

Bill. Solazzi  
Busta § 134

ANTONIO GUARINO

Professore inc. nella R. Università di Napoli

# PACTUM QUO MINUS SOLVATUR

Note sui precedenti romani del concordato preventivo

Estratto dagli

*Studi in memoria di Bernardino Scorza*



1940-XVIII

SOCIETÀ EDITRICE DEL «FORO ITALIANO»

ROMA

Lib. Saleon  
Data g. 134

ANTONIO GUARINO  
Professore inc. nella R. Università di Napoli

# PACTUM QUO MINUS SOLVATUR

Note sui precedenti romani del concordato preventivo

Estratto dagli  
*Studi in memoria di Bernardino Scorza*



1940-XVIII  
SOCIETÀ EDITRICE DEL «FORO ITALIANO»  
ROMA

442

SOMMARIO. — I. A) Caratteristiche del concordato, ed in particolare del concordato preventivo, nel diritto moderno: il concordato preventivo giudiziale, come concordato preventivo di maggioranza - B) Il *pactum quo minus solvatur*, come corrispondente romano del concordato preventivo del diritto moderno: D. 2. 14. 7. 19. Dubbi sulla classicità del *pactum*, in quanto concordato coattivo. Tesi: il diritto classico conobbe unicamente il principio del concordato preventivo amichevole, mentre che il principio del concordato preventivo di maggioranza venne sviluppandosi nell'ambiente giuridico postclassico sino a Giustiniano. — 2. Le ipotesi di applicazione del *pactum quo minus solvatur*: D. 2. 14. 7. 17, 18. Il *pactum* era stipulato fra l'*heres (extraneus, suus et necessarius, necessarius)* e i creditori ereditari, allo scopo di evitare la *bonorum venditio* e l'*infamia* che ne sarebbe conseguita per la memoria del morto (o, nel caso di *pactum* stipulato dall'*heres necessarius*, per lo stesso erede). — 3. Esame del sistema procedurale in cui si inseriva il *pactum*. La *interrogatio in iure « an heres sit »* dei creditori ereditari e la concessione all'erede dello *spatium deliberandi*. Necessità di un *decretum praetoris*, che sancisse l'esito (positivo, negativo, *spatium deliberandi*) della *interrogatio in iure*. Convenienza per l'*heres* di proporre il concordato a seguito della *interrogatio*, come quarta alternativa finale di questa procedura, da sancirsi anch'essa con un *decretum* del pretore. Ipotesi che il *pactum quo minus solvatur*, in quanto tale, fosse, in diritto classico, un concordato preventivo giudiziale (sancito da un decreto del pretore), pur senza essere ancora un concordato coattivo. — 4. Conferma esegetica della nostra ipotesi. - A) D. 2. 14. 7. 19 esprime lo stato del diritto postclassico, che ha introdotto il principio di maggioranza, limitando ai casi di dissenso fra i creditori ereditari la necessità del *decretum praetoris*. — 5. B) D. 2. 14. 8 è profondamente alterato e si riferiva in origine alla procedura della *bonorum venditio*. — 6. C) D. 2. 14. 9 ha subito molte modificazioni per parte dei commentatori postclassici e dei commissari giustiniani, i quali lo hanno adattato a commentare il nuovo principio di maggioranza. — 7. D) D. 40. 4. 54. 1 e E) D. 42. 8. 23 sono la più luminosa prova testuale della tesi che, nel diritto classico, il patto, pur essendo stipulato dall'erede con tutti i creditori chirografari, avesse sempre luogo *decreto a praetore interposito*. — 8. F) D. 2. 14. 10 pr. denuncia, malgrado molteplici alterazioni cui è andato soggetto, il vero contenuto del *rescriptum divi Marci*: necessità della presenza *in iure* di tutti i creditori ereditari (nonchè, come fa intendere il commento di Ulpiano, necessità che essi si trovino pienamente unanimi). — 9. La questione se anche i creditori privilegiati potessero aderire al concordato concluso dai creditori chirografari - G) D.

17. 1. 58. 1 esprime (a differenza di D. 2. 14. 10 pr.) la vera regola del diritto classico. — 10. Importanza di D. 17. 1. 58. 1 a conferma della nostra tesi. Malgrado una visibile inserzione postclassica di *maior parte creditorum consentiente* (al posto, forse, di *ex consensu creditorum*), esso dice ancora, più oltre, che il creditore privilegiato può giovare del concordato unicamente *si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset*.

1. — A) Il diritto moderno (mi riferisco, in particolare, al diritto commerciale italiano) conosce l'istituto del concordato (1) in una forma generica ed in due interessanti forme specifiche.

a) La forma generica è quella dell'accordo fra il debitore insolvente e tutti i suoi creditori per una proporzionale riduzione dei crediti (csd. concordato amichevole: art. 830 cod. comm.). Tale accordo può aver luogo « in ogni stadio della procedura di fallimento » e vi si può convenire « la cessazione o la sospensione del processo commerciale di fallimento » (2). A maggior ragione l'accordo può intercorrere fra le parti prima del fallimento, evitandosi così la dichiarazione del fallimento e le relative spese. Il concordato amichevole dispiega di per sé stesso tutti gli effetti che gli sono propri, senza bisogno di omologazione dell'autorità giudiziaria.

b) Le forme specifiche sono quelle dei concordati di maggioranza, nei quali il voto della maggioranza dei creditori vincola la minoranza, purchè il concordato sia omologato dall'autorità giudiziaria. Si distinguono, più particolarmente, i seguenti due istituti:

aa) Concordato fallimentare (art. 831-845 cod. comm.), che è un mezzo di chiusura del fallimento;

bb) Concordato preventivo (l. 24 maggio 1903 n. 197; l. 10 luglio 1930 n. 995), che è un mezzo di prevenzione del fallimento. Meritano di essere ricordati alcuni punti salienti di questa seconda procedura: 1) il debitore vi è ammesso, con decreto del tribunale (cui egli si era rivolto mediante ricorso), solo se sussistano certe condizioni, fra cui principalissima quella dell'offerta (garantita) del pagamento di un minimo del 40% ai creditori chirografari entro sei mesi dalla eventuale omologazione; 2) il concordato è approvato, in adunanza plenaria, soltanto se

(1) Sul concordato nel diritto moderno, v. da ultimo NATI, *Concordato preventivo*, in *Nuovo Digesto II.*, 3, 660 segg. e BRUNETTI A., *Fallimento*, in *Nuovo Dig.* cit., n. 208 segg. (ove si tratta del concordato fallimentare): ivi più ampie bibliografie. I precedenti romani dell'istituto sono, in generale, del tutto taciuti nelle monografie e nei trattati.

(2) Esso non può tuttavia, in tal caso, « impedire la continuazione del procedimento penale ».

raccogla l'adesione della maggioranza numerica dei creditori votanti, in quanto questa rappresenti almeno i 3/4 della totalità dei crediti non assistiti da privilegio, ipoteca o pegno; 3) non possono prendere parte alla votazione i creditori privilegiati, ipotecari o pignorati, se non rinuncino alle loro garanzie; 4) la omologazione del tribunale rende il concordato obbligatorio per tutti i creditori (3).

Se ci limitiamo, pertanto, a considerare il nostro sistema sotto l'angolo visuale della prevenzione del fallimento, possiamo concludere che in esso si danno due specie diverse di concordati preventivi: a) il concordato amichevole, che vive di vita assolutamente stragiudiziale; b) il concordato di maggioranza, a carattere giudiziale, che è un beneficio concesso al debitore, in quanto che rappresenta una deroga al principio dell'adempimento integrale dell'obbligazione da parte del debitore.

B) Anche nel diritto romano, come nel nostro, stava alla radice del diritto delle obbligazioni la regola che il debito deve essere adempiuto per intero (*solutio eius quod debetur*) (4). Trattavasi, naturalmente, di una norma dispositiva, e cioè pienamente derogabile dalla volontà delle parti (5); non pare invece che il diritto obiettivo dell'epoca classica abbia mai apporato ad essa eccezione alcuna (6), mentre di una tendenza

(3) Sul concordato preventivo e sul procedimento ad esso attinente, v. il limpido lavoro del CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo* (Padova 1937).

(4) La regola è formulata, con pari recisione, sia nelle fonti classiche che in quelle giustiniane. Lo dimostra il seguente confronto:

Gai Inst. 3. 168	Inst. 3. 29 pr.
<i>Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debetur.</i>	<i>Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, ...</i>

Se mai, è da porre in rilievo che la recisione del frammento giustiniano è ancora più netta di quella del passo gaiano: 1) *omnis obligatio* viene estinta con la *solutio eius quod debetur*; 2) sempre e in ogni caso (non più *praecipue*) ha da essere la *solutio eius quod debetur* ad estinguere la *obligatio*. Formulazioni accentuate, quelle giustiniane, che dimostrano una volta di più la tendenza (spesso inconsulta e contraddittoria) dei compilatori a porre regole fisse ed inderogabili di diritto dovunque se ne presentasse l'occasione.

Circa il senso e l'estensione della regola *tollitur obligatio rell.*, va notato che essa si propaga verso due direzioni: a) l'obbligazione deve essere adempiuta, anzitutto, per intero, nè il debitore può essere liberato pagando *pro parte*; b) l'obbligazione deve essere adempiuta, in secondo luogo, esattamente, nè il debitore può essere liberato pagando *aliquid pro alio*.

(5) Già il diritto classico conosceva, ad esempio, la *datio in solutum (voluntaria)*, per cui il debitore poteva, col consenso del creditore, pagare *aliquid pro alio* con pieno effetto liberatorio: v., in proposito, SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione in diritto romano*, 1<sup>2</sup> (Napoli 1935) 161 segg.

(6) Salvo, beninteso, che non si pensi alla classicità del principio di maggioranza nel

largheggiante del diritto postclassico si conservano tracce nettissime nelle fonti (7).

Nel diritto classico, ancor più che nel diritto di Giustiniano, fa pertanto impressione l'eccezione alla regola della *solutio eius quod debetur*, rappresentata dal così detto *pactum quo minus solvatur*, lontano antenato del nostro concordato preventivo di maggioranza (8), le cui caratteristiche appaiono scolpite nel seguente frammento dei Digesti (9):

D. 2. 14. 7. 19 (Ulp. 4 ad ed.) *Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem.*

Il testo ulpiano fa testimonianza di un sistema di prevenzione della procedura di concorso, il quale — almeno a prima vista — è molto simile a quello del diritto moderno. Da un lato, la *venditio bonorum* può essere evitata se i creditori abbiano, prima ancora della *missio in bona*, stragiudizialmente ed unanimemente acconsentito alla riduzione proporzionale dei propri crediti: in tal caso basterà che il debitore si avvalga, contro l'eventuale azione per il *solidum* intentata dai singoli cre-

concordato preventivo. (v., per le opinioni della dottrina, *infra*, nota 11): classicità e che è scopo di questo mio articolo negare.

(7) Non è questo il luogo per difendermi sul carattere tipicamente pregiustiniano delle varie eccezioni postclassiche al principio della *solutio eius quod debetur*, che troviamo attestate nelle fonti: v. amplius GUARINO, *Condemnatio in id quod facere postest*, di prossima pubblicazione. Che tali eccezioni siano i portati diretti di una riforma giustiniana, è reso a priori inverosimile dall'accennata circostanza che i compilatori hanno non solo ripetuta, ma addirittura accentuata nella formulazione la regola gaiana *solbitur autem obligatio vel.* (v. *retro*, nota 4). Furono i lettori postclassici a far spuntare qua e là, per specifiche ragioni di *humanitas*, le varie eccezioni (es.: carattere di *beneficium* della *condemnatio* limitata, casi di *datio in solutum necessaria*); ed è ammissibile che i giustiniani, anch'essi fedeli ministri dell'*humanitas*, non abbiano avuta nessuna difficoltà a farle sussistere nella compilazione.

(8) Vanno ricordate le parole del BONFANTE, *Istituzioni di dir. rom.* (Milano 1932), 405, per il quale il concordato, «che i Romani applicarono solamente all'eredità», è precisamente lo stesso istituto «che promette di avere nel diritto commerciale moderno una sempre più larga applicazione». Forse, in questo discorso, la precisazione che non si trattava di concordato in genere, bensì di concordato preventivo non sarebbe stata inutile.

(9) Ancor più e meglio, in ordine specifico al diritto giustiniano, da D. 2. 14. 8. Per la critica dei due frammenti (ambidue completamente alterati), v. *infra*, rispettivamente, n. 4 e n. 5.

ditori, della *exceptio pacti conventi* (funzionando il concordato come un qualunque *pactum de non petendo* parziale). Dall'altro lato, se i creditori non siano unanimi nel consentire la riduzione proporzionale dei crediti, il debitore può (sempre che la riduzione accettata solo da alcuni creditori non sia tale da metterlo in grado di pagare integralmente gli altri) provocare l'intervento del pretore, il quale sancirà, *in iure*, con un suo decreto, il parere della maggioranza: anche in tal caso il debitore potrà paralizzare ogni eventuale azione per il *solidum*, sia dei creditori consenzienti che dei creditori trovatisi in minoranza, mediante la *exceptio pacti*.

Ma le critiche al sistema — almeno come ci è rappresentato dal fr. 7. 19 — sorgono subito e spontanee. Perché mai il concordato stragiudiziale s'ha da ritenere valido, soltanto se i creditori *convenerint in unum*? Niuno nega che l'adunanza plenaria dei creditori, bene intenzionati a porgere la mano al debitore, possa risultare di grande utilità: non solo perché è, in tal modo, più facile che un'opera di persuasione (certo difficile al debitore) possa essere esercitata dai creditori più benevoli nei riguardi di quelli tendenzialmente più crudi, ma anche perché un esame completo del rapporto intercorrente fra attivo e passivo patrimoniale del debitore è tale da mettere i creditori in condizione di non falciarsi i propri crediti in misura maggiore di quanto sia strettamente necessario, di salvaguardare quindi i propri interessi. Tuttavia non son, questi, motivi tali da imporre la necessità dell'adunanza plenaria, dato che — sempre a quanto risulta dal fr. 7. 19 — un *decretum* del pretore non occorre a confermare il concordato amichevole. Il sistema romano risulta, dal fr. 7. 19, quanto mai nebuloso, nè gli altri testi a nostra disposizione contribuiscono, come vedremo, a darcene una idea più concreta.

Gli elementi di critica sin qui abbozzati accentuano la nostra diffidenza verso la classicità del principio di maggioranza nel concordato preventivo, unica eccezione — come si è detto — alla regola basilare della *solutio eius quod debetur*. D'altronde, sarebbe molto arrischiato lanciarsi in una critica dei testi, la quale facesse piazza pulita del principio di maggioranza e del *decretum praetoris* che lo garantisce. Giova ammettere che della classicità del *decretum praetoris* fanno malleveria almeno due testi della compilazione: D. 40. 4. 54. 1 e 42. 8. 23, che esamineremo più oltre (10). Ma quei frammenti parlano anche, con estrema chiarezza, di un *pactum* concluso *cum creditoribus, ex consensu creditorum*, senza far cenno del principio della maggioranza.

(10) Cfr. *infra*, n. 7.

Non è pertanto ingiustificata una ricerca, volta ad appurare se e perchè, nel diritto classico, il *factum quo minus solvatur* fosse omologato da un *decretum praetoris*, ma non fosse tuttavia ancora un concordato di maggioranza, nel senso dell'istituto moderno.

Scopo di queste note è appunto di dare una risposta al quesito, ancora non sicuramente risolto (11), circa la genesi e lo sviluppo del *factum quo minus solvatur*, dal diritto classico al diritto giustiniano, al fine di affermare e precisare in maniera definitiva la tesi che il diritto classico conobbe unicamente il principio del concordato preventivo amichevole, mentre che il principio del concordato preventivo di maggioranza venne sviluppandosi nell'ambiente giuridico postclassico sino a Giustiniano.

2. — Per seguire l'indirizzo di indagini da noi prescelto, occorre anzitutto analizzare le ipotesi, in cui il diritto romano ammetteva che avesse luogo il *factum quo minus solvatur*. Esse sono, come vedremo, sensibilmente diverse da quelle del diritto moderno; ma sarà appunto la considerazione delle loro caratteristiche peculiari, che potrà chiarirci alcune particolarità dell'istituto romano, le quali a loro volta indicheranno i limiti entro i quali deve contenersi il nostro tentativo di una analogia fra esso e l'istituto moderno.

A) Una prima ipotesi — la più frequente (12) — si è che il patto

(11) Cfr. sul *factum quo minus solvatur*, da ultimo, l'ampio *excursus* del SOLAZZI, *Estimazione cit.*, 192 segg., per cui il concordato di maggioranza è un istituto classico: «Formalmente, secondo i concetti romani, esso era un *factum de non petendo* parziale. Sostanzialmente, nel contenuto e nella disciplina . . . , si aveva qui l'istituto del concordato come nell'odierno diritto fallimentare». Contro la comune dottrina si è posto il BESELER, *Beitrag zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2 (Tübingen 1911), 97, sostenendo che invece il diritto classico conobbe la sola forma del concordato amichevole e che il decreto del pretore, che rende obbligatoria la volontà della maggioranza per gli assenti e dissenzienti, fu una innovazione giustiniana. Giustamente ha opposto il SOLAZZI, cit. 193 segg., che la tesi è insufficientemente provata, in quanto che il BESELER limita il suo esame (del resto alquanto superficiale) a due soli testi: D. 2. 14. 8 e D. 17. 1. 58. 1. Rimangono da analizzare D. 2. 14. 7. 19, 10 pr., 40. 4. 54. 1, 42. 8. 23, ed è ben difficile cancellare in essi la menzione di un *decretum praetoris*, di cui fa duopo riconoscere la classicità e cercare la vera giustificazione nel sistema del diritto classico. Aderisce al BESELER (ma senza citarlo) LONGO G., *Diritto romano* (Torino 1939) 432 segg. Dubitativo BIONDI, *Corso di dir. rom., Dir. ereditario, parte generale* (Milano 1934) 178 segg.

(12) Essa ci è anche attestata da D. 42. 8. 23 (qui riportato *sub C.*, e analizzato *infra*, n. 7) e da D. 40. 4. 54. 1 (analizzato *infra* n. 7).

avvenga fra l'*heres voluntarius* e i creditori del defunto, prima della adizione dell'eredità.

D. 2. 14. 7. 17 (Ulp. 4 ad ed.) *Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum validum est.*

B) Altre ipotesi — meno usuali ed alquanto più complesse — sono trattate in

D. 2. 14. 7. 18 (Ulp. 4 ad ed.) *Sed si servus sit, qui paciscitur, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur, [quia sub condizione 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 adit hereditatem: et dicit doli cum 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 testo è stato variamente sospettato dalla critica (13). Io ritengo, comunque, che in esso vi sia indiscutibilmente un nocciolo genuino, rappresentato dal primo periodo (*sed-verum est*), che è quello che poi ci interessa da vicino (14). Tutto il resto del frammento non pare invece di diretta derivazione classica ed è da attribuirsi, a mio parere, alla diligenza completomane di un lettore postclassico, il quale ha voluto inte-

(13) Cfr. *Index interpolationum quae in Iustini digestis inesse dicuntur* (Weimar 1929-30) 1 e *Supplementum*, s. h. t.

(14) *Quia sub condizione heres scriptus fuerat* sa tuttavia, in questo periodo, di glossa scolastica: cfr. LENEL, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 39 (1918) 127; KRÜGER, *Supplementa adnotationum* alla ed. stereotipa XIII del *Corpus iuris civilis* (Berlino 1920).

grare 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 (15). In conclusione, da Marcello (16) in poi dovette essere assolutamente

(15) Preferisco riportare in nota le considerazioni che mi spingono alla conclusione enunciata nel testo. È notevole che il FABRO (*Rationalia ad h. l.* — I, 178) ed il VASSALLI (*Miscellanea critica*, I 39<sup>a</sup>) espungono tutto il brano da *quod* alla fine. Il KRÜGER, *Suppl.*, si limita a segnare come sicura l'atetesi di *immo-responda*. Ma l'alterazione formale del frammento ulpiano è indubbiamente stata più estesa. — a) *Idem et in extraneo herede* non può essere stato scritto da Ulpiano, il quale, poco prima, nel § 17, aveva già accennato al caso dell'*heres extraneus* che stringa il patto *ante aditam hereditatem*. È probabile che Marcello, nei suoi *digesta*, abbia parlato anche dell'*heres extraneus*, ma non è ammissibile che il resoconto ulpiano si sia esteso sino a ciò, quando dell'*heres extraneus* Ulpiano aveva già fatto ormai parola. — b) *Qui si mandat-actionem* contiene in sostanza una osservazione giusta, ma in questo punto superflua, anzi inaccettabile (se è vero che *idem-herede* non è genuino), e per di più espressa con una costruzione straordinariamente invertebrata. Inoltre l'*etiam* è equivoco e pone il lettore sul punto di attribuire una corbelleria ad Ulpiano. Il significato della frase vuol essere: anche se l'*heres extraneus* esercita l'*aditio mandatu creditorum*, un'*actio* (e più precisamente l'*actio mandati*) gli spetta; dunque queste parole farebbero cenno dell'altro mezzo di cui dispone l'erede estraneo per potersi garantire contro il pericolo di dover pagare con le proprie sostanze i creditori ereditari, cioè dell'*aditio mandatu creditorum*. Ma il senso letterale del testo è invece il seguente: se l'*heres extraneus*, oltre all'aver stretto il *factum quo minus solvatur*, ha adito *mandatu creditorum*, in tal caso gli spetta non solo l'*exceptio ex facto* ma anche l'*actio mandati*; dunque potrebbe parere che l'*heres* sia ricorso ad un tempo ad ambedue i mezzi di cui aveva facoltà di disporre! — c) *Sed si quis libertatem* è una ripetizione della decisione di Vindio, indubbiamente approvata da Marcello, ma che Ulpiano non sarebbe stato portato per ciò solo a ripetere. — d) *Quod-fin.* introduce tutta una nuova questione, che con l'*excursus* sul *factum quo minus solvatur* c'entra come i cavoli a merenda. La forma è visibilmente postclassica. Quanto alla sostanza, io non nego né la classicità della questione, né l'attendibilità della testimonianza circa la soluzione di Marcello, ma nego che della questione abbia potuto far motto in questo punto Ulpiano e mi pare anche dubbio che i *digesta* di Marcello la riportassero e la risolvessero a seguito delle varie considerazioni sul concordato. — La mia ipotesi è che un attento lettore postclassico si sia dato briga, leggendo il testo di Ulpiano, di riesaminare i *digesta* di Marcello: egli ha pertanto compiuto una minuta opera di fusione fra l'estratto di Marcello ed il resoconto ulpiano. Marcello trattava probabilmente, a questo proposito, una *quaestio* teorica ed è logico che egli volesse essere completo, si da parlare anche dell'*extraneus heres* e dell'*aditio mandatu creditorum* e da far cenno altresì dell'intricata questione sulla concedibilità dell'*exceptio doli* all'*heres necessarius*, *qui paciscitur priusquam hereditatem apiscatur*. Di tutte queste altre cose non ha tenuto conto Ulpiano, o per averne già parlato o per essere esse superflue. Il commentatore postclassico ha invece ritornato in vita la *quaestio* ed ha fatto forse di più, accennando, con il suo stile nebuloso, al parere espresso in definitiva, qui od altrove, da Marcello in merito all'ultimo problema.

(16) I cui *digesta* furono composti sotto il regno dei *divi fratres*, Marco Aurelio e Lucio Vero (161-172): cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* (Lipsia 1889) I (*Marcellus*)

pacifico, nella giurisprudenza romana, che il *factum quo minus solvatur* potesse intercorrere anche fra i creditori del defunto e gli eredi necessari (*heres suus et necessarius, heres necessarius*), prima però che avvenisse, da parte di quest'ultimi, il *miscere se bonis* (17).

C) Possiamo ora domandarci perchè mai fosse concluso così di frequente il patto. La risposta usuale è questa: per evitare la *bonorum venditio* sui beni del defunto e per salvare conseguentemente la fama di costui (18). Ma è una risposta — fondamentalmente esatta, come vedremo — la quale si basa sulla considerazione dei casi più comuni di esplicazione del patto, cioè sulla ipotesi di un *factum* intercorrente fra *extraneus heres*, oppure fra l'*heres suus et necessarius* e i creditori ereditari. Bisogna invece tener presenti e valutare anche le rimanenti ipotesi, sebbene siano molto meno frequenti, e ragionare con ordine.

a) Qualora il patto intercorresse fra *heres extraneus* e creditori ereditari, il suo scopo era evidente. Essendo l'credità passiva, l'*heres scriptus* non l'avrebbe adita di certo: in tal caso i creditori avrebbero potuto chiedere ed ottenere, in base all'editto pretorio «*cui heres non exhibet*», la *missio in bona* e si sarebbe proceduto alla esecuzione patrimoniale nel nome del morto, con la conseguenza dell'infamia, che avrebbe ormai vanamente bollata la memoria di costui. All'erede — non foss'altro, per ragioni di riconoscenza verso il defunto, che l'aveva istituito — poteva interessare di evitare al *de cuius* l'infamia, senza peraltro ripor-

589<sup>a</sup>. — Sulla composizione dei *digesta* dei giuristi classici a base di *quaestiones* e di *responsa*, v. da ultimo ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto rom.* (Napoli 1937) 258<sup>a</sup> e citazioni ivi.

(17) Col SOLAZZI (*Diritto ereditario romano*, 2 [Napoli 1933] 251) ritengo probabilmente classica la sostanza della frase *sed an vel doli-fin.* Non vi ha dubbio che discussione vi fosse, nel diritto classico, circa la spettanza della *exceptio facti* all'*heres necessarius*, il quale avesse addirittura contrattato prima della morte del *de cuius*: già Vindio (contemporaneo di Gaio) si pronunciava giustamente per la negativa. Nel contesto di Ulpiano il resoconto del pensiero di Marcello ha carattere di reazione alle conseguenze, per altro verso esagerate, che potrebbero trarsi dalla negazione di Vindio: l'*heres necessarius* non *paciscitur recte, priusquam libertatem et hereditatem apiscatur*, se non ch'è (autem) tanto lui quanto il *suus* possono concludere il patto dopo la morte del *pater familias* e prima dell'*immixtio*. Il problema circa le sorti del patto concluso prima della morte del *de cuius* rimane, in un certo senso, in sospenso, poichè sappiamo che il *factum* non *prodest* in quanto tale, ma viene logico il dubbio se, a tempo e a luogo, sia da concedersi l'*exceptio doli* agli eredi necessari. Possibilissima, quindi, la sostanziale classicità di *sed an vel doli et prosit exceptio, quaeritur*, con quel che segue (circa i rilievi di forma, v. *retro*, nota 15). — Dobbiamo, in conclusione, attribuire al diritto classico il seguente principio: se l'erede (*voluntarius* o *suus* o *necessarius*) compie il *factum quo minus solvatur* quando non sia ancora *sui iuris*, non gli competerà l'*exceptio facti*, ma tutt'al più un'*exceptio doli*.

(18) Cfr., ad esempio, SOLAZZI, *Estinzione cit.*, 192.

tare alcun pregiudizio patrimoniale. Ed è anche concepibile come tutto ciò potesse tornar comodo ai creditori ereditari, i quali, dimessa la speranza di un soddisfacimento integrale delle loro ragioni, dovevano avere a grado che ad un pagamento parziale si addivenisse senza l'alea inevitabilmente connessa alla *venditio bonorum*. Non è inutile richiamarsi alle seguenti parole di Scevola:

D. 42. 8. 23 (Scaev. 32 resp.) *Primo gradu scripti heredes cum animadverterent bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia... ea condicione adierunt hereditatem, ut creditoribus dumtaxat partem praestarent...* (19).

b) Fondamentalmente analogo al precedente era il caso di *pactum* fra creditori ereditari e *heres suus et necessarius*. Questi, a differenza dell'*heres voluntarius*, diveniva erede *ipso iure*, ma tuttavia il pretore gli concedeva la *potestas abstinendi*, in forza della quale egli, sol che evitasse di *immiscere se bonis*, poteva far sì che i *bona paterna* fossero venduti nel nome del padre, con la conseguenza della infamia per il padre, anzi che per sé stesso (20). Ora, è noto a quali gravi critiche si è esposto in dottrina l'istituto delle *abstentio* (21): se è iniquo che il figlio subisca l'infamia per causa del padre, non è certo edificante che il figlio lasci poco pietosamente infamare la memoria paterna astenendosi dall'eredità. La dottrina non ha fatto tuttavia caso alla provvida funzione correttiva esercitata in materia dal *pactum ut minus solvatur*: il *suius heres* poteva negoziare con i creditori ereditari un pagamento parziale dei loro crediti, evitando in tal modo l'infamia non solo a sé stesso, ma anche alla memoria del padre (22). Si produceva, per tal guisa, una situazione di pratica utilità del *pactum* non dissimile da quella esaminata a proposito dell'*heres extraneus*, ed è ben naturale che questo caso rientrasse, nelle trattazioni della giurisprudenza romana, sotto il paradigma del caso precedente.

c) Caratteri di anomalia rispetto alle altre presenta, invece, la ipo-

(19) Per la critica del frammento, v. *infra*, n. 7.

(20) Cfr. Gai Inst. 2. 158; Ulp. Reg. 22. 24; Inst. 2. 19. 2.

(21) Cfr., da ultimo, SOLAZZI, *Dir. ereditario* cit., 2. 222 segg.

(22) Il SOLAZZI (*Dir. ereditario* cit., 2. 250) preferisce esprimersi così: « il *suius* poteva negoziare la rinuncia al *beneficium abstinendi* ». La formulazione mi pare troppo recisa. Come l'*heres scriptus* non negoziava la rinuncia alla *aditio*, così l'*heres suus et necessarius* non negoziava necessariamente la rinuncia alla *abstentio*.

tesi di *pactum quo minus solvatur* stipulato fra creditori ereditari e l'*heres necessarius*, cioè il *servus* istituito dal padrone *cum libertate*. Anche questi, come l'*heres suus et necessarius*, diveniva erede *ipso iure* (23), ma non gli era concessa peraltro la *facultas abstinendi* (24): la *venditio bonorum* sarebbe quindi avvenuta, in ogni caso, nel suo nome, sì che egli non stringeva il patto per salvare la fama del defunto, ma per salvare sé stesso dall'infamia. L'anomalia rilevata non è tale, tuttavia, da autorizzare la ipotesi della non classicità di questo caso (25): a parte la inattaccabilità del brano di D. 2. 14. 7. 18 che ne fa menzione (26), va messo in luce che l'ipotesi di *pactum* fra creditori ereditari ed *heres necessarius* era portata dalla giurisprudenza su una linea di stretta analogia, quanto alla procedura, con l'ipotesi di *pactum* fra creditori ereditari ed *heres suus*, in quanto che anche l'*heres necessarius* doveva concludere il patto *priusquam se immisceat* (27):

(23) Va ricordata la genesi dell'istituto, quale ci è descritta da Gaio:

Gai Inst. 2. 154 *Unde qui facultates suas suspectas habet, solent servum suum primo aut secundo [vel etiam ulteriore] gradu liberum et heredem instituire, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veniant, 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: suū alio iure utimur.*

Circa il glossema *vel etiam ulteriore*, cfr. SOLAZZI, *Dir. ereditario* cit. 2. 131; DE MARTINO, *Vel etiam, nelle fonti giuridiche romane*, in *Atti Accad. Sc. morali e politiche Soc. Reale Napoli*, 58 (1938), estr. 52 segg. Come giustamente nota il SOLAZZI (cit. 14), dovette essere la giurisprudenza a trarre da questa consuetudine di cui ci attesta Gaio la necessità per il *servus* di essere erede, *etiam invitus*. Tuttavia non direi che la dottrina di Sabino sia stata respinta esclusivamente a causa del carattere rigoroso di questa « giurisprudenza padronale ». L'ammissione del *pactum ut minus solvatur* anche riguardo all'*heres necessarius* dimostra che la giurisprudenza romana non era poi così inesorabile con il *servus* istituito *cum libertate*. L'opinione di Sabino era insostenibile, e fu pertanto respinta, perché portava a scegliere fra due eventualità parimenti inaccettabili: o sottoporre il *servus* ad una procedura concorsuale anomala, dalla quale non derivasse *ignominia*, o effettuare la *venditio* nel nome del morto, frustrando il suo desiderio di evitarsi la infamia.

(24) Cfr. D. 29. 2. 57. 2; 66; 71. 1.

(25) Semai, l'ipotesi in esame è da definirsi come la più giustificata delle tre, quanto alla finalità della conclusione del *pactum*, in quanto che l'*heres necessarius* conclude questo per evitare a sé quella *ignominia*, che Sabino voleva addirittura abolire, nei suoi riguardi, dalla procedura di concorso (v. *retro* nota 23).

(26) V. *retro* sub B e nota 15.

(27) Vedremo appresso che l'interrogatio *an heres sit* avveniva anche rispetto all'*heres necessarius* che tardasse ad *immiscere se bonis* (*infra* n. 3 sub B). Non si spiegherebbe altri-

3. — I cenni di diritto sostanziale sin qui dati circa le ipotesi in cui avveniva il *pactum quo minus solvatur* sono di molta utilità — e lo vedremo subito — per il passaggio all'esame del sistema procedurale in cui il patto si inseriva. La dottrina non si è mai domandato, finora, se il *pactum ut minus solvatur* avesse carattere giudiziale o meno, nè sino a che punto si estendesse il suo nesso con istituti e fenomeni procedurali. Pure è questa l'indagine preliminare da svolgere, anche se con molta cautela, ai fini del tentativo di una giustificazione del *decretum praeoris*, di cui ragionano le fonti, nell'ambiente del diritto classico.

A) Come è noto, l'*ius civile* non stabiliva termine alcuno per l'accettazione dell'eredità. Se il termine non era inserito dal testatore nella clausola della *cretio*, avveniva che tanto l'*heres sine cretione institutus*, quanto l'*heres ab intestato* fosse pienamente libero di adire l'eredità *quocumque tempore voluerit* (28).

a) In tali casi, l'*heres institutus sine cretione* poteva avere — ritardando nell'adizione — soltanto due timori: 1) di decadere dal diritto di accettare (a causa di morte o di *capitis deminutio*); 2) che il suo diritto di accettare venisse a mancare di contenuto, verificandosi l'*usucapio pro herede* da parte di un terzo (29). A parte queste possibilità di danno per l'erede, sta di fatto che i creditori ereditari erano costretti ad attendere indefinitamente, con tutto loro svantaggio, il beneplacito dell'*heres scriptus* circa l'*an* ed il *quando* dell'adizione.

b) Qualora non si trattasse di *heredes extranei*, si bene di eredi necessari, i creditori si trovavano stavolta davanti ad eredi, i quali erano successi *ipso iure* al defunto. La certezza circa l'esistenza dell'erede, almeno in un certo senso, vi era. Senonchè l'editto pretorio dette inizio ad una riforma delle regole civilistiche sugli eredi necessari, dalla quale derivò che i creditori ereditari vennero a trovarsi, nei loro confronti, in maniera sostanzialmente non dissimile che nei confronti degli *extranei heredes*.

aa) Con una esplicita disposizione del suo editto, il pretore permise agli *heredes sui et necessarii* « *abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant* » (30). Questo nuovo istituto, se avviava da un

menti, fra l'altro, perchè l'*heres necessarius* non potesse fare il *pactum quo minus solvatur* anche dopo essersi immischiato nei beni del defunto.

(28) Gai Inst. 2. 167.

(29) Cfr. *amplius* su ciò SOLAZZI, *Dir. ereditario* cit. 139 segg.

(30) Gai Inst. 2. 158.

lato ad una iniquità dell'*ius civile* (e cioè alla conseguenza dell'infamia per l'erede costretto *ipso iure* a succedere in una eredità *damnosa*) (31), creava, d'altro lato, a sua volta una situazione di iniquità rispetto ai creditori ereditari: dato che al godimento del *beneficium abstinendi* bastava che l'erede non attuasse l'*immiscere se bonis*, i creditori potevano trovarsi nella situazione di dover attendere indefinitamente che l'erede si risolvesse per l'*abstentio* o per la ritenzione dell'eredità.

bb) Il pretore non concesse la *potestas abstinendi* agli *heredes necessarii*, i quali integravano una categoria di genesi e sviluppo tipicamente giurisprudenziale (32), ma fu la giurisprudenza a creare per questi un istituto praticamente analogo, e cioè il così detto *beneficium separationis* (33). Ovviamente non poteva essere raggiunto, col nuovo mezzo, l'identico fine equitativo della *abstentio*, il fine di evitare l'infamia all'erede; e ciò per l'ottima ragione che la categoria degli *heredes necessarii* era scaturita a sua volta dalla pratica necessità di evitare l'infamia al defunto ed ai *sui heredes*. Ma, per lo meno, era raggiunto lo stesso fine economico del *beneficium abstinendi*: come l'*heres suus* riteneva tutto ciò che avesse acquistato dopo la morte del defunto, evitando di rispondere *ultra vires hereditarias*, così anche al *servus cum libertate heres institutus* era dato il *commodum* « *ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur* » (34). In ogni caso, derivava dal *beneficium separationis* una iniquità perfettamente analoga a quella derivante dal *beneficium abstinendi* dei *sui heredes*: sin che l'*heres necessarius* non avesse deciso se *immiscere se bonis*, toccava ai creditori ereditari di starsene con le mani in mano ad attendere il beneplacito.

B) A tutto questo complesso di iniquità, sostanzialmente corrispondenti per tutte le tre categorie di eredi, cercò di ovviare il pretore, e

(31) V. *retro*, n. 2, C sub b).

(32) V. *retro*, n. 2, C sub c) e nota 23.

(33) Cfr. D. 42. 6. 1. 13 («... scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quicquid postea adquisierit separetur... »): brano di fattura, forse, postclassica ma che riflette indubbiamente lo stato del diritto classico (cfr. infatti Gai Inst. 2. 155). La classicità del *beneficium separationis* è posta in dubbio dal SOLAZZI, *Dir. ereditario* cit. 2. 251 segg., avvertito (ma senza motivazione) dal BRONDI, *Corso di diritto romano, Dir. ereditario, parte generale* (Milano 1934) 93. Non è questo il luogo per trattare la dibattuta questione. Rinvio pertanto al mio studio *Sul beneficium separationis dell'heres necessarius*, di prossima pubblicazione, ove dimostro: 1) la classicità dell'istituto, 2) la sua derivazione giurisprudenziale.

(34) Gai Inst. 2. 155; per le discussioni circa la genuinità di questo testo, v. il mio scritto cit., *retro*, nota 33.

3. — I cenni di diritto sostanziale sin qui dati circa le ipotesi in cui avveniva il *factum quo minus solvatur* sono di molta utilità — e lo vedremo subito — per il passaggio all'esame del sistema procedurale in cui il patto si inseriva. La dottrina non si è mai domandato, finora, se il *factum ut minus solvatur* avesse carattere giudiziale o meno, nè sino a che punto si estendesse il suo nesso con istituti e fenomeni procedurali. Pure è questa l'indagine preliminare da svolgere, anche se con molta cautela, ai fini del tentativo di una giustificazione del *decretum praetoris*, di cui ragionano le fonti, nell'ambiente del diritto classico.

A) Come è noto, l'*ius civile* non stabiliva termine alcuno per l'accettazione dell'eredità. Se il termine non era inserito dal testatore nella clausola della *cretio*, avveniva che tanto l'*heres sine cretione institutus*, quanto l'*heres ab intestato* fosse pienamente libero di adire l'eredità *quocumque tempore voluerit* (28).

a) In tali casi, l'*heres institutus sine cretione* poteva avere — ritardando nell'adizione — soltanto due timori: 1) di decadere dal diritto di accettare (a causa di morte o di *capitis deminutio*); 2) che il suo diritto di accettare venisse a mancare di contenuto, verificandosi l'*usucapio pro herede* da parte di un terzo (29). A parte queste possibilità di danno per l'erede, sta di fatto che i creditori ereditari erano costretti ad attendere indefinitamente, con tutto loro svantaggio, il beneplacito dell'*heres scriptus* circa l'an ed il quando dell'adizione.

b) Qualora non si trattasse di *heredes extranei*, si bene di eredi necessari, i creditori si trovavano stavolta davanti ad eredi, i quali erano successi *ipso iure* al defunto. La certezza circa l'esistenza dell'erede, almeno in un certo senso, vi era. Senonchè l'editto pretorio dette inizio ad una riforma delle regole civilistiche sugli eredi necessari, dalla quale derivò che i creditori ereditari vennero a trovarsi, nei loro confronti, in maniera sostanzialmente non dissimile che nei confronti degli *extranei heredes*.

aa) Con una esplicita disposizione del suo editto, il pretore permise agli *heredes sui et necessarii* « *abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant* » (30). Questo nuovo istituto, se avviava da un

menti, fra l'altro, perchè l'*heres necessarius* non potesse fare il *factum quo minus solvatur* anche dopo essersi immischiato nei beni del defunto.

(28) Gai Inst. 2. 167.

(29) Cfr. *amplius* su ciò SOLAZZI, *Dir. ereditario* cit. 139 segg.

(30) Gai Inst. 2. 158.

lato ad una iniquità dell'*ius civile* (e cioè alla conseguenza dell'infamia per l'erede costretto *ipso iure* a succedere in una eredità *damnosa*) (31), creava, d'altro lato, a sua volta una situazione di iniquità rispetto ai creditori ereditari: dato che al godimento del *beneficium abstinendi* bastava che l'erede non attuasse l'*immiscere se bonis*, i creditori potevano trovarsi nella situazione di dover attendere indefinitamente che l'erede si risolvesse per l'*abstentio* o per la ritenzione dell'eredità.

bb) Il pretore non concesse la *potestas abstinendi* agli *heredes necessarii*, i quali integravano una categoria di genesi e sviluppo tipicamente giurisprudenziale (32), ma fu la giurisprudenza a creare per questi un istituto praticamente analogo, e cioè il così detto *beneficium separationis* (33). Ovviamente non poteva essere raggiunto, col nuovo mezzo, l'identico fine equitativo della *abstentio*, il fine di evitare l'infamia all'erede; e ciò per l'ottima ragione che la categoria degli *heredes necessarii* era scaturita a sua volta dalla pratica necessità di evitare l'infamia al defunto ed ai *sui heredes*. Ma, per lo meno, era raggiunto lo stesso fine economico del *beneficium abstinendi*: come l'*heres suus* riteneva tutto ciò che avesse acquistato dopo la morte del defunto, evitando di rispondere *ultra vires hereditarias*, così anche al *servus cum libertate heres institutus* era dato il *commodum* « *ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur* » (34). In ogni caso, derivava dal *beneficium separationis* una iniquità perfettamente analoga a quella derivante dal *beneficium abstinendi* dei *sui heredes*: sin che l'*heres necessarius* non avesse deciso se *immiscere se bonis*, toccava ai creditori ereditari di starsene con le mani in mano ad attenderne il beneplacito.

B) A tutto questo complesso di iniquità, sostanzialmente corrispondenti per tutte le tre categorie di eredi, cercò di ovviare il pretore, e

(31) V. *retro*, n. 2, C *sub b*).

(32) V. *retro*, n. 2, C *sub c*) e nota 23.

(33) Cfr. D. 42. 6. 1. 18 («... *solicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quicquid postea adquisierit separatur*...»): brano di fattura, forse, postclassica ma che riflette indubbiamente lo stato del diritto classico (cfr. infatti Gai Inst. 2. 155). La classicità del *beneficium separationis* è posta in dubbio dal SOLAZZI, *Dir. ereditario* cit. 2. 251 segg., avvertato (ma senza motivazione) dal BIONDI, *Corso di diritto romano, Dir. ereditario, parte generale* (Milano 1934) 93. Non è questo il luogo per trattare la dibattuta questione. Rinvio pertanto al mio studio *Sul beneficium separationis dell'heres necessarius*, di prossima pubblicazione, ove dimostro: 1) la classicità dell'istituto, 2) la sua derivazione giurisprudenziale.

(34) Gai Inst. 2. 155: per le discussioni circa la genuinità di questo testo, v. il mio scritto cit., *retro*, nota 33.

con lui (interpretando per analogia) la giurisprudenza, mediante un ulteriore istituto: l'istituto dello *spatium deliberandi* (35).

a) La *spatium deliberandi* fu introdotto primamente dal pretore in ordine al caso dell'*heres sine cretione institutus*. Se questi tardasse ad accettare, i creditori ereditari solevano chiamarlo davanti al pretore, rivolgendogli l'*interrogatio* 'an heres sit', (36). Alla domanda l'interrogato po-

(35) V. sull'istituto DEDEKIND, *Das Deliberationsrecht der Erben und die Interrogationes in iure faciendae* (Braunschweig 1870); SOLAZZI, *Spacium deliberandi* (Catania 1912); ID., *Dir. ereditario cit.*, 2. 160 segg., 232 segg. Non ho avuto modo di procurarmi, alla data di correzione delle bozze di questo lavoro, il recentissimo scritto del SANFILIPPO sulla *Interrogatio in iure*.

(36) È di un certo interesse, ai fini del presente studio, deliberare la grave questione che da lungo tempo si agita intorno a Gai Inst. 2. 167. Questo frammento non riferisce, in ordine allo *spatium deliberandi*, il procedimento solito, ma ne descrive uno sensibilmente diverso, in cui manca la *interrogatio in iure* ed il *tempus ad deliberandum* viene richiesto dai creditori ereditari.

Gai Inst. 2. 167 *eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem; (sed) solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona vendere.*

Il SOLAZZI (*Spacium deliberandi cit.*, 4 segg., *Dir. ereditario cit.*, 2. 162 segg.) ha luminosamente dimostrato che le parole di Gaio non sono poi una stranezza, ma riflettono un caso eccezionale rispetto a quello normale della *interrogatio in iure*: mettendo che la *interrogatio* non potesse avvenire, in quanto che il chiamato non si fosse presentato *in ius*, è probabile che il pretore fissasse senz'altro lo *spatium deliberandi*, *postulantibus hereditariis creditoribus*, e lo facesse poi notificare in una maniera qualunque all'*heres sine cretione institutus*. Ma, allora, perchè Gaio non fa parola del caso normale o limita la sua esposizione a quello eccezionale? Il KRIEGER (*Gai Institutiones*, II. 2. 36<sup>a</sup>, 311 segg.) ha creduto di sciogliere il nodo, sostenendo che *solet vendere* è un glossema, inserito nelle Istituzioni di Gaio in un'epoca in cui le *interrogationes in iure* erano ormai state abolite (o, come precisa il SOLAZZI cit., 167 segg., erano state mutate da atti di parte in atti del magistrato-giudice). Senonchè — si oppone (SOLAZZI, cit., 170) — è ammissibile che Gaio abbia poi scritto semplicemente che all'erede «*liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem*»? I casi son due: o ritenere Gaio un facilonc, o ammettere un glossema privativo fra *hereditatem* e *solet* (là dove ora gli editori cercano di ovviare ad una rottura del testo mediante l'inserzione di un *sed*), per cui sarebbe scomparsa, in epoca postclassica, la descrizione del procedimento ordinario della *interrogatio in iure*. Di fronte a questa ipotesi il SOLAZZI (cit., 171) recita il *non liquet*, temendo «lo sdegno delle vestali del codice veronese». Ma il riesame attento della questione mi convince che è proprio sull'ipotesi del glossema privativo che occorre insistere: esso non è reso soltanto probabile — io dico — dalla impossibilità di ammettere che Gaio sottacesse la procedura dell'*interrogatio*, ed altresì dall'evidente soluzione di continuità del discorso fra *hereditatem* e *solet*, ma da un ulteriore argomento, e cioè dalla scomparsa, avvenuta in epoca postclassica, della *interrogatio in iure* come atto di parte, scomparsa che può aver rappresentato una forte spinta per il lettore postclassico di Gaio a sfrondare il testo di una nozione procedurale ormai del tutto superata.

teva rispondere, oltre che affermativamente o negativamente, anche chiedendo un *tempus ad deliberandum*, che il pretore promise appunto di concedere (37). Se entro il termine stabilito l'accettazione non era fatta dall'*heres scriptus* (38), allora i creditori ottenevano senz'altro dal magistrato la *missio in bona defuncti* in base all'editto 'cui heres non extabit'.

b) Ma il *tempus ad deliberandum* venne ben presto esteso anche alla categoria degli eredi necessari, per ovviare a quelle altre ingiustizie che relativamente ad essa potevano prodursi.

aa) L'ordinamento dello *spatium deliberandi* fu esteso, anzitutto, da una disposizione dell'editto, al *suus* impubere (39). Ma non tardò molto che venne a beneficiarne anche il *suus* pubere, probabilmente in forza di una clausola dello stesso editto sulla *potestas abstinendi* (40).

bb) Per quanto non esistano testimonianze dirette, ritengo indubitabile che la giurisprudenza abbia esteso a sua volta la concessione dello *spatium deliberandi* anche all'*heres necessarius*. Basti citare, a sostegno della mia tesi, i seguenti argomenti: 1) è logico che lo *spatium deliberandi* sia stato esteso dalla giurisprudenza anche ai *necessarii*, se è vero che fu essa ad attribuire a costoro il *beneficium separationis*, analogo (almeno negli effetti che a questo proposito interessano) alla *potestas abstinendi* (41); 2) D. 2. 14. 7. 18, dianzi riportato (42), mentre dice che il *pactum quo minus solvatur* non poteva essere stipulato dal *servus* prima della morte del testatore, mette in chiara evidenza che esso *pactum* non poteva più essere stipulato dopo effettuati il *miscere se bonis* da parte dello schiavo: ciò significa che i creditori ereditari avevano, riguardo al *servus cum libertate institutus*, lo stesso interesse a che egli prendesse una decisione (immischiandosi o meno nei beni ereditari) che riguardo all'*heres suus et necessarius* nonchè riguardo all'*heres extraneus*.

C) Possiamo concludere il nostro discorso, affermando che, a cura dei creditori ereditari, tutti i successibili — a meno che non si fossero resi parte diligente, accettando l'eredità o effettuando il *miscere se bonis* — dovevano essere chiamati *in ius* per dichiarare se fossero eredi. Ed è da credere che, in caso di *hereditas suspecta*, specie trattandosi di

(37) Cfr. D. 28. 8. 1. 1.

(38) E se l'accettazione non era successivamente fatta, nell'ulteriore termine loro stabilito, dagli altri chiamati alla successione: cfr. D. 28. 8. 10.

(39) Cfr. D. 28. 8. 7 pr. V. ancora LENEL, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup> 419.

(40) Cfr. D. 28. 8. 4. 8. V. anche LENEL, *Edictum cit.*, 421.

(41) Cfr. *retro* A, b) sub bb).

(42) Cfr. *retro*, n. 2 sub B).

eredi necessari, i successibili non si preoccupassero molto, sicuri di dover essere preventivamente interrogati *in iure*, di dichiarare in anticipo e stragiudizialmente ai creditori ereditari la loro intenzione di adire, o pure di esercitare la *facultas abstinendi* o di avvalersi del *beneficium separationis*.

Ora, il problema che più interessa, rispetto al tema della presente indagine, è relativo alla attività del pretore in ordine alle varie ipotesi cui poteva dar luogo la *interrogatio in iure*.

a) Se l'erede rispondeva negativamente alla *interrogatio* dei creditori ereditari, cadeva d'un tratto l'ultimo ostacolo che si frapponeva a che questi potessero ottenere l'esecuzione patrimoniale sui beni lasciati dal defunto, sia che la esercitassero contro il defunto stesso (nel caso che la risposta negativa fosse provenuta dall'*heres extraneus* o dall'*heres suus*), sia nel caso che la esercitassero contro lo stesso erede (*heres necessarius*). È da credere pertanto che l'unico sbocco di questa ipotesi fosse un *decretum* del pretore, col quale i creditori ereditari si riceversero la *missio in bona*.

β) Se l'erede rispondeva all'*interrogatio* con una risposta affermativa, essendo l'eredità omai confusa con i suoi proprii *bona*, si davano due possibilità: o l'erede era in grado di soddisfare alle richieste di pagamento (eserite al caso con le debite *actiones*) dei creditori ereditari, o non lo era, ed il pretore doveva emettere il *decretum* di *missio* nei suoi *bona*. Ma, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, non è improbabile, anzi è da tener per fermo che un *decretum praetoris* chiudesse la procedura della *interrogatio*, sancendone il risultato positivo.

γ) Se infine l'*interrogatus* chiedeva uno *spatium deliberandi*, anche stavolta la concessione pretoria, con la fissazione del termine *ad deliberandum*, non poteva esplicarsi se non mediante un *decretum*.

L'intervento del magistrato nella procedura della *interrogatio in iure* *an heres sit*, doveva manifestarsi, in somma, mediante un *decretum* da lui emesso. La logica del sistema da noi analizzato impone di credere, sino a prova contraria, che un *decretum praetoris* era spiccato non solo quando il magistrato doveva prendere, a seguito della *interrogatio*, uno specifico provvedimento (concessione della *missio in possessionem*), ma anche quando il compito del magistrato si limitava alla dichiarazione dell'esito della *interrogatio*: è chiaro, di fatti, che occorreva in ogni caso, al fine di qualunque ulteriore comportamento da parte dei creditori dell'eredità, un punto fermo di partenza, pel quale risultasse

in maniera sicura ed inequivocabile l'esito della *interrogatio*, ed è chiaro altresì che tale punto fermo non poteva essere rappresentato, trattandosi di una *interrogatio in iure*, se non da un *decretum* del pretore, cui era devoluto il compito di concedere e di dirigere nel suo svolgimento la *interrogatio* medesima.

D) Giunto a questo punto, il ricercatore deve necessariamente porsi, in ordine al *factum quo minus solvatur*, un nuovo problema: se ed in quale momento della procedura esaminata si inserisse normalmente il patto di concordato. Ed invero io ritengo che sia un torto della dottrina romanistica di avere, sin oggi, sempre considerato il *factum* in questione come fenomeno giuridico a sè, come una qualsiasi convenzione a carattere stragiudiziale non diversa da un qualsivoglia *factum de non petendo* parziale. Il momento della conclusione del concordato, invece, — momento che è così chiaramente messo in luce dai testi (*ante aditam hereditatem, priusquam se immisceant*) — avrebbe pur potuto far pensare che un nesso potesse esservi, almeno di regola, fra il *factum quo minus solvatur* e la procedura della *interrogatio in iure*.

Se il patto doveva avvenire prima che gli *heredes extranei* avessero adita l'eredità, o prima che gli eredi necessari si fossero immischiati nei *bona defuncti*, ciò significa che esso poteva essere proposto e concluso non soltanto prima che i creditori ereditari si fossero decisi alla *interrogatio in iure*, ma anche dopo la *vocatio in ius* dell'erede, nel corso della *interrogatio*. Ora, se — come abbiamo dianzi osservato (43) — doveva essere fenomeno generale che i successibili, non avendo intenzione di rilevare l'*hereditas damnosa*, aspettassero di essere interrogati *in iure* per manifestare la loro volontà negativa o l'intenzione di godere di uno *spatium deliberandi*, a maggior ragione i successibili dovevano essere indotti ad attendere la *interrogatio*, quando avessero l'animo di proporre ai creditori ereditari un *factum quo minus solvatur*. Il loro fine era quello di evitare al defunto (o a sè stessi) l'infamia, proponendo un buon affare ai creditori ereditari. Ma allora, dato che essi erano matematicamente sicuri che la *bonorum venditio*, con l'infamia susseguente, non avrebbe potuto aver luogo se non avessero subito preventivamente la *interrogatio*, noi dobbiamo supporre che molto raro fosse il caso ehe essi andassero alla ricerca, uno per uno, dei creditori ereditari, tanto più che la certezza di averli avvicinati tutti non poteva mai essere raggiunta, prima che i creditori stessi si fossero fatti avanti a legittimarsi *in iure*.

(43) Cfr. *retro*, sub C).

Il mio parere è, dunque, che accanto ad una ipotesi piuttosto eccezionale di concordato preventivo amichevole — stretto prima della *interrogatio* fra il successibile e tutti i creditori ereditari — il diritto romano conoscesse una ipotesi normale di concordato preventivo giudiziale, proposto e concluso fra l'erede e (tutti?) i creditori ereditari, a compimento della *interrogatio in iure*. Accanto alle tre ipotesi, dianzi prospettate, di esito della *interrogatio in iure* (affermativo, negativo, *spatium deliberandi*) ne va posta un'altra: quella che alla interrogazione dei creditori ereditari l'*interrogatus* 'an heres sit', rispondesse proponendo un concordato e che questo concordato fosse effettivamente concluso. Anche stavolta è logico che un *decretum* del pretore venisse a sancire, come negli altri casi, l'esito della *interrogatio*.

Queste considerazioni sistematiche, se esatte, sono tali da porre in rilievo tutto diverso da quello solito il problema giuridico e storico del concordato preventivo nel diritto romano. Mentre vediamo che nel diritto moderno il concordato preventivo è giudiziale, in quanto che è concordato di maggioranza (44), vediamo invece che, nel sistema del diritto romano classico, il carattere giudiziale del *pactum ut minus solvatur* (carattere rappresentato dalla menzione, nei testi relativi, di un *decretum praetoris*) non è necessariamente congiunto col carattere di concordato di maggioranza, che altri testi attribuiscono al patto: il *decretum praetoris* si spiega, quanto al diritto classico, indipendentemente dalla risoluzione affermativa della dibattuta questione se già nel diritto romano puro fosse sufficiente alla conclusione del *pactum ut minus solvatur* il consenso della *maior pars creditorum* (45).

#### 4. — Non resta ora che dedicarci all'esame diretto dei testi relativi

(44) L'intervento del magistrato si giustifica infatti al fine di dar forza vincolante per la minoranza al parere della maggioranza: cfr. *retro*, n. 1, sub A.

(45) La obiezione fondamentale che potrebbe muoversi a questo mio risultato — di aver dissociato, alla luce del sistema, il *decretum praetoris* dal principio della maggioranza — sarebbe, forse, questa: non si può dire che *in iure* dovessero essere necessariamente tutti i creditori ereditari a fare la *interrogatio* ed a chiedere la *missio* (cfr., di fatti, SOLAZZI, *Dir. ereditario*, cit., 134). Risponderò: tanto peggio! Se tutti i creditori ereditari non sono *in iure*, non avverrà il concordato. E mi fo forte, per dir così, di un responso del divo Marco, il cui significato chiariremo attraverso l'esegesi in appresso (cfr. *infra*, n. 8): occorre, perchè possa avvenire il concordato con l'erede, che tutti i creditori chirografari dell'eredità si diano convegno davanti al magistrato, per consultarsi l'un con l'altro e raggiungere al fine una risoluzione collettiva.

al *pactum ut minus solvatur*, onde confermare e specificare, con l'ausilio della critica esegetica, i primi risultati raggiunti, in via di ipotesi, nel campo sistematico. Tali frammenti — è necessario tenerlo presente — sono pochi e, trattando per lo più solo per *incidens* della nostra materia, lasciano alquanto nell'ombra il lato procedurale di essa, pur fornendo elementi sufficientissimi per arguire che un lato procedurale non solo esistesse, si da differenziare notevolmente il concordato preventivo dagli altri *pacta de non petendo*, ma avesse, nella più parte dei casi, importanza predominante. Il testo fondamentale è sempre quel lungo squarcio del libro quarto ad *edictum* di Ulpiano, in cui il giurista classico trattava da un punto di vista sostanziale la materia *de pactis*: squarcio di cui abbiamo sinora esaminato i due primi paragrafi, relativi alle ipotesi di applicazione del concordato preventivo (46). Esso si trova, in D. 2. 14, spezzato in due dalla intrusione di un frammento dei *responsa* di Papiniano (fr. 8) e di un frammento del libro sessantaduesimo ad *edictum* di Paolo (fr. 9): constatazione interessante, se si pensa che il primo dei due frammenti non appartiene, come lo squarcio ulpiano, alla massa editale (47), che il secondo è della massa editale ma disposto fuori ordine e che pertanto l'uno e l'altro vennero volutamente intronessi dalla commissione giustiniana per sistemare e completare in maniera più precisa, rispetto al diritto giustiniano, una esposizione che i commissari dovettero trovare o troppo succinta, o degna di sostituzione, o forse l'uno e l'altro insieme. Accanto ai testi di D. 2. 14 vanno presi in considerazione altri tre frammenti, di titoli disparati dei Digesti, i quali veramente contribuiranno a portare una luce — io spero, molto chiara — nel groviglio dei sospetti che l'esegesi dei primi non può non generare: D. 17. 1. 58. 1, 40. 4. 54. 1, 42. 8. 23.

A) D. 2. 14. 7. 19 (Ulp. 4 ad ed.) [Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenierint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem].

Appare in questo testo, come abbiamo già prima notato (48), la con-

(46) Cfr. *retro*, n. 2 sub A e B.

(47) D. 2. 14. 8 è della massa papiniana.

(48) Cfr. *retro*, n. 1 sub B.

figurazione caratteristica del *factum quo minus solvatur* come concordato preventivo giudiziale, nel senso moderno (di concordato di maggioranza) che assume quest'istituto. Se i creditori ereditari sono tutti riuniti e d'accordo, allora — direbbe Ulpiano — il patto è senz'altro valido; ma se vi è dissenso fra i creditori ereditari, prevale il parere della maggioranza, purchè omologato dal *decrethum praetoris*.

Dico subito, peraltro, che il frammento è universalmente ritenuto interpolatizio, anzi compilatorio (49). Tale scoperta, secondo alcuni (50), non deve far necessariamente concludere che il patto fosse nell'epoca classica esclusivamente volontario e che pertanto il principio della maggioranza ed il decreto magistratuale di omologazione rappresentino dei perfezionamenti giustinianeî. Ma l'affermazione riferita non può trovarci consenzienti. Se il passo fosse veramente emblematico, vi sarebbe per lo meno una fortissima presunzione che una riforma sia stata effettivamente compiuta dai commissari giustinianeî in merito al *factum*: noi non potremmo spiegarci, altrimenti, perchè tutto il frammento sarebbe stato inserito, nel contesto di Ulpiano, da Triboniano e dai suoi collaboratori. — Piuttosto la presunzione di una avvenuta riforma cadrebbe, se ritenessimo che il frammento in esame, pur essendo indubbiamente alterato nella sua interezza, non è tuttavia compilatorio: si potrebbe pensare, mettiamo, ad una parafrasi postclassica di un principio classico, espresso con altre parole da Ulpiano. Nè mancano elementi a favore di questa tesi intermedia. *Hodie* pare indizio sicuro di alterazione postclassica, sì, ma pregiustinianeâ (51), per quanto da alcuni se ne dubiti (52). D'altronde *praetoris partes* è una espressione che un lettore postclassico può avere usato e che Triboniano può aver lasciato correre, o addirittura — in questa materia, nella fretta — adottato (53), ma si rifiuta di essere attribuita al calamo istesso di Triboniano (54). Se i compilatori hanno posto mano al complesso di testi, che va da

(49) Cfr. *Index interpolationum e Suppl.*

(50) SOLAZZI, *Estinzione cit.*, I, 193.

(51) Cfr. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, I (Milano, 1935), 70 segg.

(52) Cfr., da ultimo, DE ROBERTIS, *Arbitrium indicantis e statuizioni imperiali ne dir. pen. romano*, in *Zeitschr. der S. Stift.*, 59 (1939), 222.

(53) Vedremo infatti (*infra*, n. 5) che sono di Triboniano, nella parte alterata di D. 2. 14. 8, le espressioni *auctoritatem eius sequetur praetor*, nonché *humano sententia a praetore eligenda est*.

(54) Il ROTONDI (*Scritti giuridici* [Milano, 1922] 2. 299) sostiene addirittura che *praetoris partes* sia una espressione classica. V. *contra* SOLAZZI, *Estinzione cit.*, I, 193.

D. 2. 14. 7. 17 a D. 2. 14. 10 pr., egli è perchè uno spunto già esisteva, in quei testi od in alcuni di essi, per l'inserzione delle loro riforme.

Ma mai come in questo caso mi pare arrischiato discorrere esclusivamente della eventualità di una interpolazione positiva. Vi sono elementi sintomatici — a me sembra — i quali depongono a favore della ipotesi di una alterazione privativa nel contesto di Ulpiano.

Ed ecco in breve le mie considerazioni.

a) Non insisterò oltremodo sulla certezza che la forma del fr. 7. 19 non sia punto ulpianeâ. A prescindere da ogni altra cosa, va tenuto presente, infatti, che il giurista classico non avrebbe presumibilmente, tindicaio una tanto importante riforma del regime giuridico del *factum*, quale la introduzione del principio di maggioranza, con un *hodie* generico ed anodino. Si dimentica troppo spesso, da coloro che si ostinano a definire avventati gli onesti sforzi di ricerca di una critica romanistica poco poltrona (55), che è sistema dei giuristi classici (almeno per quanto ci è dato di inferire, considerando le fonti a nostra disposizione) di non accennare, dirò così, impersonalmente, o in ogni caso vagamente, alle mutazioni, innegabilmente molteplici, avutesi nel corso stesso del periodo classico del diritto romano. I giuristi classici parlano per dati precisi ed espongono le eventuali *varietates*, onde sono scaturite le eventuali riforme classiche, senza prolissità, ma senza laconismo, facendo soprattutto dei nomi. Ad ogni modo, per quanto riguarda la specifica materia del *factum quo minus solvatur*, è difficile pensare che Ulpiano possa essersi espresso, per una importante riforma, con un vaghissimo *hodie*, quando poco prima, nello stesso libro quarto del suo commento all'editto, a proposito di un punto molto meno rilevante (circa il *seruus*, *qui faciscitur priusquam libertatem et hereditatem apiscatur*), egli ha citato non pure il parere di Marcello, ma persino quello di Vindio (56). Se l'introduzione del principio di maggioranza nella materia del concordato preventivo fosse stata veramente classica, o in ogni caso se fosse veramente Ulpiano a narrarcela nel fr. 7. 19, noi dovremmo perciò legittimamente attenderci un cenno almeno relativo alla fonte ed all'epoca della sua introduzione. Ma questo cenno non v'è.

b) Senonchè deve aggiungersi che nemmeno il contenuto del fr. 7. 19 può ritenersi classico. Ammettiamo, invero, — per prudenza,

(55) Per un esempio caratteristico e recentissimo, cfr. ARNÒ, *L'alienazione della cosa legata*, in *Memorie dell'Istituto giuridico della R. Un. di Torino*, II, 44 (1939), specialm. 67 segg.

(56) Cfr. *retro*, n. 2 sub B.

nonchè in forza degli indizi dianzi portati — che il paragrafo non sia stato inserito da Triboniano, ma che esso sia stato vergato da un qualunque lettore postclassico del commentario ulpiano. Le eventualità sono due: o il fr. 7. 19 riflette in forma tarda la sostanza del dettato genuino di Ulpiano, essendone nulla più di una parafrasi; o il fr. 7. 19 espone un principio non contenuto in Ulpiano, quindi — con ogni probabilità — post-ulpiano, e però postclassico. Pur premonendo che io stesso mi rendo ben conto di quanto sia difficile attingere in proposito una soluzione sicura, o quanto meno convincente, oso tuttavia fare osservare che un minimo di verosimiglianza ricopre il secondo, piuttosto che il primo corno di questo dilemma. Dato infatti che dovremmo pensare, trattandosi di un glossatore del commento *ad edictum*, allo stesso commentatore il quale ha glossato, come sembra evidente, il precedente paragrafo (fr. 7. 18) (57), dovremmo logicamente attenderci di incontrare in quest'altro glossema le stesse caratteristiche di prima, quindi soprattutto minuziosità nel riferimento o nell'accenno alla introduzione del novello principio. Non mi pare possibile che il glossatore completomane del fr. 7. 18 si sia lasciata sfuggire l'occasione di infarcire, piuttosto che di riassumere, l'*excursus* ulpiano circa il principio di maggioranza: se ciò non è avvenuto, è o perchè il fr. 7. 19 è scaturito dalla penna di qualche altro glossatore (ma ciò, in verità, non è eccessivamente probabile) o perchè esso rappresenta di per sé stesso, rispetto al testo ulpiano, un notevole esempio di completomania, in quanto che riferisce un principio del tutto ignoto al giurista classico, e pertanto di introduzione più tarda, scolastica, anonima. — Non basta. Per chi non volesse di buon grado aderire alla tesi — certo anch'essa opinabile — di un glossema postclassico in D. 2. 14. 7. 18, nei limiti e con le caratteristiche da me dianzi supposte, va aggiunto che l'idea della parafrasi postclassica di un dettato ulpiano sostanzialmente identico non diventa per ciò verosimile: perchè, invero, i compilatori avrebbero lasciato nei Digesti il succinto testo parafrastico, eliminando quello ulpiano, mentre essi non solo non si son preoccupati della eccessiva lungaggine del precedente § 18, ma hanno sentito addirittura il bisogno di completare l'accenno al principio di maggioranza, aggiungendo, a rido del fr. 7. 19, il fr. 8 di Papiniano, che proviene — come sappiamo — da altra massa? — Posso, in conclusione, abbastanza tran-

(57) Cfr. retro, n. 2 sub B.

quillamente concludere come ho premesso: neanche il contenuto del fr. 7. 19 ha da ritenersi ulpiano.

c) Ma vi è di più. L'analisi del fr. 7. 19 fa intendere con una certa evidenza che dal commentario di Ulpiano è stata stralciata, evidentemente dai compilatori, qualche dichiarazione, al posto della quale Triboniano ha preferito lasciare il glossema postclassico. A me pare che *hodie-contenti sint*, anche se di un commentatore scolastico, non abbia ragione di essere dopo i §§ 17 e 18. In questi paragrafi Ulpiano aveva affermato — e lo abbiamo veduto — che il *pactum ut minus solvatur* intercorreva fra i creditori creditari e l'erede: ciò implicava logicamente, sin che una esplicita limitazione non fosse giunta ad introdurre la nozione del principio di maggioranza in caso di dissenso fra i creditori dell'eredità, che *conditio sine qua non* per la realizzazione del *pactum* era che i creditori si trovassero unanimi nel concluderlo. Perchè invece il testo del fr. 7. 19 suona nella maniera seguente: *hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum rell.?* — Il *tamen* ha fatto addirittura pensare, a qualcuno che non dubitava della provenienza compilatoria del fr. 7. 19 (58), che in un primo momento non fosse sufficiente la piena unanimità dei creditori, ma che in ogni caso fosse necessario un *decretum* di omologazione del pretore, anche quando i creditori creditari fossero tutti consenzienti, mentre che più tardi l'interposizione del *decretum praetoris* fu limitata al solo caso di dissenso fra i creditori e di conseguente adozione del parere della maggioranza. Intuizione acutissima, ma non del tutto accettabile. Intuizione cui giustamente fu opposto (59) che anche prima di Giustiniano, se il nostro era un comune *pactum de non petendo*, l'accettazione della unanimità dei creditori rendeva inutile il *decretum praetoris*, il quale non avrebbe potuto conferire all'erede protezione più valida di quella fornita, per suo conto, dall'*exceptio pacti* (60). — La novità adombrata da *hodie tamen rell.* sarebbe invece, secondo altri (61), in ciò, che l'adunanza dei creditori, non necessaria nel diritto

(58) RICCIBONO, *Dalla communitio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in Legal History* (Oxford 1913) 108.

(59) SOLAZZI, *Estinzione* cit., I. 195.

(60) Ed invero, se si rimanga ancorati al presupposto che il *pactum quo minus solvatur* fosse un comune *pactum de non petendo*, non vi è modo per poter giustificare la classicità del *decretum praetoris*. La sua acuta intuizione avrebbe invece, a mio parere, dovuto indurre il RICCIBONO a chiedersi se ed in qual modo il concordato fosse un istituto speciale e sino a qual punto esso si ricollegasse con l'attività del pretore.

(61) SOLAZZI cit., 195 segg.

classico, fu resa obbligatoria, anche se i creditori stessi si trovassero per avventura pienamente unanimi, da Giustiniano (62). Senonchè io obietterei che è molto poco convincente l'attribuire a Giustiniano, od anche ad un glossatore postclassico, l'introduzione di un principio siffattamente privo di senso. È inverosimile che il diritto postclassico abbia voluto che il *pactum ut minus solvatur* — dato che si trattasse veramente di un puro e semplice *pactum de non petendo* parziale — avesse ad intercorrere fra l'erede e tutti i creditori ereditari riuniti in congresso. Ammesso anche che questa innovazione potesse presentare qualche vago carattere di utilità, sarebbe tuttavia rimasta la impossibilità pratica di accertare se il congresso dei creditori avesse veramente avuto luogo, o se invece l'erede avesse poi pattuito con ciascun creditore separatamente. Soprattutto se la innovazione postclassica fosse consistita nella obbligatorietà del *convenire in unum*, la vigilanza del magistrato sarebbe stata necessaria, e sarebbe stata necessaria altresì la interposizione di un *decretum* di omologazione della volontà di tutti i creditori. È proprio per il motivo, quindi, che il *decretum praetoris* appare disposto, dal fr. 7. 19, nel solo caso di dissenso fra i creditori ereditari, e non anche nel caso di unanimità, che va ripudiato quest'altro tentativo di chiarificazione della storia del nostro istituto. D'altronde l'ipotesi che qui si combatte diventa tanto più inaccettabile (se si pensa che il suo formulatore aderisce alla tesi della natura emblematica del fr. 7. 19), in quanto che nei Digesti si incontrano due luoghi paralleli di Scevola — D. 2. 14. 44 e D. 26. 7. 59: il primo dunque proprio nella *sedes materiae* — ove la possibilità di convenire con ciascun creditore separatamente viene, ancora per diritto giustiniano, chiaramente posta in luce (63). — Non resta pertanto da ammettere, se non che la

(62) Un'altra novità fu — secondo il SOLAZZI cit., 196 — il decadimento della funzione propria del magistrato, per cui « il magistrato giustiniano è ridotto a mettere lo spolvero sulla deliberazione della maggioranza ».

(63) Ecco i due testi di Scevola a confronto (sui loro rapporti, cfr. SCHULZ, *Ueberlieferungsgeschichte der Responsa des Cerevidius Scaevola*, in *Symbolae Friburgensium in Honorem Ottonis Lenel* [Leipzig, s. d.] 175 segg.):

D. 2. 14. 44 (Scaev. 5 resp.).

*Cum in eo esset pupillus, ut ad hereditate patris abstinere, tutor cum plerisque creditoribus decidit, ut certam portionem acciperent: idem curatores cum aliis fecerunt. quaero, an et tutor idemque creditor patris eandem portionem retinere debeat. respondi*

D. 26. 7. 59 (Scaev. 26 dig.).

*Cum hereditas patris aere alieno gravaretur et res in eo statu videretur, ut pupilla ab hereditate paterna abstinere, unus ex tutoribus cum plerisque creditoribus ita decidit, ut certa crediti portione contenti essent acciperentque: idem curatores iam viripolenti ac-*

glossa contenuta nel fr. 7. 19 sia stata apposta dal commentatore postclassico ad un paragrafo ulpiano, che i compilatori hanno preferito

*eum tutorem, qui ceteros ad portionem vocaret, eadem parte contentum esse debere.*

*cepti cum plerisque creditoribus deciderunt: quaesitum est, an, si aliquis tutorum creditor patris pupillae solidam pecuniam expensam sibi ex re pupillae cum usuris fecerit, revocari a curatoribus pupillae ad portiones eas possit, quas ceteri quoque creditores acciperent. respondi eum tutorem, qui ceteros ad portionem vocaret, eadem parte contentum esse debere.*

Il SOLAZZI (cit. 196) nota egli stesso che « nel diritto classico i due luoghi di Scevola... mostrano che l'erede poteva trattare separatamente e successivamente coi singoli creditori ». Ed infatti in D. 2. 14. 44 si legge *tutor cum plerisque creditoribus decidit* e ancora *idem curatores cum aliis fecerunt*; ed a queste corrispondono in D. 26. 7. 59 analoghe espressioni. Ma non potrà negarsi che i medesimi argomenti valgono anche a sostegno dell'affermazione che l'erede poteva, anche in diritto giustiniano, stipulare il *pactum quo minus solvatur* con ogni singolo creditore ereditario separatamente.

Qualche ulteriore rilievo è necessario al fine di determinare la situazione dei due luoghi paralleli di Scevola in confronto della nostra tesi circa il concordato preventivo nel diritto classico. La fattispecie è, in fondo, questa: il tutore, mentre da un lato ha convenuto, nell'interesse del pupillo (della pupilla) il pagamento di una *portio* con alcuni creditori ereditari, vorrebbe d'altro canto, in qualità egli stesso di creditore ereditario, esigere il *solidum* del suo credito. Una considerazione di equità — e cioè il fatto che il tutore *ceteros ad portionem vocaret* — spinge Scevola a rispondere che anche il tutore deve contentarsi della *portio* concordata: l'*actio tutelae* ha infatti natura di buona fede (cfr., in proposito, SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, in *Bullettino dell'Istituto di Dir. Romano* 22 [1910] 99 segg.). — È indubitabile che in questo caso non vi è stato il *decretum praetoris*, perchè altrimenti non si sarebbe nemmeno potuto mettere in discussione se il tutore avesse la facoltà di sottrarsi agli effetti del concordato. « Ma — dice il SOLAZZI (cit. 194<sup>a</sup>) — altro è il fatto che non sempre si richiedesse il decreto, altro è pensare che non si potesse nell'epoca classica col decreto del magistrato rendere obbligatorio il concordato per tutti i creditori non muniti di pegno o privilegio. Ed è facile del resto spiegare perchè nel caso di cui si occupano i testi di Scevola non sia stato sollecitato l'intervento del magistrato; il tutore sperava di incassare l'intero credito, evitando l'emissione del decreto ». Esattissimo. Tuttavia se i due testi di Scevola non aiutano la tesi del BESLER (su cui, cfr. retro, nota II), essi non implicano nemmeno che, sopravvenendo il *decretum* del pretore, la volontà della maggioranza avrebbe dovuto prevalere su quella della minoranza dei creditori ereditari: *plerisque creditoribus* non costituiscono necessariamente la *maior pars creditorum*. Il tutore ha evitato il *decretum* nel senso che non ha aspettato di essere chiamato *in ius* per la *interrogatio*. Procedendo alla conclusione di alcuni concordati stragiudiziali, cioè di alcuni *pacta de non petendo* parziali, egli ha voluto mettersi in grado di dare una risposta affermativa alla *interrogatio 'an heres sit*, dei creditori non concordatari. Dunque, il vero concordato era quello connesso alla procedura della *interrogatio in iure*, perchè solo allora interveniva un *decretum praetoris*; *extra ius* si avevano e si potevano avere puri e semplici *pacta de non petendo*. Altrimenti non si capirebbe la ragione per cui alcune volte il *decretum praetoris* era richiesto, altre volte non era richiesto.

svellere — per motivi che occorre indagare — dal frammento del libro quarto *ad edictum* riportato nelle Pandette. La quale ipotesi può essere confermata, io penso, da quest'altra constatazione. Nel fr. 10 pr., che appresso esamineremo (64), Ulpiano continua il discorso del fr. 7. 17-18, parlando di un *rescriptum divi Marci*, il quale *sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire*. Questa dichiarazione conferma, in primo luogo, il carattere interpolatizio del fr. 7. 19, perchè essa esprime un *quid minus* (necessità del congresso dei creditori) rispetto al *quid maius* che in quel paragrafo appare (congresso dei creditori + adozione del principio del concordato coattivo, in caso di non raggiunta unanimità). Ma va soprattutto messo in evidenza, nel punto in cui siamo, che la glossa *hodie vell.* non può essere stata apposta al dettato dell'odierno fr. 10 pr., perchè il senso del *tamen* rimane lo stesso oscuro: in che cosa sarebbe consistita, invero, la evoluzione del regime giuridico del concordato dall'epoca del *rescriptum divi Marci*, a quella postclassica adombrata da *hodie*? Dato che il *tamen* è l'indice di un mutamento avvenuto posteriormente ad Ulpiano, *hodie-contenti sint* non può essere nemmeno interpretato come parafrasi o commento della frase *rescriptum autem divi Marci vell.*

d) D'altro canto, il tenore del fr. 10 pr. spinge ad ipotizzare addirittura che Ulpiano abbia parlato, nel brano stralciato dai compilatori, proprio del *rescriptum divi Marci*, nel corso, evidentemente, di un cenno su quei lati procedurali attinenti al *pactum quo minus solvatur*, che abbiamo tentato di ricostruire, per induzione, in precedenza. *Rescriptum autem divi Marci sic loquitur* dà a pensare che Ulpiano non introduca per la prima volta la menzione del rescritto, ma che riprenda una citazione già precedentemente fatta, passando ad interpretare più sottilmente le disposizioni del divo Marco: egli avrebbe detto, altrimenti, secondo il suo solito, o *divus Marcus rescripsit* — in principio di frase —, o — al termine della citazione — *ita divus Marcus rescripsit*. Si pensi ancora che il fr. 8, ove pure si parla del *rescriptum divi Marci*, sarà dimostrato completamente alterato dai compilatori (65), e che pertanto sorgerà fra poco la necessità per noi di appurare donde essi abbiano tratta la nozione del rescritto in parola: la risposta potrà essere appunto che di tal rescritto discorreva già Ulpiano nel brano eliminato e che Triboniano fu da ciò proprio indotto ad inserire, nel bel mezzo del frammento ulpiano, quel fr. 8, ove egli conclude tutta una costruzione di tipica

(64) Cfr. *infra*, n. 8.

(65) Cfr. *infra*, n. 5.

marca giustiniana con le parole: *hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest*.

e) Concludo. Il fr. 7. 19 altro non è se non un glossema postclassico ad un brano ulpiano che i compilatori hanno eliminato da D. 2. 14. Non è improbabile che nel brano scomparso Ulpiano descrivesse sommariamente le condizioni in cui, nella maggior parte dei casi, aveva luogo il *pactum*: che egli cioè accennasse alla esistenza, accanto al concordato stragiudiziale, di un concordato giudiziale, aventesi *in iure*, a termine della procedura della *interrogatio*, concordato che dava occasione alla emissione di un *decretum praetoris*, che accertasse l'esito della *interrogatio* stessa. Non è improbabile altresì che, nel corso di questo cenno, Ulpiano alludesse anche alla necessità della presenza (*in iure*!) di tutti i creditori, imposta dal *rescriptum divi Marci*. — Questa ipotesi è, forse, quella che meglio serve a spiegare il tenore della glossa *hodie tamen vell.* È da ritenere che nel diritto postclassico, essendo di molto diminuita l'autorità del pretore, anche la direttiva da lui esercitata rispetto alla *interrogatio* sia venuta rarefacendosi, sicchè il *pactum quo minus solvatur* venne a sua volta sganciandosi dalla *interrogatio* e assumendo la configurazione (eccezionale, per diritto classico) di un qualunque *pactum de non petendo* parziale, che avesse luogo stragiudizialmente: tanto ha voluto esprimere il commentatore scolastico con la frase *hodie-contenti sit*, ove l'assurda pretesa di una riunione stragiudiziale dei creditori, può spiegarsi solo come influsso della esigenza ben diversa, fatta valere dal rescritto di Marco Aurelio, della riunione *in iure* di tutti i creditori chirografari. Ma il diritto postclassico è andato più in là, adottando il principio di maggioranza, ignoto ad Ulpiano, ed adottando solo per questo caso l'intervento pretorio, per quanto ridotto ad una mera attività di omologazione: *si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem*.

5. — B) D. 2. 14. 8 (Pap. 10 resp.) *Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit*. [quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praefendus est. in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecollit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est. Hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest.]

L'esame di questo frammento consolida l'ipotesi che i compilatori

hanno elaborato, in tema di *pactum ut minus solvatur*, il frutto di tutta una evoluzione postclassica, espressa in sintesi nel fr. 7. 19, che lo precede in D. 2. 14.

Altri (66) ha già molto acutamente notato come il fr. 8 richiami alla memoria le disposizioni della ben nota legge delle citazioni, che si contiene in CTh. I. 4. 3. Il sospetto generico di alterazione è stato ampiamente confermato allor quando il testo del fr. 8 è stato posto a confronto (67) con la costituzione di Giustiniano, C. 7. 71. 8, in cui questi detta le regole, alle quali va sottoposta la scelta data ai creditori fra la concessione della moratoria e la *cessio bonorum* (68): non è solo lo sviluppo logico, ma soprattutto il modo di esprimersi, nei due brani, assolutamente parallelo e spesso identico. Del resto, anche in sé stesse considerate, le distinzioni contenute nel fr. 8 si rivelano tipicamente bizantine e del tutto indegne del realismo di un giurista classico.

La dottrina ha concluso pertanto da tempo, ad unanimità, per lo emblema di *quod — eligenda est*. « Di classico — si è detto (69) — resta soltanto la prima norma: che la maggioranza si calcola *pro modo debiti*, secondo l'ammontare dei debiti, non *pro numero personarum*, secondo il numero dei debitori. Tale norma risultava da un rescritto del divo Marco ».

Ma anche stavolta ho da avanzare i miei dubbi. Non vi è motivo per asserire che anche la prima frase del fr. 8, *maiolem — placuit*, presti

(66) GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten* 62 segg. Per la critica di D. 2. 14. 8, cfr. anche *Index interpolationum, e Suppl.*

(67) Cfr. ampiamente SOLAZZI, *Estinzione cit.*, I. 197 segg.

(68) C. 7. 71. 8. 2 (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp., a. 531-532) *Et si quidem unus creditor aliis omnibus gravior in summa debiti inveniat, ut omnibus in unum coadunatis et debitis eorum computatis ipse alios antecellat, ipsius sententia obtineat, sive indulgere tempus sive cessionem accipere desiderat.*

(3) *Si vero plures quidem sint creditores, ex diversis autem quantitatibus, et nunc amplior debiti cumulus minori summae praeferatur, sive par sive discrepans numerus est creditorum, cum non ex frequentissimo ordine favoratorum, sed ex quantitate debiti causa trutinatur.*

(4) *Pari autem quantitate debiti invenienda, dispari vero creditorum numero, tunc amplior pars creditorum obtineat, ut, quod pluribus placeat, hoc statuere.*

(5) *Sin vero undique aequalitas emergat tam debiti quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui ad humaniorem declinant sententiam non cessionem exigentes, sed indulgas.*

(69) SOLAZZI, *Estinzione cit.*, 198.

il fianco ad appunti. Ciò non toglie che una critica, la quale si limiti a mettere in rilievo l'inserzione nel frammento di Papiniano della frase *quod si eligenda est*, è insufficiente e non può accontentare nessuno. Il genuino dettato di Papiniano verrebbe, infatti, per tal modo, così ricostruito: *maiolem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit... hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest*. Ma immediatamente salta agli occhi la soluzione di continuità fra la prima e la seconda dichiarazione. *Placuit* ha in sé stesso di già un senso definitivo ed è strano che il giurista, dopo aver accennato come ad un principio pacifico ed indiscutibile alla regola che la *maior pars* deve essere calcolata *pro modo debiti*, se ne venga poi ad aggiungere che tutto ciò può desumersi dalle disposizioni stesse del *rescriptum divi Marci*, senza meglio specificare il tenore di questa costituzione. O fra l'una e l'altra frase vi era qualche altra dichiarazione, che i compilatori avrebbero surrogato con lo squarcio *quod si eligenda est*, o pure (cosa molto più probabile) la dichiarazione *hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest* fa parte del brano compilatorio, che si inizia dalle parole *quod si aequales*. Del resto, l'indagine diretta sul fr. 10 pr. ci convincerà che il *rescriptum divi Marci* non sfiorava nemmeno la questione della *maior pars creditorum* (70), sì che — se anche il principio *maiolem esse partem vell.* s'avesse a ritenere classico — la possibilità, per Papiniano, di desumerlo dal rescritto di Marco Aurelio rimarrebbe esclusa.

Ma neanche il principio *maiolem esse partem vell.*, espresso nel primo periodo del fr. 8, deve ritenersi classico, almeno se riferito alla materia del *pactum quo minus solvatur*. È buona congettura, già avanzata da tempo, che tale principio sia stato espresso da Papiniano in ordine ad alcunchè « sehr Ähnliches und doch sehr Verschiedenes », cioè in ordine alla *bonorum venditio*, e che sia stata appunto la procedura relativa a questo istituto a suggerire a Triboniano l'innovazione del principio di maggioranza nella materia del *pactum ut minus solvatur* (71). Il fr. 8 si riferiva dunque, nel contesto originario del libro decimo dei *responsa papiniani*, alla *bonorum venditio*. E si pensi, a sostegno di questa congettura, che Triboniano ha a bella posta inserito qui un frammento di altra massa (72), interrompendo il discorso del frammento-base di Ulpiano: ciò è stato, evidentemente, perchè egli non trovava, nel pur ampio ed ela-

(70) Cfr. *infra*, n. 8.

(71) BESZLER, *Beiträge cit.* 2. 97.

(72) Cfr. *retro*, n. 4 e nota 49.

borato commentario ulpiano sul *pactum* di concordato, altre dichiarazioni, classiche o meno, le quali confermassero e specificassero il principio di maggioranza fattosi luce nel glossema del fr. 7. 19. Logico è pertanto che egli abbia fatto ricorso alla analogia più evidente, cioè alla *bonorum venditio*. — Va notato che questa nostra congettura è giudicata azzardata da chi, non dubitando che anche *hoc enim vell.* nel fr. 8 sia classico, argomenta che «invoca il *rescriptum divi Marci* anche il fr. 10 pr. e per la soluzione di questioni che non si presentano nell'ordinaria *bonorum venditio*» (73). Tuttavia, come ho già detto, è di per sé stesso probabile che *hoc enim vell.* sia stato interpolato da Triboniano; quindi anche questa debole resistenza non può non cadere.

Ed io, dal mio canto, perfezionerei la congettura, su esposta e difesa, così. Abbiamo visto come nel fr. 7. 17-19, in un brano stralciato dai compilatori, Ulpiano già, probabilmente, parlava del *rescriptum divi Marci*, mentre che Triboniano ha preferito lasciar sopravvivere la glossa del fr. 7. 19, ove appare formulato il principio del concordato coattivo in caso di dissenso fra i creditori ereditari. Rimaneva ora a Triboniano il compito di rafforzare e definire in ogni suo contorno il principio di maggioranza, vagamente profilatosi a seguito di tutta una evoluzione postclassica. Egli ha pertanto utilizzato un frammento dei responsi di Papiniano, in cui il principio di maggioranza era sviluppato (con la dichiarazione che il calcolo si doveva fare *pro modo debiti*, non *pro numero personarum*) in relazione alla *bonorum venditio*. Anzi, ha fatto di più ed ha aggiunto al criterio-base adottato (calcolo *pro modo debiti*) altri criteri suppletivi, caratteristici della mentalità bizantina, desunti dalla costituzione di Giustiniano di C. 7. 71. 8. Nella formulazione di questi criteri, egli, mentre utilizzava il canovaccio della costituzione giustiniana, subiva anche — a quanto pare — l'influsso testuale della glossa postclassica (fr. 7. 19): ed un po' perchè questa parlava di un decreto di omologazione del pretore, un po' forse per la solita riverenza verso l'*ius vetus*, egli usò nel suo emblema frasi come queste: *humanior sententia a praetore eligenda est* (74); *in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit* (75). A termine della falsificazione, Triboniano ha

(73) SOLAZZI, *Estinzioni* cit., 194<sup>4</sup>.

(74) C. 7. 71. 8. 5 dice invece: *tunc eos anteponi, qui ad humaniorem declinant sententiam*.

(75) C. 7. 71. 8. 2 dice invece: *si quidem unus creditor aliis omnibus gravior in summa debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis et debitis eorum computatis ipse alios antecellat*.

voluto citare appunto il *rescripto* del divo Marco, che doveva essere menzionato nella frase eliminata del commentario ulpiano. Tutto ciò — egli intende — non è scritto nel *rescriptum divi Marci*, ma, data l'interpretazione progressivamente affermata (*hodie vell.*: fr. 7. 19), *ex rescripto divi Marci colligi potest*.

6. — C) D. 2. 14. 9 pr. (Paul. 62 ad ed.) *Si plures sint qui eandem actionem habent, unius loco habentur, ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina <transscripticia> simul facta sunt* [ : unius loco numerabuntur quia unum debitur est. et cum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant, nec non et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum praetendentium si convenerit, placuit unius loco esse, nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat, nam nec is, qui plures actiones habet, adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur. (1) Cumulum debiti et ad plures summas referemus, si uni forte minutae summae centum aureorum debeantur, alii vero una summa aureorum quinquaginta: nam in hunc casum spectabimus summas plures, quia illae excedunt in unam summam coadunatae. (2) Summae autem applicare debemus etiam usuras].

Criticare il fr. 9, subito dopo l'esame del fr. 8, è, a mio parere, necessario, perchè troppo evidente è il nesso che i Giustinianeî hanno voluto creare fra l'uno e l'altro. Il testo di Paolo è, in D. 2. 14, palesemente dedicato a tornare le regole sulla determinazione della *maior pars creditorum*, inserite da Triboniano nel fr. 8. Da una parte, la nota che più creditori solidali valgono per uno (evidentemente, nel caso che, essendo i creditori *aequales in cumulo debiti*, sia da dare la palma al *plurium numerus creditorum*); dall'altra, l'insistenza nel voler specificare il concetto del *cumulus debiti*.

Ma se all'esame del fr. 9 si proceda astraendo dal contenuto del frammento precedente, ci si avvede subito che il suo significato non è affatto tale da rafforzare comunque l'idea che sin dal diritto classico fosse riconosciuto il principio del concordato coattivo. La critica ha già da tempo condannati gli ultimi periodi del *principium*, nonchè tutto il dettato

del § 1 (76). Ora, ridotto al suo presumibile stato genuino, il *principium* del frammento di Paolo si limita ad affermare che più creditori solidali valgono come una sola persona: il che può tanto essere messo in relazione con il presupposto *si aequales sint in cumulo debiti*, quanto essere inteso come la ovvia dichiarazione che, al fine di concludere il patto *cum (omnibus) creditoribus*, l'erede può accontentarsi della adesione di uno fra più creditori in solido. Ma la prima eventualità è proprio la meno verosimile e lo dimostra il fatto che essa non è preceduta, ma è seguita dalle considerazioni sul *cumulus debiti* (§ 1): sia che le inserzioni provengano da Triboniano, sia che (come è più probabile) esse scaturiscano dalla penna di un lettore postclassico, la constatazione è importante, perchè mette in chiaro a seguito di quale sforzo di adattamento il frammento paolino sia venuto ad assumere, in D. 2. 14, un significato che originariamente non ebbe. D'altronde è anche molto dubbio che Paolo si riferisse veramente, nel libro sessantaduesimo *ad edictum*, alla materia del *pactum quo minus solvatur*, quando noi sappiamo che alla materia *de pactis* egli dedicava il libro terzo del suo commentario editale (77).

A complemento della esegesi del fr. 9 dirò che anche il § 2 deve ritenersi interpolazio, perchè rivela la stessa mano che ha vergato il precedente § 1. *Debemus* ricorda i precedenti *referemus* e *spectabimus*; *summa* appare tanto nell'uno quanto nell'altro paragrafo; il senso, infine, del § 2 è strettamente dipendente da quello del paragrafo precedente. — Piuttosto è notevole che lo stile dei §§ 1 e 2 è ben diverso da quello delle inserzioni del *principium* (78): il che, aggiunto alla circostanza positiva che in questi due paragrafi si ragiona del *cumulus debiti* introdotto da Triboniano nel fr. 8, potrebbe far pensare che essi provengano direttamente dai compilatori.

7. — D) D. 40. 4. 54. 1 (Scaev. 4 resp.) *Scripti testamento heredes ante aditam hereditatem pacti sunt cum creditoribus, ut parte dimidia contenti essent, et ita decreto a praetore interposito hereditatem adierunt...*

E) D. 42. 8. 23 (Scaev. 32 dig.) *Primo gradu scripti*

(76) Cfr. *Index interpolationum*. La restituzione di *transcripticia* è del SOLAZZI, *Estinzione cit.*, 1982, il quale parla di un commento postclassico (esteso a tutto il § 1) che si inizia con le parole *unius loco numerabuntur*.

(77) Cfr. LENEL, *Paläogenese iuris civilis*, I, 971 segg.

(78) Principalmente è da notare che agli impersonali *numerabuntur, numerantur* del *principium* corrispondono, nei §§ 1 e 2, dei *referemus, spectabimus, debemus*.

*heredes cum animadvertenti bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia ex consensu creditorum auctoritate praesidis provinciae [secundum constitutionem] ea condicione adierunt hereditatem, ut creditoribus dumtaxat partem praestarent...*

I due frammenti di Scevola sopra riportati costituiscono due formidabili argomenti a sostegno della nostra tesi che, nel diritto classico, il *pactum quo minus solvatur* avesse luogo, di regola, *decreto a praetore interposito* (o pure — che fa lo stesso — *auctoritate praesidis provinciae*), ma tuttavia col consenso di tutti i creditori ereditari.

Di fronte alla schiacciante evidenza di questi testi — i quali ci presentano lo stato classico della situazione, proprio perchè, essendo fuori della *sedes materiae* del concordato (D. 2. 14), non hanno destato l'attenzione dei giustinianeî — è da qualificarsi, quanto meno, preconcetta l'affermazione di chi ancora ritiene di poter sostenere quanto segue: « Qui viene confermata l'esistenza di una *constitutio*, probabilmente quella del divo Marco, che dettava norme per il concordato; ed è fatta menzione di un decreto, che emanava il magistrato. Orbene di tale decreto non si capirebbe lo scopo, se il *pactum de non petendo* fosse stato impegnativo soltanto per coloro che l'avevano voluto » (79).

Lasciamo pure, per un momento da parte, il problema se *secundum constitutionem*, nel frammento *sub E*, sia genuino. Certo è che i due passi di Scevola mettono in chiarissimo rilievo che il patto avveniva *cum creditoribus* cioè *ex consensu (omnium) creditorum*. Se tuttavia si parla in essi di un *decretum praetoris* o dell'*auctoritas* del *praeses provinciae*, egli è, dunque, perchè il concordato non era punto un *pactum de non petendo*, perchè — come avevamo supposto (80) — il concordato, in quanto tale, ha certe sue speciali caratteristiche, certi suoi specifici addentellati (e cioè con la procedura della *interrogatio in iure*), i quali rendono spiegabile e necessaria l'interposizione del *decretum* magistratuale, pur non essendo ancora, in diritto classico, il *pactum* concluso dalla maggioranza coattivo nei riguardi della minoranza. I frammenti di Scevola aprono finalmente l'orizzonte della nostra ricerca e ci accertano nel più sicuro dei modi che il *pactum quo minus solvatur* non era, in diritto classico

(79) SOLAZZI, *Estinzione cit.*, I, 195.

(80) Cfr. *retro n. 3 sub D*.

— come si assume dalla unanime dottrina romanistica — un puro *pactum de non petendo* parziale.

Quanto a *secundum constitutionem* del frammento sub E, è chiaro che questa locuzione non può adombrare che il *rescriptum divi Marci*, il cui contenuto ci risulta, per ora, ancora oscuro. Ma, secondo me, è fortemente dubbio che ci troviamo di fronte ad una dichiarazione genuina, perchè non può ammettersi che Quinto Cervidio Scevola, tanto più che trattavasi di un contemporaneo di Marco Aurelio, abbia accennato tanto vagamente, in un libro di *digesta*, al *rescriptum* di quest'ultimo (81). *Secundum constitutionem*, ad ogni modo, sarebbe, se genuino, una nuova conferma che nemmeno il rescritto di Marco Aurelio si assunse il compito di introdurre il principio del concordato coattivo; tuttavia giova rinunziare al suo appoggio e ritenere che esso provenga dalla inserzione completomane di un lettore postclassico, cui è parso necessario di accennare, mediante l'indicazione della fonte imperiale, al requisito della presenza *in iure* di tutti i creditori ereditari.

8. — F) D. 2. 14. 10 pr. (Ulp. 4 ad ed.) *Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentes sequi debeant?* [sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur: si modo valet pactio et contra absentes. et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.] <?>

Il fr. 10 pr. si riattacca, come sappiamo (82), ai fr. 7. 17-19, ma indubbiamente una lacuna nell'originario testo di Ulpiano è stata creata dai compilatori giustiniani, i quali hanno, in particolare, eliminato un brano, susseguente al fr. 7. 18, ove si doveva ragionare della speciale procedura del *pactum quo minus solvatur* ed in cui già si doveva far menzione del contenuto del *rescriptum divi Marci*, sostituendolo con la glossa

(81) È ottima congettura, del resto, avanzata dal RICCOBONO, *Zeitschrift der S. St.* 47 (1927) 78, che l'uso di *constitutiones* senza il nome degli imperatori sia sospetto.

(82) Cfr. *retro* n. 4 A sub c).

postclassica del fr. 7. 19, nonchè con l'aggiunta, a mo' di ricalzo, dei fr. 8 e 9, fortemente emblematici. A seguito del fr. 8, nel quale la mano compilatoria ha scritto che dalle disposizioni del divo Marco *colligi potest* tutta una serie di criteri circa la determinazione della *maior pars creditorum*, il fr. 10 pr. ha un senso alquanto falsato: esso implica che il *rescriptum divi Marci* abbia, da una parte, introdotto il principio di maggioranza, pur limitandosi, dall'altra parte, a parlare dei soli creditori presenti *in iure, quasi omnes creditores debeant convenire*.

Tuttavia che il rescritto del divo Marco abbia potuto contenere tutto ciò è incredibile. Anzitutto, è noto che i rescritti imperiali erano soluzioni di singoli casi pratici, scioglimenti di singoli problemi della vita reale; mentre, a quel che sembra, il rescritto di Marco Aurelio sarebbe stato più infarcito di disposizioni, che una costituzione di Leone, o di Teodosio, o di Giustiniano. D'altronde, è altrettanto noto che i rescritti imperiali, se introdussero nuovi principii, non ne introdussero mai, d'abitudine, di così radicalmente innovatori, quale sarebbe invece stato quello del concordato coattivo rispetto ad un precedente stato del diritto, in cui il concordato altro non fosse che un semplice *pactum de non petendo* parziale concluso dall'erede con i singoli creditori ereditari. Nè vi è motivo per credere che proprio Marco Aurelio abbia potuto assumere la veste del riformatore, quando di lui espone un suo biografo, Giulio Capitolino (*Vita Marci* I. 10), che « *ius autem magis vetus restituit, quam novum fecit* » (83). Siccome, infine, come abbiamo anche visto (84), non è possibile ammettere che il concordato coattivo sia stato il frutto di una

(83) L'affermazione di Giulio Capitolino è dichiarata « non vera » dallo SCARLATA FAZIO, *Principii vecchi e nuovi di diritto privato nell'attività giurisdizionale dei Divi Fratres* (Catania 1939) 156. Ecco la testuale motivazione: « In complesso può affermarsi che l'opera dei *Divi Fratres*, se solo raramente apporta dei principii, diciamo così, rivoluzionari, non è d'altra parte rivolta alla supina applicazione del diritto vigente ai loro tempi, ma che i due imperatori hanno mostrato una sufficiente indipendenza nell'esplicare la loro operosità giuridica specialmente in quei campi in cui maggiormente potevano aver gioco le idee filosofiche professate da Marco Aurelio che, senza dubbio, nel binomio imperiale rappresenta la parte intellettuale ». — Ma la condanna del severo giudizio è implicita nelle stesse parole con cui lo SCARLATA FAZIO, cerca di giustificare. D'altronde, per poter aderire alla tesi dello SCARLATA FAZIO, occorrerebbe essere sicuri che egli ha attribuito, nella critica dei testi, ai *Divi Fratres* quel tanto e solo quel tanto che ad essi effettivamente spetta: poi che la lettura dell'opera non mi ha convinto affatto del rigore di molte esegesi, ritengo di dover persistere — sino ad una prova contraria, che possa veramente dirsi tale — nel dubbio che il divo Marco abbia potuto introdurre il principio di maggioranza nella materia del *pactum quo minus solvatur*.

(84) Cfr. *retro* n. 4 A sub b).

evoluzione giurisprudenziale avutasi nell'ambito del diritto classico, noi possiamo concludere che, con ogni probabilità, il *rescriptum divi Marci* si è limitato, a proposito della procedura caratteristica del *pactum quo minus solvatur*, a risolvere in maniera perspicua qualche dubbio di indole pratica sottoposto all'imperatore da un qualunque interessato.

Quale può essere stato il problema risolto da Marco Aurelio? Io ritengo che esso sia stato il problema più facile a sorgere, quello cioè attinente alle particolari caratteristiche differenziali del *pactum ut minus solvatur* rispetto agli ordinari *pacta de non petendo*; problema che, risorto al giorno d'oggi, ha ottenuto, almeno a mio parere, tante soluzioni detteriori da una critica romanistica forse troppo frettolosa.

Che dubbi potessero sorgere, nell'interrogante del divo Marco, circa il punto che il patto di concordato concluso stragiudizialmente con alcuni creditori fosse in qualunque maniera impegnativo anche per gli altri, mi pare assurdo. Già è stato rilevato da altri (85) che il *pactum* concluso con alcuni creditori non poteva, trattandosi di un comune *pactum de non petendo* parziale, obbligare gli altri ad accontentarsi del pagamento di una quota del credito. Io aggiungerei che la cosa è tanto evidente, che neanche il più impacciato degli interroganti avrebbe potuto farne oggetto di un quesito per l'imperatore; né d'altronde la ovvia risposta di Marco avrebbe potuto esser giudicata meritevole di un qualsivoglia rilievo da parte di un qualsivoglia giurista, e tanto meno di Ulpiano. Se dei dubbi potevano sorgere, e se essi erano giudicati degni di risposta dall'imperatore, e se di tal risposta giudicava opportuno di far menzione Ulpiano, e se infine tal risposta metteva in evidenza il punto della necessità che tutti i creditori fossero presenti e consenzienti, egli è — non mi stancherò di ripeterlo — perchè evidentemente il *pactum quo minus solvatur* aveva delle sue speciali caratteristiche, cioè (unica eventualità pensabile) era intimamente legato alla procedura della *interrogatio in iure* dell'erede da parte dei creditori. Solo se si pensa a ciò, ci si può chiarire il perchè del dubbio risolto da Marco Aurelio, nonchè l'*ubi consistam* del principio giuridico enunciato nella risposta imperiale.

Ed infatti noi sappiamo che l'*interrogatio in iure* poteva essere fatta da qualunque creditore, senza che fosse necessaria la presenza *in iure* di tutti i suoi colleghi. Sia che l'erede rispondesse negativamente, o affermativamente o con la richiesta di uno *spatium deliberandi* (86), il pre-

(85) BESELER, *Beiträge* cit., 2. 97.

(86) Cfr., per le tre eventualità, *retro* n. 3 sub C.

tore aveva nelle sue mani elementi più che sufficienti per poter decidere rispettivamente nel senso della concessione della *missio in bona*, o della dichiarazione della certezza dell'erede, o infine della concessione dello spazio per deliberare: non era necessario, cioè, che tutti i creditori ereditari fossero presenti ad impetrare da lui questi provvedimenti, per il fatto che egli — sia nel primo, che nel secondo, che nel terzo caso — non avrebbe potuto provvedere in miglior modo, sull'iniziativa del più diligente fra i creditori, al soddisfacimento dei loro legittimi interessi. Liberi, naturalmente, sempre i creditori che non volessero inferire contro l'erede a non partecipare alla procedura concorsuale o a non agire comunque ne' suoi riguardi! Ma nel caso che l'erede rispondesse all'*interrogatio* di alcuni creditori proponendo la conclusione del *pactum quo minus solvatur*, le evenienze non potevano essere se non queste: o tutti i creditori erano presenti e consenzienti nell'accettare il concordato, ed allora il pretore poteva omettere di prendere uno dei tre provvedimenti a sua disposizione ed adottare il quarto, dichiarando concluso il concordato; o, invece, non tutti i creditori erano presenti o perlomeno consenzienti, ed allora il pretore non aveva in mano elementi sufficienti per poter dichiarare chiusa la procedura della *interrogatio* con la conclusione del concordato, e doveva pertanto adottare uno dei tre provvedimenti ordinariamente a sua disposizione. Non era dunque completamente destituito di fondamento il dubbio di chi pensasse che, anche nel caso della richiesta del concordato da parte dell'erede, il pretore poteva dichiarare chiusa l'*interrogatio* e concluso il concordato, unicamente in base all'adesione di alcuni fra i creditori ereditari, o almeno in base all'adesione di quelli che si trovassero presenti *in iure*. Senonchè Marco Aurelio ha giustamente risposto al suo interrogante che non è sufficiente che tutti i creditori presenti *in iure* aderiscano al concordato proposto dall'erede, ma ma che invece occorre che *in iure* siano presenti (ed ovviamente, consenzienti) tutti i creditori ereditari (87).

Neanche la risposta di Marco era perfetta, almeno nella forma: nulla vietava ad un creditore ereditario di non essere presente *in iure*, ma di rendere tuttavia chiaramente nota la sua adesione in tempo utile, di modo che il pretore fosse tuttavia in grado di emettere tempestivamente il suo *decretum*. Ed è in questo senso che si svolge, a quanto

(87) Altrimenti non si avrà un concordato, nel proprio senso di questo istituto, ma si avranno tanti *pacta de non petendo* stragiudiziali per quanti sono i creditori ereditari con cui l'erede è riuscito a convenire il pagamento di una *portio*: v. *retro* nota 63.

pare, la nota di Ulpiano circa il *rescriptum divi Marci*: il fatto che l'imperatore parli della presenza *in iure* di tutti i creditori, e non — come sarebbe più proprio — della presenza (che eccezionalmente può anche mancare) ma soprattutto della unanimità di tutti i creditori, potrebbe far sorgere il dubbio ulteriore che i creditori assenti e non consenzienti siano tenuti a seguire l'*exemplum* dei creditori presenti e consenzienti. Assurdo dubbio, che Ulpiano esprime mediante una domanda retorica, la cui risposta negativa è ovvia: *num exemplum praesentium absentes sequi debeant* (88)?

Che Ulpiano insistesse, nel seguito del fr. 10 pr., a mettere in evidenza l'assurdità di questo dubbio ulteriore ed il senso da conferirsi al requisito della presenza *in iure* di tutti i creditori, noi non possiamo sapere. L'accenno agli *absentes* ed al dubbio che essi debbano uniformarsi al parere dei creditori presenti *in iure*, ha esaltato il commentatore postclassico (lo stesso che appare nei fr. 7. 18-19) il quale ha immediatamente imbastito, sulla base delle sue numerose reminiscenze, tutta un'altra questione che verremo esaminando più innanzi (89). In ogni caso, non è improbabile che il discorso ulteriore di Ulpiano sia stato tagliato dai compilatori, i quali hanno preferito ricopiare al suo posto il glossema *sed an et rell.*, perchè da esso appariva troppo evidente il legame del nostro *factum* con la procedura della *interrogatio in iure*, mentre che di quel legame Triboniano si era preoccupato anche nel fr. 7. 17-19 di far sparire ogni traccia (90).

9. — Giunti a questo punto, ci tocca di fare una precisazione. Tutta la questione del concordato è relativa, evidentemente, ai creditori così detti chirografari. Quanto ai creditori privilegiati, è logico che essi dovessero essere trattati a parte e che in tanto essi potessero aderire al concordato, in quanto rinunciassero alle loro garanzie e si ponessero nella condizione degli ordinari creditori dell'eredità.

Non è probabile che Ulpiano abbia trattato di questa questione nel fr. 10 pr. Tutto lo squarcio *sed an et privilegiariis — conservanda sunt* ha destato l'attenzione della critica sin dai tempi più antichi (91) e non vi

(88) Erroneamente afferma il SOLAZZI (*Estinzione cit.*, I, 201) che il quesito *num exemplum praesentium absentes sequi debeant* non è risolto. Il quesito è risolto già implicitamente per la negativa perchè il *num* presuppone appunto una risposta negativa.

(89) Cfr. *infra* n. 9.

(90) Cfr. *retro* n. 4.

(91) Cfr. *Index interpolationum*. Seguo la critica del SOLAZZI (*Estinzione cit.*, I, 201), il quale a sua volta si richiama all'autorità del FABRO.

ha più alcuno, io credo, che possa dubitare della sua provenienza bastarda. Del resto, basta una considerazione fondamentale a condannare senza remissione il brano. La risposta di Ulpiano alla interrogazione retorica, *num exemplum praesentium absentes sequi debeant?*, era ovviamente negativa, come il *num* chiaramente dimostra: ciò dato, non è possibile ammettere che Ulpiano — sia che abbia espresso e motivato quella sua negazione (come noi supponiamo), sia che invece non lo abbia fatto — abbia potuto far seguire al precedente il quesito *an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat*, sia pur accompagnandolo con la riserva *si modo valet pactio et contra absentes* (92). La formulazione del nuovo quesito non può non essere che di un commentatore postclassico, per il quale l'evidenza di una risposta negativa alla domanda precedente era siffattamente scemata, da scomparire del tutto. Bisogna presumere, pertanto, che si sia trattato dello stesso lettore completomane e prolisso di note, cui abbiamo attribuito le inserzioni del fr. 7. 18 e la stesura del fr. 7. 19. In conformità al novello principio da lui espresso con le parole *si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem*, ecco che il tardo commentatore viene ora a dire che la volontà della maggioranza deve imporsi anche sugli assenti, ed anche se questi siano titolari di crediti privilegiati: assurdi principii, che il diritto classico non potette ammettere, ma che solo poterono uscire dall'esasperazione scolastica del diritto postclassico (93).

E' sintomatico, comunque, che l'annotatore di Ulpiano abbia scritto *elegantier tractatur*. Ciò può essere indice del fatto che, sia pure su di un piano diverso, la sorte dei creditori privilegiati ha dato luogo a discussioni teoriche nell'ambiente del diritto classico. Ne abbiamo la riprova guardando al seguente frammento delle *quaestiones* di Paolo:

(92) Il secondo quesito non avrebbe potuto essere formulato nemmeno se al primo, come si assume (cfr. *retro* nota 88), fosse mancata di una risposta.

(93) Io sospetterei, tuttavia, che il periodo terminale del fr. 10 pr., ove è riassunto e proclamato in tono sì deciso il pensiero postclassico (eliminazione di ogni differenza di trattamento fra i creditori ipotecari e gli altri creditori: *haec enim omnia in his creditoribus qui hypothecas non habent, conservanda sunt*!), sia derivato specificamente dalla mano dei compilatori. Esso richiama alla memoria un paragrafo di quella costituzione di Giustiniano, C. 7. 71. 8, che sappiamo essere stata tenuta presente dai compilatori nell'alterare D. 2. 14. 8 (cfr. *retro* n. 5):

C. 7. 71. 8. 6 (Justin. Johanni pp., a. 531-532) *Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores quantum ad hanc electionem observanda: in rebus autem officio iudicis partendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula.*

G) D. 17. 1. 58. 1 (Paul. 4 quaest.) *Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit: deinde defuncto* [debitore maggiore parte creditorum consentiente] < *eo ex consensu creditorum* > *a praetore decretum est, ut portionem creditores* [ab heredibus] *ferant, absente eo creditore apud quem mandator extiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, [pactus videtur iusta ex causa eaque] exceptio [et fideiussori] danda esset [et] mandatori. sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem* [(sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris. nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est. plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est: sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem.]

La questione discussa da Paolo è questa. Il debitore (*L. Titius*) aveva concesso un garante (*mandator*) al creditore; lui defunto, gli eredi chiedono ed ottengono un concordato con gli altri creditori ordinari, non essendo presente *apud praetorem* il creditore garantito. Qualora questi agisca in pagamento contro il *mandator*, potrà il *mandator* opporgli la stessa *exceptio* che hanno gli eredi nei riguardi degli ordinari creditori, potrà cioè il *mandator* legittimamente rifiutarsi di pagare oltre la *portio* del concordato? Paolo giustamente risponde che il *mandator* avrebbe l'*exceptio pacti quo minus solvatur*, se il creditore privilegiato *praesens apud praetorem ipse quoque consensisset*: ma dato ch'egli è stato assente, non gli si può negare il diritto di scelta fra l'aderire al concordato o l'agire *in solidum* contro il garante.

In conclusione, il concordato non obbligava i creditori privilegiati; per poterli obbligare, occorreva che questi avessero esplicitamente acconsentito, in una con i creditori chirografari, davanti al pretore.

10. — Ma ritorniamo al *punctum pruriens* del nostro argomento. D. 17. 1. 58. 1 non è tanto degno di nota in quanto che risolve il problema specifico della posizione dei creditori privilegiati rispetto al con-

cordato, ma è ancora più degno di considerazione in quanto che costituisce la riprova più piena della nostra concezione circa l'istituto del *factum quo minus solvatur* nel diritto classico.

Il frammento è ampiamente alterato in tutta la seconda parte, come una unanime dottrina esattamente sostiene (94). Quel che non si è notato, sin oggi, si è che indubbiamente interpolatizia è anche, in principio, la frase *maior parte creditorum consentiente* (95). Essa viene, in generale, trionfalmente additata dai sostenitori della classicità del concordato coattivo (96) e non nego che, di fatti, accanto all'altra frase *a praetore decretum est*, essa possa fornire un certo qual *fumus boni iuris* in pro' della dottrina tradizionale. Ma l'illusione deve essere di breve durata.

Che un'alterazione vi sia, nel primo periodo del frammento paolino, fa già sospettare — indizio formale, ma non del tutto indegno di rilievo — il fatto che vi si dica *defuncto debitore*, anzichè, come ci aspetteremmo, *defuncto eo*, o pure *defuncto Lucio Titio*. Questo rilievo, accompagnandosi a tutta la dimostrazione svolta nelle pagine precedenti, potrebbe già indurre un critico men che audace al sospetto che i Giustinianeî abbiano distrattamente sostituito *debitore* ad *eo* quando, ricopiando la frase, si sono trovati a dover sostituire, in omaggio al nuovo diritto, *maior parte creditorum consentiente* ad un *ex consensu creditorum*, che ancora incontriamo (tralasciato dai compilatori) in D. 42. 8. 23 (97). Ma vi è dell'altro, per renderci certi del fatto nostro e per non procacciarci il detto di tenerari. Paolo — si ricordi — rispondendo al quesito teorico, scrive testualmente: *si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset*. Egli, dunque, non condiziona la concessione della *exceptio* da concordato alla sola circostanza della presenza del creditore privilegiato nel congresso degli altri creditori, ma la condiziona altresì, e soprattutto, al fatto che anche il creditore privilegiato — come i creditori chirografari, come tutti i creditori chirografari — abbia espresso il suo consenso. Mancando l'assenso di uno dei creditori chirografari, non sarà possibile la conclusione del concordato, come atto terminale della procedura della *interrogatio in iure*; mancando il consenso del creditore privilegiato, il concordato avrà

(94) Cfr. *Index interpolationum* e SOLAZZI, *Estinzione* cit., I, 199<sup>1</sup>.

(95) Il BRESLER (*Beiwäge* cit., 2, 97), pur riconoscendo la forza di D. 17. 1. 58. 1 contro la sua tesi della non classicità del concordato coattivo, si limitava a dire che il frammento è indubbiamente inquinato.

(96) Cfr., da ultimo, SOLAZZI, *Estinzione* cit., 194.

(97) Cfr. *ratio* n. 7 sub E.

tuttavia luogo, ma il creditore privilegiato se ne dovrà ritenere escluso. Quale migliore conferma avrebbe potuto sperarsi per il sospetto dell'emblema di *maior parte creditorum consentiente*?

D'altra parte, ecco in questo testo di Paolo la definitiva conferma della nostra teoria circa la compagine classica del *pactum ut minus solvatur*; patto stretto fra gli eredi e tutti i creditori creditari, patto tuttavia da concludersi *in iure* e da omologarsi con uno speciale *decretum praetoris*, perchè atto terminale della procedura della *interrogatio in iure*.

Possiamo dunque concludere l'indagine esegetica, ritenendo pienamente raggiunto il fine della nostra dimostrazione.