

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: *filiū 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.

