

³⁷ Si noti quanto segue. D. 4.4.7.1: *ei succurritur*; 2: *dicendum est ei subveniri*; 3: *ei succurritur... succurrendum videtur*; 4: *subvenitur*; 7: *debere subveniri... subveniendum est*; 8: *minoribus subveniendum dicitur... non esse minori adversus emptorem succurrendum*; 11: *ei subvenitur*. Analoghe rilevazioni possono farsi nei brani genuini degli altri frammenti ulpiani di questo titolo dei Digesti. L'uso di *succurri* e di *subveniri* in senso assoluto non è, naturalmente, esclusivo del giurista classico: nel fr. 7.6 (probabilmente interpolato: v. *Index itp. ahl.*) si legge, ad esempio, che *hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur*.

personali sopra citate. Stupisce pertanto, nel periodo *dicendum — separationem*, la dizione *posse ei subveniri aetatis beneficio*, e stupisce proprio perché negli altri frammenti relativi ai soggetti della reintegrazione pretoria mai un complemento di mezzo viene ad accompagnare il *succurritur* od il *subvenitur*. E tanto più il periodo non può apparire classico, in quanto che il *posse subveniri* viene ad essere specificato anche dalla proposizione *ut habeat bonorum suorum separationem*, mentre — ripeto — l'uso non assoluto di *succurritur* e di *subvenitur* dovrebbe, in materia, essere del tutto escluso. Io ritengo, perciò, che elementi di sospetto vi siano a carico del periodo *dicendum — separationem*, il quale deve essere stato frutto di una glossa giurisprudenziale postclassica (« *dicendum erit* »).

Ma la critica non può estendersi anche a *veluti si servus sit cum libertate institutus*. Il Lenel³⁸ lo ha tuttavia sostenuto e, pur non osteggiando la classicità della testimonianza del fr. 7.5, ne ha criticato la forma: « die Stelle, wie sie hier lautet, zwingt zu der Annahme, daß auch der *servus cum libertate institutus* das *beneficium abstinendi* besitzen habe ». Per conseguenza, egli ha proposto la seguente ricostruzione:

— *non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, [—] sed et ea persona, quae in manu mancipiove est, simili modo restitutionem impetrabit, ut habeat bonorum suorum separationem.*

Questa ricostruzione non intacca per nulla la teoria della classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*, ma non può essere accettata perché essa fonda eccessivamente sulla certezza della genuinità del primo periodo del fr. 7.5, mentre proprio quello si ha da saggiare, onde vedere se e quanto esso sia stato alterato dai postclassici.

Il rimaneggiamento del primo periodo — rimaneggiamento della cui esistenza ci fa certi il dettato contraddittorio di esso — può essere localizzato in base a considerazioni analoghe a quelle da noi fatte nella critica di *dicendum — separationem*. Anche qui *succurritur* non è usato, come potremmo aspettarci, assolutamente, ma è specificato, in modo affatto insolito, dalla proposizione *ut se possit abstinere*. Questa proposizione non può essere stata scritta da Ulpiano, cui interessava, in questo punto, di mettere in rilievo i soggetti ai quali si concedeva l'*auxilium restitutionis*.

Ne consegue, sempre che le nostre deduzioni siano esatte, che

³⁸ Cfr. ZSS. 39 (1918) 137.

Ulpiano ha veramente incominciato il suo dire, nel frammento in esame, parlando della concessione della *in integrum restitutio* all'*heres extraneus*. Poi egli è passato a parlare della analoga concessione a favore dell'*heres suus et necessarius*. Senonché, dato che il periodo *non solum autem filius rell.* fa chiaramente capire, come abbiamo notato, di essere già stato preceduto da un cenno della *restitutio* toccante all'*heres suus*, dobbiamo supporre che Ulpiano, dopo aver detto, nel testo genuino, *sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei*, abbia soggiunto una frase di questo genere: *idem et in filio qui se paternae hereditati miscuit*.

Messo in chiaro che il giurista classico ha effettivamente parlato, nel libro 11 *ad edictum*, della *restitutio* dell'*heres extraneus*, oltre che di quella del *suus heres*, ne risulta che l'assunto del Carrelli³⁹ — essere *veluti* — *separationem* insiticio perché il testo si riferiva unicamente alla reintegrazione dell'*heres suus* nel *beneficium abstinendi* — cade. Al contrario, dato che è probabilissimo che Ulpiano abbia parlato sia della *restitutio* a favore dell'erede estraneo, che di quella a favore dell'*heres suus*, è più che verosimile che egli abbia continuato il discorso, parlando della *restitutio* a favore della terza specie di erede testamentario, e cioè della *restitutio* a favore dell'*heres necessarius*. L'eliminazione di *ut se possit abstinere* nel primo periodo non costringe più a credere, come sostiene il Lenel, che al *necessarius* fosse concesso il *beneficium abstinendi* e *veluti si servus sit cum libertate institutus* diventa del tutto inattaccabile.

Io suppongo, per concludere, la seguente ricostruzione del fr. 7.5:

Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei [ut se possit abstinere: nam et hic captus est]. idem et in [bonorum possessione vel alia successione] (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 [: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem]. [plane qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem eius pervenit nec periit per aetatis imbecillitatem].

Giusta è la tesi del Carrelli, che una glossa postclassica sia stata trasfusa dai compilatori nel testo genuino di Ulpiano, ma è inesatto

³⁹ L. c.

che questi abbia parlato solo ed unicamente della *restitutio* dell'*heres suus et necessarius*. Probabilmente un lettore postclassico non ha avvertito la sfumatura diversa di significato fra la prima frase (ove si dice che *minor adiit hereditatem*) e la seconda (ove si dice, secondo la nostra ricostruzione, *idem et in filio, qui se paternae hereditati miscuit*): per brevilocuquenza egli ha unificato le due frasi, aggiungendo al primo periodo la proposizione *ut se possit abstinere* e chiosando il tutto con le parole *nam et hic captus est*. A lui stava a cuore la generalizzazione e la specificazione del testo: e ciò spiega la frase *idem et in bonorum possessione rell.*, nonché la chiusa *dicendum — separationem*, ove si spiega quale sia poi il *beneficium* in cui l'*heres necessarius* viene restituito. L'ultimo periodo, certamente insitico, conferma le nostre deduzioni, in quanto che in esso troviamo usato il verbo *adire* con riferimento generico a tutte le categorie degli eredi testamentari.

Ancora una volta il *commodum* dell'*heres necessarius* esce salvo dalla esegesi testuale. Malconcia è invece, dopo la esegesi del fr. 7.5, la terminologia « *beneficium separationis* »: del che trarremo più in là le conseguenze.

5. — Gli argomenti esegetici della dottrina eversiva, come si vede, non reggono. Le testimonianze circa la esistenza, in diritto classico, di un *commodum* dell'*heres necessarius* analogo al *ius abstinendi* dell'*heres suus et necessarius* sono poche, ma incrollabili.

Senonché io prevedo che i negatori della classicità del cosí detto *beneficium separationis* non ometteranno di spezzare un'ultima lancia a favore della loro tesi disperata, trasportando la questione sul terreno della dogmatica.

Se si ammette la classicità del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*, si ammette anche, per conseguenza, che in diritto classico, procedendosi alla *venditio* dei *bona* del morto nel nome dell'erede, potesse la procedura concorsuale abbracciare solo una parte del patrimonio del soggetto passivo, rimanendone cioè esclusi i beni che l'erede avesse per avventura acquistati dopo la morte del testatore. Invece la *bonorum venditio* era, sempre in diritto classico, concettualmente costruita in modo da dover abbracciare l'intero patrimonio attuale del debitore.

Indubbiamente questa circostanza costituisce una notevole anomalia rispetto al sistema della *bonorum venditio*. Del patrimonio dell'*heres necessarius*, una parte (i *bona* del *de cuius*) veniva ad ottenere un nuovo titolare (e cioè il *bonorum emptor*), mentre l'altra parte ri-

maneva al suo vecchio titolare, l'erede. Ma tutto ciò non può bastare a scalzare la nostra fede nella classicità del *beneficium separationis*. L'argomento sarebbe grave, se non parlasse contro di esso, chiaro e risoluto, il linguaggio dei testi.

L'eccezione conferma la regola. Quando per lo meno tre testi, della compilazione e fuori, resistono impavidi ad ogni tentativo di critica, dobbiamo pur concludere — se non vogliamo levare a regola di diritto romano le esigenze più o meno logiche del nostro pensiero — che evidentemente la facoltà data dalla giurisprudenza all'*heres necessarius*, di sottrarre alla esecuzione patrimoniale ciò che abbia acquistato dopo la morte del padre, rappresenta una eccezione alla regola della universalità della *bonorum venditio*.

Invocare il concetto della universalità della *venditio bonorum*, desumibile dai testi in materia, per condannare il *commodum* dell'*heres necessarius*, significa involgere una petizione di principio. Del resto, va ricordato ancora una volta che l'istituto dell'*heres necessarius* è, nel suo complesso, tutto informato ad un carattere di eccezionalità. Esso costituiva anzitutto una notevole deroga alle disposizioni della *lex Aelia Sentia*, la quale portava il divieto delle manumissioni fraudolente⁴⁰. Non può sorprendere, dato ciò, che l'istituto potesse anche apportare uno strappo, già nelle costruzioni giuridiche classiche, a quello che si assume generalmente essere stato il concetto tipicamente romano della *bonorum venditio*.

Né può fare a meno di osservarsi, in fine, che è per lo meno molto dubbia la tesi di chi sostiene, al giorno d'oggi, la non genuinità di quell'altra eccezione al principio della universalità della *bonorum venditio*, che è rappresentata dalla *missio in bona* del *suspectus heres* il quale non abbia prestato la *satisdatio*. È noto che D. 42.5.31.3 (Ulp. 2 *de omn. tribunal.*) asserisce che i creditori erano immessi, in tal caso, *in bona hereditatis*; ma né il Ferrini⁴¹, né il Fadda⁴², né il Solazzi⁴³ han potuto addurre argomenti di una certa forza a sostegno del sospetto che *hereditatis* sia il frutto di un'alterazione giustiniana. Se vi ha, quindi, qualche possibilità che questa eccezione fosse veramente classica, a maggior ragione può essere difesa, anche sul terreno dogmatico,

⁴⁰ Cfr. *retro* nt. 9.

⁴¹ *BIDR.* 13 (1900) 34 nt. 2 (= *Opere* 4.185 nt. 3).

⁴² *Dir. ereditario* 2.350 nt. 1.

⁴³ *Concorso dei creditori* 1 (1937) 102 s.

l'altra eccezione, testualmente tanto piú sicura e sostanzialmente tanto meno sorprendente, rappresentata dal *commodum* dell'*heres necessarius* di sottrarre alla *venditio i bona, quae post mortem patroni adquisierit*⁴⁴.

6. — B) Il *commodum* dell'*heres necessarius* fu sviluppato dalla giurisprudenza classica in analogia con il *ius abstinendi* dell'*heres suus et necessarius*.

Non occorrerà spendere molte parole a sostegno di questa affermazione, che è in fondo universalmente pacifica.

Mi piace, per altro, di mettere in rilievo alcuni fra i piú significativi punti di contatto fra i due istituti.

a) Un primo punto di contatto è dato dalla genesi dei due istituti. L'uno è sorto per ovviare alla iniquità creata dal *ius civile* nel rendere senz'altro responsabile *ultra vires hereditarias* l'*heres suus et necessarius*; l'altro è sorto per ovviare alla iniquità scaturente dalla stessa prassi giurisprudenziale, che rese senz'altro responsabile *ultra vires hereditarias*, oltre che infame, l'*heres necessarius*.

b) Un secondo punto di contatto è dato dal fine per cui i due istituti furono creati. Tanto l'uno quanto l'altro sono sorti come rimedi in pro degli eredi necessari contro gli effetti della successione. Nessun riguardo ai creditori ereditari (per i quali e solo per i quali fu istituito, come vedremo, l'istituto della *separatio bonorum*), ma solo ed unicamente agli eredi, anzi agli eredi necessari.

c) Un terzo punto di contatto è dato dalla procedura in cui i due

⁴⁴ Un'ultima critica del Solazzi all'istituto del *beneficium separationis* va a questo punto combattuta. « Se pensiamo — egli dice (*Dir. ereditario* cit. 255) — che il vantaggio economico si perdeva facilmente col minimo atto di gestione il quale costituisse un *se miscere* all'eredità e che per il liberto nullatenente quel vantaggio è una lustra, mentre l'infamia della *bonorum venditio* colpisce inesorabilmente ogni erede che non paghi i debiti, l'asserzione che '*pro hoc incommodo illud ei commodum praestatur*' rischia di sembrare un'ironia ». Senonché il S. omette, a mio avviso, di considerare in tutto il suo complesso il sistema dei mezzi a disposizione dell'*heres necessarius*. L'infamia della *bonorum venditio* non colpiva « inesorabilmente » l'*heres*, perché questi poteva evitarsela stipulando un concordato (*pactum quo minus solvatur*) con i creditori ereditari: cfr. D. 2.14.7.18, esaminato *retro* n. 3. Come è eventuale il *commodum*, così non è punto inesorabile l'*incommodum*, sì che l'affermazione di Gai 2.155 non deve sembrare un'ironia. Né val dire che per il liberto nullatenente il *commodum* di Gai 2.155 si riduce a una lustra. Non è ammissibile che in tutta la sua vita egli non possa riuscire a guadagnare qualcosa: in tal caso i creditori ereditari non soddisfatti dalla prima *bonorum venditio* non potranno ottenere la *misso in bona*.

istituti si inseriscono. Tanto l'uno quanto l'altro sono intimamente collegati con la procedura della *interrogatio* « *an heres sit* », mentre nulla ha da fare con questa procedura l'istituto della *separatio bonorum* dei creditori ereditari.

d) Un quarto punto di contatto è dato dalla circostanza che le testimonianze testuali classiche sin qui esaminate non parlano affatto di « *beneficium separationis* », che è locuzione postclassica, cui molto si è affezionata poi (per un fenomeno quanto mai frequente nel nostro campo di studi) la dottrina romanistica. Gai 2.155 usa il termine « *reservare* », che tanto sdegno ha sollevato in qualche esegeta. D. 4.4.7.5 dice che tanto l'*heres suus et necessarius* quanto l'*heres necessarius* « *succurruntur* », ma è indubitabile che, nella sua veste classica, esso non abbia punto specificato che l'*heres necessarius* era soccorso, *ut habeat bonorum suorum separationem*. Solo D. 42.6.1.18 dice, con tutta esplicitzza, che il *servus cum libertate institutus* può impetrare dal pretore la *separatio*, ma il seguito del nostro discorso ci porterà appunto a concludere, come già fu avvisato, che la redazione e la apposizione di esso a tutto il discorso di Ulpiano relativo alla *separatio bonorum* non è stata opera del giurista classico, ma dei commentatori postclassici o dei compilatori giustinianeî.

e) Un ultimo e fondamentale punto di contatto è dato dal meccanismo dei due istituti: condizione essenziale per l'esplicazione dell'uno e dell'altro è che l'erede non attui l'*immiscere se bonis*, mentre da una siffatta condizione prescinde del tutto la *separatio bonorum* concessa ai creditori del defunto.

Questa succinta elencazione ha valso, a mio avviso, non soltanto a mettere in evidenza l'intima connessione fra la *facultas abstinendi* ed il *commodum* dell'*heres necessarius*, ma anche a chiarire quale profonda diversità intercorra fra il così detto *beneficium separationis* e la vera *separatio bonorum*, almeno nel diritto classico romano. Un ulteriore passo si rende necessario, al fine di esaminare se il *commodum* del *servus cum libertate institutus* sia stato esplicitamente concesso o abbia potuto essere implicitamente considerato dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum*.

7. — C) Il *commodum* dell'*heres necessarius* non fu menomamente considerato dal pretore nell'editto sulla *separatio bonorum*.

La dimostrazione di questo assunto può risultare, a mio parere, dalla messa in evidenza di due circostanze relative alla *separatio bonorum* del diritto classico, che non sono state, forse, fin oggi abbastanza

esattamente considerate. Una prima circostanza è che l'istituto della *separatio bonorum* si restringe concettualmente, nel diritto classico, alla tutela degli interessi dei soli creditori ereditari, sì che è a priori inammissibile il far rientrare in esso ipotesi in cui sia invece previsto e tutelato il *commodum* dell'erede, come è del nostro caso. Una seconda circostanza è che l'editto *de separatione* fu, in diritto classico, fuor d'ogni dubbio, unico, ma non fu punto generico, come la prevalente dottrina sostiene: vi sono indizi notevoli per ritenere che l'editto sulla *separatio* ebbe, al contrario, un carattere specifico, nel senso che concesse il beneficio della separazione dei patrimoni soltanto ai creditori ereditari. Fu solo il diritto postclassico a deformare il concetto originario della *separatio*, estendendone l'applicazione fuori del ristretto campo della formula edittale, ed ammettendo perciò la classificazione come *separatio* di qualche concessione, sia pur vagamente ad essa simile negli effetti, fatta agli eredi.

a) L'attestazione unanime delle fonti classiche è nel senso che la *separatio bonorum* era concessa soltanto a favore dei creditori ereditari: il che risulta, in linea generale, da D. 42.6.1.1 ed è confermato implicitamente dalla maggior parte dei testi della compilazione.

Tutte le estensioni della *separatio* a persone diverse dai creditori ereditari sono state già da tempo (fatta esclusione per il *beneficium separationis* dell'*heres necessarius*) additate dalla critica come non genuine⁴⁵. Frutto di alterazioni testuali o di emblemi hanno da ritenersi pertanto i casi di *separatio bonorum* spettante ai creditori condizionali⁴⁶, ai legatari⁴⁷, ai creditori dell'erede⁴⁸.

Questi risutati della critica interpolazionistica paiono ormai incoltabili, ma, al lume di essi, ancor più deve sorprenderci che siano indicati dalle fonti come casi di *separatio bonorum* alcune ipotesi di concessione di una « separazione » del patrimonio del defunto da quello dell'erede (per usare questa locuzione in senso assolutamente atecnico), le quali risultano fatte nell'interesse dell'erede.

Detti casi meritano un discorso più lungo.

1) Una prima ipotesi che risulta dalle fonti è la seguente. Il pretore ha costretto l'erede estraneo ad adire una eredità fedecommissaria

⁴⁵ V. per tutti BONFANTE, *Corso* 6.355 s.

⁴⁶ D. 42.6.4 itp. (cfr. *Index itp.* ahl.).

⁴⁷ D. 42.6.4.1; 6, su cui *Index itp.* e, da ultimo, BONFANTE, *cit.* 357 s.

⁴⁸ Cfr. ampiamente BONFANTE, *cit.* 358 s.

passiva; dopo l'adizione da parte dell'erede fiduciario, il fedecommissario si rifiuta di accettare la restituzione; per tale eventualità il divo Pio rescrisse *ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset* (D. 42.6.1.6). Già da tempo si è esattamente scorto, in questa ipotesi, un caso di *restitutio in integrum*, giustamente concessa dall'imperatore ad un erede che avrebbe potuto non adire e che aveva adito unicamente per obbedire all'imperativo del magistrato⁴⁹. Ma i postclassici sforzarono l'interpretazione del testo ulpiano, estendendo la concessione del divo Pio anche ai creditori dell'erede e dichiarando che veniva in essere perciò una *quasi separatio*.

D. 42.6.1.6 (Ulp. 64 *ad ed.*): ... [*creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur*].

Non giova insistere nella dimostrazione che questo brano è del tutto insitico⁵⁰. Giova invece notare come un caso discusso dal giurista classico, che si presenta a prima vista come una applicazione dell'istituto della *in integrum restitutio*, sia stato malamente interpretato ed esteso dai lettori postclassici e dai commissari giustiniani, cui più non appare evidente la stretta limitazione classica della *separatio* in favore dei creditori ereditari, attestata da D. 42.6.1.2 e 5.

2) Una seconda ipotesi, che al Bonfante pare di vera separazione, è riferita da:

D. 42.6.6.1 (Iul. 4[6](7) *dig.*)⁵¹: *Si liberta heres instituta bonorum possessionem secundum tabulas petisset eius, qui solvendo non erat, quaesitum est, an bona eius separari ab hereditariis debent. respondit: non est iniquum succurri patrono, ne oneraretur aere alieno, quod liberta petendo bonorum possessionem secundum tabulas contraxerit.*

Una liberta ottiene la *bonorum possessio* di un insolvente; le succede il patrono, il quale, per evitare di dover rispondere *ultra vires hereditarias*, chiede ed ottiene la separazione del patrimonio del primodante causa dal suo proprio patrimonio.

Ma anche in questo caso è da dubitarsi forte che si tratti di vera e propria *separatio bonorum*, ai sensi dell'editto pretorio. Il testo originario di Giuliano è stato indubbiamente parafrasato in epoca postclassica⁵² e ciò serve a spiegare come, con tutta probabilità, il suo vero

⁴⁹ BONFANTE, *cit.* 361.

⁵⁰ V. gli autori citati dall'*Index itp. ahl.*

⁵¹ LENEL, *Pal.* 1.443 nt. 7.

⁵² Così RECHNITZ, *Studien zu Salv. Iulian.* 92.

significato genuino possa essersi alterato. Fra le ipotesi avanzate per la sua spiegazione, giudico ancora migliore quella del Solazzi⁵³, che la libertà di cui nel passo giuliano fosse minore di età, sicché il rimedio impetrato ed ottenuto dal patrono è null'altro che una *restitutio in integrum* contro l'adizione⁵⁴.

Escluso, pertanto, che il concetto tecnico della *separatio bonorum* del diritto classico possa valere a ricoprire ogni caso di separazione, per dir così, del patrimonio del defunto da quello dell'erede, ed escluso in particolare che la *separatio* potesse avvenire ad istanza e nell'interesse dell'erede (volontario) o dei suoi creditori, rimane da vedere se, da un punto di vista concettuale, il caso dell'*heres necessarius* non si presenti con qualche caratteristica diversa, la quale riesca a giustificare la sua equiparazione ai creditori ereditari.

Il Bonfante⁵⁵ lo tiene per fermo. Secondo lui, addirittura, ai Romani non sarebbe stato estraneo il pensiero di una legittimazione attiva alla *separatio bonorum* degli *heredes* in generale: « Noi vedremo che allo schiavo erede necessario si è provveduto precisamente accordando la separazione, e la stessa *facultas abstinendi* concessa al *filiusfamilias* è in ultima analisi una separazione ». Senonché l'argomentazione bonfantiana pecca, a mio avviso, di una certa evanescenza. Tutto è *separatio*, se vogliamo limitarci a considerare l'elemento puramente materiale ed esteriore della separazione di due patrimoni; ma la logica del giurista si rifiuta di classificare allo stesso modo e la *separatio* concessa ai creditori ereditari e il *beneficium abstinendi* o il così detto *beneficium separationis* concesso agli eredi necessari. Le caratteristiche differenziali intrinseche fra l'una e gli altri sono troppe e troppo profonde perché il pretore abbia potuto pensare di concedere *separatio* dei creditori e *beneficium separationis* dell'erede in un unico editto: egli sarebbe stato sopra tutto impacciato nel dover ad un tempo non richiedere, per la prima, e richiedere, per il secondo, il requisito della non avvenuta *immixtio* da parte dell'erede necessario. D'altra parte, vi è questo argomento, che ci aiuta a credere come la disciplina del *beneficium separationis* non sia stata accommunata dal pretore e dalla giurisprudenza classica con quella della *separatio bonorum*: per il *beneficium abstinendi*, che il Bonfante ritiene « in ultima analisi una separazione » e che in-

⁵³ BIDR. 13 cit. 8.

⁵⁴ Ma v. *contra* BONFANTE, cit. 362.

⁵⁵ O. c. 360.

dubbiamente è intimamente connesso al *beneficium separationis*, il pretore ha creato un apposito editto e del pari la giurisprudenza classica ha creduto opportuno di dover inquadrare l'istituto in ben altra teoria. Vi è da credere perciò che neanche il *commodum* dell'*heres necessarius* facesse parte della clausola edittale e della teoria giurisprudenziale relativa alla *separatio bonorum*.

b) Con le considerazioni che precedono si è già reso poco verosimile, io spero, l'ipotesi che il pretore abbia potuto parlare del *commodum* dell'*heres necessarius* a proposito della *separatio bonorum* o abbia comunque potuto parlarne, altrove, come di una particolare figura di *separatio*. In ogni caso, pare a me che vi siano elementi per poter ritenere che l'editto *de separatione* fu unico ed indicò specificamente come legittimati attivi i creditori ereditari.

Circa la unicità o duplicità degli editti relativi alla separazione, si discute da tempo. La tesi oggi prevalente è quella dell'unicità: il pretore avrebbe promesso con un'unica clausola edittale, genericamente, la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, riservandosi di esaminare caso per caso, mediante una *causae cognitio*, la opportunità di emettere a favore di questo o di quello il *decretum* concessivo della *separatio*.

Ora, io riconosco che le stesse parole di D. 42.6.1.18 (*sciendum est . . . impetrare posse separationem*), ammesso che il brano sia genuino, « non militano molto a favore di uno speciale editto »⁵⁶, ma non posso aderire alla tesi della genericità di formulazione dell'editto *de separatione*.

Quali sono gli argomenti portati a sostegno di questa tesi?

Il Bonfante⁵⁷ si fonda sulla molteplicità delle questioni discusse in tema di legittimazione attiva alla *separatio*, nonché sul *decretum praetoris* da emettersi caso per caso. Ma il primo argomento è debole, se si considera che la gran parte di quelle discussioni è, per comune riconoscimento, di marca postclassica; né molto di più può valere il secondo, quando si preferisca pensare che la necessità del *decretum* scaturisse dalla esigenza della *causae cognitio* e che questa si giustificasse a sua volta pienamente per l'opportunità di valutare di volta in volta se la richiesta di *separatio* fatta dai creditori ereditari fosse basata su una reale esigenza di evitare il concorso dei creditori dell'erede insolvente sui beni dell'eredità.

⁵⁶ BONFANTE, *cit.* 392.

⁵⁷ O. c. 391 s.

Il Solazzi⁵⁸ si fonda su due punti principali: 1) che « né per interpretazione logica né per analogia si sarebbe potuto applicare all'*heres necessarius* un editto che avesse accordato la separazione ai soli creditori »; 2) che l'editto non nominava affatto i creditori ereditari, perché altrimenti Ulpiano non si sarebbe proposto, nel commentario riportato in D. 42.6.1.5-6, il quesito se potessero impetrare la *separatio* anche i creditori dell'erede, né tanto meno egli avrebbe detto, in D. 42.6.1.18, *sciendum est . . . impetrare posse separationem*. Ora il primo punto è indiscutibile, ma non dimostra quel che va previamente dimostrato: che cioè l'editto non nominava specificamente i creditori del defunto. Quanto al secondo punto, stupisce come il Solazzi non tenga presente il carattere interpolatizio di D. 42.6.1.5-6, ed ancor più come egli possa addurre ad esempio del modo tenuto da Ulpiano nel suo commento editto proprio il fr. 1.18, che invece, con tutto il suo discorso sul *servus necessarius*, egli tende a dimostrare non genuino.

Se una conclusione s'ha da trarre dal commentario riportato in D. 42.6.1, essa è che Ulpiano si astenne rigorosamente dal prospettare la domanda se la *separatio* potesse spettare ai creditori dell'erede o allo stesso erede (almeno a quello *voluntarius*): furono i postclassici ed i giustinianeî ad impiantare primamente di simili questioni. Il che induce a supporre — se bene intendo i canoni della interpretazione critico-esegetica — che, da una parte, il giurista classico non si sia nemmeno posta una ben naturale domanda per il fatto che il testo dell'editto, da lui commentato, concedeva esplicitamente la *separatio bonorum* ai creditori ereditari, mentre che, d'altra parte, sia stato più facile ai giuristi della decadenza il porsi una sì fatta questione, perché essi, annotando il commentario ulpiano, non avevano presente la specifica formula edittoale, o per lo meno non erano più al caso di sentirne la diretta influenza.

Unico l'editto ed unico l'istituto della *separatio*, in diritto classico. Editto ed istituto rigorosamente limitati, tuttavia, a creditori ereditari. Dato, pertanto, che il *commodum* dell'*heres necessarius* è stato dimostrato genuino, dato che esso ha tanta attinenza sostanziale con la *potestas abstinendi* e tanto poca con la *separatio*, dato ancora che il termine *beneficium separationis* (adattato al *commodum* dell'*heres necessarius*) non è risultato finora di derivazione classica, e dato infine che con ogni probabilità l'editto *de separatione* parlava solo dei cre-

⁵⁸ O. c. 261 s.

ditori dell'eredità e che solo a costoro si limitava il commento editale del giurista classico, ne segue il legittimo dubbio che D. 42.6.1.18 possa non essere stato scritto da Ulpiano e che perciò il riavvicinamento del *commodum* dell'*heres necessarius* alla *separatio bonorum* e la sua designazione come *separatio* possano essere stati il frutto dell'operato della scuola postclassica e dei compilatori giustinianeî.

8. — D) La sistemazione del *commodum* dell'*heres necessarius* in calce alla teoria della *separatio bonorum* è opera esclusiva della scuola postclassica, opera approvata e potenziata dai compilatori giustinianeî.

L'esame diretto di D. 42.6.1.18, considerato tanto in sé e per sé quanto in relazione a tutto il commentario ulpiano all'editto *de separatione*, varrà a dar fondamento di assoluta probabilità all'ipotesi.

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.*

Sed et — debetur è stato già da gran tempo attaccato dalla critica⁵⁹. Trattasi di un brano evidentissimamente non genuino, in quanto che enuncia un principio assurdo: il servo istituito erede non ha azione per ottenere il pagamento dell'obbligazione naturale in cui si sostanzia il *debitum* del *testator*, né egli può ricorrere al rimedio della *retentio*, per la semplicissima ragione che in tal caso verrebbe ad attingere l'eredità del patrono e a non poter piú, quindi, ottenere la *separatio*, che invece gli si dice concedibile.

Quanto al rimanente del frammento ulpiano, è da dire che esso enuncia un principio indiscutibilmente classico, ma parecchi motivi, oltre quelli sin qui riportati, inducono a farlo ritenere una inserzione postclassica. A parte qualche menda di forma⁶⁰, che potrebbe anche essere scusata, va principalmente ripreso, in questa sede, il rilievo ottimamente formulato dal Solazzi⁶¹: non è credibile che Ulpiano abbia po-

⁵⁹ Cfr. *Index itp.* ahI.

⁶⁰ Si noti la prolissa dizione « *necessarium heredem servum cum libertate institutum* », ove ci saremmo attesi « *necessarium heredem* » o « *servum cum libertate institutum* », o meglio ancora « *servum cum libertate heredem institutum* ». Si noti ancora la eccessiva genericità del *postea*, lor che si legge che in vantaggio del servo si separa « *quidquid postea adquisierit* »: un certo sforzo di intelligenza è necessario per intendere che qui « *postea* » significa « dopo la morte del padrone ».

⁶¹ O. c. 263.

tuto discorrere del *beneficium separationis* dell'*heres necessarius* soltanto a questo punto del suo commentario, quando ormai aveva già da un pezzo terminato di occuparsi della legittimazione attiva alla *separatio*. Ancora il brano sarebbe stato giustificabile subito dopo il paragrafo 9, ove il giurista svolge la questione se possa ammettersi la separazione *inter castrenses creditores ceterosque*, qualora *filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet*⁶²; ma, dato che nei paragrafi 10 ss. Ulpiano passa a trattare altri argomenti in merito alla *separatio*, l'improvviso apparire dopo di essi di un passo che torna al tema della legittimazione attiva non può non sorprendere e non indurre al sospetto il critico.

In base a queste considerazioni, viene ad eliminarsi un grave inconveniente avvertito dai romanisti nello studio della *separatio*, pur senza sostenersi col Solazzi che il *beneficium separationis* è un istituto postclassico: e l'inconveniente è quello della strana sistemazione del *commodum* dell'*heres necessarius* in calce alla teoria sulla *separatio bonorum*. Già il Perozzi⁶³ aveva tentato di superare l'ostacolo, evitando di ricorrere alla critica dei testi, col supporre che « sia stato Giuliano a riunire in un editto i due istituti in causa del termine comune: *separatio* »; ma la congettura era palesemente assurda e fu giustamente oppugnata⁶⁴. Non assurda è invece, io credo, la nostra congettura, che la commistione dei due istituti sia dovuta alla faciloneria della scuola postclassica, portata ad estendere oltre i creditori ereditari la legittimazione attiva alla *separatio*.

Quanto in questa evoluzione postclassica sia pregiustiniano e quanto sia invece giustiniano, non è possibile dire. Certo è, in ogni caso, che la commissione triboniana aderì pienamente alla tendenza generalizzatrice delle scuole postclassiche, sí da mutare il probabile titolo *de separatione* dell'editto giuliano nel titolo *de separationibus* di D. 42.6 e di CI. 7.72.

⁶² Brano certamente inquinato, ma di impalcatura classica: cfr. BONFANTE, *cit.* 363.

⁶³ *Ist.*² 2 *cit.* 636 nt. 2.

⁶⁴ Cfr. l'aspra critica del SOLAZZI, *cit.* 264 nt. 1.