

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 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 ereditari, patto tuttavia da concludersi *in iure* e da omologarsi con uno speciale *decretum praetoris*, perché atto terminale della procedura della *interrogatio in iure*.

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

POSTILLA: ANCORA SUL « PACTUM QUO MINUS SOLVATUR »

1. Dalle fonti giustiniane, e più precisamente da quelle di D. 2.14 « *de pactis* »¹, risulta che l'*heres* (*voluntarius, suus, necessarius*) poteva subordinare la sua adesione (*aditio, immixtio*) ad una *hereditas damnosa*, oltre che alla conclusione di acconci *pacta de non petendo* con alcuni o con tutti i creditori ereditari, anche alla stipula di un vero e proprio concordato preventivo giudiziale, il *pactum quo minus solvatur* (*pqms.*). Convenuti i creditori dell'eredità dinnanzi al magistrato, se la maggioranza (*pro modo debiti*) accettava un pagamento proporzionalmente ridotto, tale da evitare la procedura concorsuale, il magistrato omologava con suo *decretum* il *pqms.*, il quale impegnava anche la minoranza dei creditori assenti o dissenzienti.

In uno scritto precedente², opponendomi sia al conservatorismo di alcuni³ che all'eccessivo criticismo di altri⁴, ho tentato di dimostrare

* In *AUCT.* 4 (1950) 196 ss.

¹ Cfr. D. 2.14.7.17-19, 8, 9, 10 pr.

² GUARINO, « *Pactum quo minus solvatur* », in *Studi Scorza* (1940) 443 ss. [in seguito: GUARINO].

³ Per tutti: BONFANTE, *Ist.*⁹ 405; diffusamente, SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione in d. rom.* 1² (1935) 192 ss.

⁴ Cfr. BESELER, *Beitr.* 2.97 (nega la classicità sia del principio di maggioranza, che del *decretum* magistratuale). In senso adesivo: COSTA, *Storia dir. rom. priv.*² (1925) 537; LONGO G., *Dir. rom.* (1937) 432 ss.

esegeticamente che, nel sistema del diritto romano classico, il *pqms.*, pur essendo indubbiamente correlato con un *decretum* magistratuale, non fu, tuttavia, ancora un concordato di maggioranza⁶. Tali risultanze esegetiche ho creduto di poter giustificare, assumendo che il *pqms.* era proposto dall'*heres* allorché fosse chiamato *in ius* per rispondere alla *interrogatio* ereditaria (cd. *interrogatio* « *an heres sit* ») e che il *decretum* del magistrato giudicante serviva ad autorizzare questo esito anomalo della *interrogatio* stessa.

La mia tesi ha suscitato, da parte del Solazzi⁶, esponente della tendenza conservativa, una vivace e acutissima replica, la quale, impegnandomi a rivedere il problema, mi ha indotto a ritirare qualche eccessiva illazione, ma non mi ha indotto, come si vedrà, a modificare sostanzialmente le conclusioni di un tempo.

2. (A) Sarà bene prendere le mosse da un riesame strettamente esegetico della questione, tralasciando di toccare i punti su cui non cadano dubbi⁷ e concentrando la nostra attenzione sul problema della classicità, o meno, del principio di maggioranza e del *decretum* magistratuale. Per il che il criterio piú opportuno mi sembra quello di inco-

⁵ Nello scritto precedente sostenevo, inoltre, a titolo di illazione, che il *decretum* magistratuale omologasse l'avvenuta costituzione del *pqms.* tra l'*heres* e tutti i creditori ereditari. Cfr. GUARINO, *passim* e spec. nt. 45.

⁶ SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel d. r.* 4 (1943) 96 ss. (cap. 16) [in seguito: SOLAZZI], con qualche modifica, in adesione a mie osservazioni, rispetto al pensiero precedentemente manifestato (*o.c. retro* nt. 3).

⁷ Indubitabile mi sembra che: a) il *pqms.* avveniva tra i creditori ereditari e l'*heres voluntarius* o *necessarius* prima, rispettivamente, della sua *aditio* o *immixtio*: cfr. D. 2.14.7.17-18, su cui, da ultimo, GUARINO, n. 2 sub A e B; SOLAZZI 99 ss., 80; b) a prescindere dal *pqms.*, l'*heres* poteva concludere in ogni momento, sia prima che dopo l'adesione all'eredità, un *pactum de non petendo* (totale o) parziale con i creditori ereditari (uno, alcuni, tutti): cfr. D. 2.14.44 (*in sede materiae*) e il parallelo D. 26.7.59, ambo di Scevola, su cui GUARINO nt. 63 e testo relativo; SOLAZZI 121 ss. A proposito del secondo punto, il SOLAZZI 123, nega la validità di esso per diritto giustiniano, assumendo che le due citate fonti di Scevola « non si possono interpretare come leggi per sé stanti, ma, dovendo essere conciliate con le altre, cedono rimpetto a D. 2.14.10 pr., che è manipolato e dichiara *omnes creditores debeant convenire* ». Obbietterò che il *pactum*, di cui tratta Scevola, non è un *pqms.* in senso tecnico, ma un comune *pactum de non petendo*, sicché i testi di Scevola non vanno conciliati né con D. 2.14.10 pr., né con D. 2.14.7.19 (che sarebbe stato meglio citare). Forse che il diritto giustiniano, oltre ad esigere per il *pqms.* che fossero convocati tutti i creditori in assemblea plenaria, vietò il concordato puramente amichevole, extragiudiziale, con i creditori stessi?

minciare con alcuni frammenti estranei al D. 2.14, *sedes materiae* del *pqms.*, e perciò appunto dotati di particolare valore diagnostico al fine della conoscenza del genuino pensiero dei classici.

(a) 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*⁸.

La classicità del *decretum praetoris* è fuori discussione. Quanto al « *pacti sunt cum creditoribus* », convengo che esso non implica che il *pqms.* sia stato convenuto con tutti i creditori ereditari⁹. Tuttavia esso esclude che il *pqms.* sia intercorso con la maggioranza dei creditori e che sia impegnativo per la minoranza. L'accenno al principio di maggioranza, ove questo fosse esistito, sarebbe stato indispensabile da parte di Scevola, perché il generico « *cum creditoribus* » può anche significare « con la minoranza dei creditori »¹⁰. Opporre che l'esistenza del criterio di maggioranza è « il presupposto logico del decreto di omologazione »¹¹ è *petitio principii*.

(b) D. 42.8.23 (Scaev. 32 *dig.*)¹²: *Primo gradu scripti heredes cum animadverterent 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*¹³.

Il testo invita a ripetere le osservazioni dianzi fatte¹⁴: tanto esso, quanto il precedente, se non impongono la deduzione che il *pqms.* dovesse farsi con tutti i creditori ereditari, impongono almeno la conclusione che il *pqms.*, impegnasse soltanto chi vi avesse aderito.

⁸ Concordi circa la genuinità del brano: GUARINO n. 7, e SOLAZZI 109 s.

⁹ Giustamente SOLAZZI 110, contro il parere da me espresso precedentemente. Si badi, peraltro, che il tenore del passo non esclude che il *pqms.* possa essere stato fatto con tutti i creditori ereditari, e che, anzi, questa è la netta impressione che dalla lettura si trae (diversamente Scevola avrebbe meglio scritto « *cum quibusdam creditoribus* »).

¹⁰ Oppure « con la totalità dei creditori », nel qual caso, stando proprio alla tesi difesa dal Solazzi, non vi sarebbe stato bisogno di un *decretum* di omologazione.

¹¹ Così SOLAZZI 110.

¹² Cfr. SCHULZ, in *Symb. Friburg. Lenel* 176 ss., per i rapporti tra questo e il frammento precedente. V., tuttavia, anche DEVILLA, in *Studi sassaresi* 2.17 (1939) 376 s.

¹³ Concorda con la esegesi da me sostenuta SOLAZZI 109 nt. 3.

¹⁴ « *Auctoritate praesidis provinciae* » è, ovviamente, il perfetto parallelo di « *decreto a praetore interposito* ».

(c) D. 17.1.58.1 (Paul. 4 quaest.): *Lucius Titius creditori suo mandatore dedit: deinde defuncto [debitore maiore 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 a fuisse, iniquum est auferri ei electionem*¹⁵...

Il testo conferma anch'esso la classicità del *decretum praetoris*, ma insisto nel ritenere che sia alterata là dove fa riferimento al principio di maggioranza. A prescindere da ogni indizio formale¹⁶, vi è un argomento di sostanza, che non mi sembra sia stato intaccato dalle opposte considerazioni del Solazzi. Il quesito è se il garante (*mandator pecuniae credendae*) di un creditore ereditario, che sia stato assente alla convenzione del *pqms.*, possa opporre a costui, che agisca contro di lui per il pagamento, l'*exceptio* del *pqms.*, così come l'erede del debitore potrebbe opporla¹⁷. Paolo risponde negativamente¹⁸: non tanto perché il creditore sia stato assente all'adunanza del *pqms.*, quanto perché non ha acconsentito. Ed è importantissimo che egli precisi che la risposta potrebbe essere positiva solo nel caso che il creditore, essendo intervenuto all'adunanza, ivi avesse acconsentito al *pqms.* unitamente agli altri creditori: « *si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset* »¹⁹. La motiva-

¹⁵ Ampiamente sul testo GUARINO, n. 9 e 10; ivi riferimenti. V. anche SOLAZZI 117 s.

¹⁶ A mio avviso, un indizio formale di alterazione, nello squarcio « *defuncto—consentiente* », è costituito dall'espressione « *defuncto debitore* », là dove l'interrogante di Paolo avrebbe probabilmente scritto « *defuncto eo* », o « *d. Lucio Titio* ». Ma v. *contra* SOLAZZI 110.

¹⁷ La formulazione del quesito (« *si mandator—heres debitoris* ») presenta qualche ambiguità e può far sorgere, in particolare, questo dubbio: che l'*heres debitoris* potesse in ogni caso opporre l'*exceptio* del *pqms.* al creditore, ove questo si rivolgesse a lui con l'*actio* per il pagamento. L'interrogante di Paolo sembra, cioè, chiedersi se il *mandator pecuniae credendae* abbia contro il creditore garantito la stessa *exceptio* che l'*heres debitoris* ha contro quest'ultimo. Ma è chiaro che l'*exceptio* del *pqms.* non avrebbe potuto essere opposta dall'*heres debitoris* al creditore munito di garante, neanche se il *pqms.* fosse stato un concordato di maggioranza, salvo che il creditore non avesse rinunciato alla garanzia: cfr. SOLAZZI 116 ss.

¹⁸ « *Iniquum est auferri ei electionem* »: non è equo togliere al creditore la scelta tra l'aderire al concordato o l'agire contro il garante.

¹⁹ Secondo il SOLAZZI 110 s., il mio ragionamento sarebbe infondato perché non

