

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* »<sup>1</sup>, 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 precedente<sup>2</sup>, opponendomi sia al conservatorismo di alcuni<sup>3</sup> che all'eccessivo criticismo di altri<sup>4</sup>, ho tentato di dimostrare

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

<sup>1</sup> Cfr. D. 2.14.7.17-19, 8, 9, 10 pr.

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

<sup>3</sup> Per tutti: BONFANTE, *Ist.*<sup>9</sup> 405; diffusamente, SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione in d. rom.* 1<sup>2</sup> (1935) 192 ss.

<sup>4</sup> 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.*<sup>2</sup> (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 maggioranza<sup>6</sup>. 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 Solazzi<sup>6</sup>, 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 dubbi<sup>7</sup> 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-

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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*<sup>8</sup>.

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 ereditari<sup>9</sup>. Tuttavia esso esclude che il *pqms.* sia intercorso con la maggioranza dei creditori e che sia impegnativo per la minoranza. L'accento 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 »<sup>10</sup>. Opporre che l'esistenza del criterio di maggioranza è « il presupposto logico del decreto di omologazione »<sup>11</sup> è *petitio principii*.

(b) D. 42.8.23 (Scaev. 32 *dig.*)<sup>12</sup>: *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*<sup>13</sup>.

Il testo invita a ripetere le osservazioni dianzi fatte<sup>14</sup>: 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.

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

<sup>9</sup> 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* »).

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Così SOLAZZI 110.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Concorda con la esegesi da me sostenuta SOLAZZI 109 nt. 3.

<sup>14</sup> « *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*<sup>15</sup>...

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 formale<sup>16</sup>, 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 opporla<sup>17</sup>. Paolo risponde negativamente<sup>18</sup>: 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* »<sup>19</sup>. La motiva-

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

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

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

<sup>19</sup> Secondo il SOLAZZI 110 s., il mio ragionamento sarebbe infondato perché non

zione della risposta fa a pugno con il « *maiore parte creditorum consentiente* » della domanda e denuncia l'intervento compilatorio in quel punto.

3. Ed ora qualche considerazione sui passi della *sedes materiae*. Il filone principale ne è costituito da uno squarcio di Ulp. 4 *ad ed.*<sup>20</sup>, in cui si inseriscono un brano di Papiniano ed uno di Paolo<sup>21</sup>.

(d) D. 2.14.7.19 e 10 pr. (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*] (?). *Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentes sequi debeant?* [rell.] (?)<sup>22</sup>.

Il Solazzi riconosce oggi con me<sup>23</sup> che il modo di esprimersi del fr. 10 pr. (« *rescriptum autem . . . sic loquitur* ») impone di credere che ivi Ulpiano non parli per la prima volta del *rescriptum divi Marci*, ma che di questo il giurista classico abbia già discorso in un passaggio, il quale non compare nei *Digesta*, per esservi stato totalmente surrogato dal fr. 7.19, sicuramente spurio. Vuole, tuttavia, il Solazzi che il *rescriptum divi Marci* ribadisse la pretesa obbligatorietà della volontà della maggioranza rispetto alla minoranza dei creditori<sup>24</sup>, e vigorosa-

basta in nessun caso che il creditore si limiti ad intervenire all'adunanza, ma occorre, anche in diritto giustiniano, che egli apra bocca e dichiari di rinunciare alla sua garanzia: « la sua presenza silenziosa non ha alcun valore e solamente l'adesione esplicita al concordato l'accomunerà ai creditori chirografari ». Ma il Solazzi non tiene adeguatamente presente, se non erro, che: a) « *consensisset* » non sta ad indicare la adesione esplicita al *pqms.*, in generale, bensì l'accettazione delle concrete proposte dell'*heres debitoris*; b) Paolo sottolinea che anche il creditore garantito deve acconsentire, lasciando chiaramente intendere che il *pqms.* abbisogna del consenso di tutti i creditori (o, per lo meno, che il *pqms.* impegna solo i creditori che abbiano acconsentito).

<sup>20</sup> D. 2.14.7.19 e 10 pr., che si riallacciano a D. 2.14.7.17-18 (su cui *retro* nt. 7).

<sup>21</sup> D. 2.14.8 e 9. Il SOLAZZI 107 s., aderisce oggi alla mia tesi della continuità di discorso tra il fr. 7.19 (o meglio, il testo classico da esso surrogato) e il fr. 10 pr.

<sup>22</sup> Per la esegesi dei testi, v. GUARINO n. 4, 8, 9; nonché, oggi in pieno accordo, SOLAZZI 105 ss., 119 ss.

<sup>23</sup> Cfr. GUARINO n. 4 e 8; SOLAZZI 107 ss.

<sup>24</sup> Prima il Solazzi parlava di « sancire », cioè di introduzione del principio di maggioranza ad opera del *rescriptum divi Marci*. V. invece ora, a seguito delle mie osservazioni, 108 nt. 1.

mente si oppone, pertanto, all'argomento esegetico, sul quale io m'ero basato per sostenere il mio assunto. Ma l'argomento rimane, se non erro, intatto: il quesito se « *exemplum praesentium absentes sequi debeant* », che nell'attuale testo rimaneggiato del fr. 10 pr. resta privo di esplicita risposta, è formulato con un « *num* » interrogativo; il « *num* » interrogativo si usa, come è noto, allorchando si presuppone una sicura risposta negativa<sup>25</sup>; dunque, è evidente, pur se implicita, la conclusione che i creditori *absentes* non erano affatto tenuti ad uniformarsi alle decisioni dei *praesentes*, anche ammesso che questi costituissero la maggioranza. L'obiezione, secondo cui, di contro all'interrogativa retta dal « *num* », « la negativa avrebbe potuto essere non assoluta »<sup>26</sup>, sembra affidarsi a testi poco probanti o interpretati con qualche equivoco: essa vale per le risposte date da altri, ma non per quelle date o da darsi, come nel nostro caso, dalla stessa persona, che ha posto la domanda<sup>27</sup>. Del resto, se il *rescriptum divi Marci* avesse veramente ribadito, in 7.19, il principio di maggioranza, perché mai i manipolatori postclassici o i compilatori giustinianeî ne avrebbero stralciato la menzione?

Ulpiano, dunque, parlò del contenuto del *rescriptum divi Marci* in 7.19, ma certamente ivi del preteso principio di maggioranza non fece alcuna parola<sup>28</sup>. Che cosa il divo Marco abbia potuto statuire, il brano

<sup>25</sup> Cfr. per tutti GEORGES, *Lat. - Deutsch. Wörterbuch* s.v.

<sup>26</sup> Cfr. SOLAZZI 119 nt. 3, il quale obietta anche che « i giureconsulti e i loro lettori non se ne stavano paghi alla negativa presupposta dal *num* » (quasi che io avessi sostenuto che le proposizioni interrogative rette dal *num* escludono una esplicita risposta), e cita alcuni testi (D. 20.4.12.8; 34.5.28; 46.3.72.5; 48.5.18.2) in cui segue una risposta esplicita (comunque, sempre negativa).

<sup>27</sup> È evidente, cioè, che può ben darsi di trovar testi, nei quali, posta da taluno una domanda col « *num* », sia una persona diversa a rispondere; ed è evidente che, in tal caso, la risposta possa anche non essere negativa e non corrispondere perciò all'attesa dell'interrogante. Tale è il caso dei frammenti provenienti da *libri responsorum, quaestionum* ecc., ove può darsi che il quesito sia formulato con le parole dell'interrogante e non con parole del giurista rispondente. Orbene, l'unico passo, che il Solazzi adduce per la sua tesi, è appunto un passo tratto da *libri epistularum*, in cui è evidente, a prescindere da ogni considerazione critica sulla genuinità della risposta (v. in proposito l'*Index itp.*), che la domanda non è formulata dall'autore: D. 41.1.55 (Procul. 2 *epist.*): *In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? ... respondit ...*

<sup>28</sup> La ragione, per cui Ulpiano ha formulato la sua retorica domanda (« *num ... debeant* »), la si deduce dalla lettura dell'affermazione che il *rescriptum divi Marci* « *sic loquitur quasi omnes creditores debeant convenire* ». Posto che l'intervento all'adunanza fosse stato un vero e proprio « dovere » dei creditori, ne sarebbe do-

spurio di D. 2.14.7.19 (« *hodie tamen rell.* ») non lascia intuirlo con sufficiente chiarezza, né voglio qui indugiarmi in ipotesi<sup>29</sup>.

(e) Non credo sia il caso, a questo punto, di intrattenersi in una disamina minuziosa di D. 2.14.8 (Pap. 10 *resp.*) e 9 (Paul. 62 *ad ed.*), cioè dei due frammenti intercalati nel discorso ulpiano con la precipua funzione di illustrare il principio di maggioranza<sup>30</sup>. Premesso che ambo i passi presentano larghi squarci sospetti<sup>31</sup>, la tesi, da me seguita<sup>32</sup>, che originariamente essi non si riferissero né punto né poco al *pqms.*, trova un forte sostegno in ciò: che, come si è visto, il fr. 1.19, di cui i due passi formano il complemento, parlava presumibilmente, e nella stesura genuina, del *rescriptum divi Marci*, ma non faceva parola, altrettanto presumibilmente, del principio di maggioranza. I nostri due frammenti dunque, costituiscono l'*accessorium* di un *principale*, il fr. 7.19, non genuino, e pertanto non hanno sufficiente valore probatorio della classicità del principio di maggioranza<sup>33</sup>. Essi, nel contesto e nella stesura originaria, si occupavano, sí, del calcolo della maggioranza, ma non a proposito del *pqms.*, bensí, come è stato ben visto<sup>34</sup>, in ordine alla procedura della *bonorum venditio*.

L'obbiezione piú degna di rilievo, tra quante ne muove il Solazzi<sup>35</sup>,

vuta derivare la conseguenza che l'assenza fosse interpretata, a titolo di sanzione, come adesione tacita al patto. Posto che gli assenti, viceversa, non erano tenuti a seguire l'« *exemplum praesentium* », era da ricavarsene che l'intervento all'adunanza non costituiva, ai sensi del *rescriptum divi Marci*, un tassativo dovere dei creditori.

<sup>29</sup> V. in proposito GUARINO n. 4.

<sup>30</sup> 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 praecellit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est. hoc ex divi Marci rescripto colligi potest]*. D. 2.14.9 (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 (transcripticia) simul facta sunt [rell.]*.

<sup>31</sup> V. in proposito i citati dall'*Index itp.* e lo stesso SOLAZZI 111 ss., la cui esegesi dei frammenti in oggetto diverge dalla mia (v. *retro* nt. 30) esclusivamente con riguardo a « *hoc enim rell.* » del fr. 8, che egli ritiene genuino.

<sup>32</sup> Cfr. GUARINO n. 5 e 6.

<sup>33</sup> A parte ciò, si noti che il fr. 8 appartiene alla massa papiniana ed è fuori posto tra gli altri frammenti, che sono della massa editale. V. tuttavia SOLAZZI 115 s.

<sup>34</sup> Cfr. BESELER, *Beitr.* 297.

<sup>35</sup> Cfr. SOLAZZI 96 nt. 3 e 114 nt. 2. Non credo sia il caso di soffermarmi sull'altro presunto caso di concordato di maggioranza, che il Solazzi illustra, ma non dimostra, 123 ss.

sembra essere quella relativa al fr. 9, che proviene da un libro di Paolo *ad edictum* (l. 62), ove, stando alla palingenesi leneliana<sup>36</sup>, il giurista classico si sarebbe occupato diffusamente del *pqms.* in appendice al commento relativo all'editto sulla *separatio bonorum*. Ma è sufficiente una scorsa a quei frammenti del l. 62 *ad edictum* per accorgersi di quanto arbitrariamente essi siano stati riuniti sotto una rubrica relativa alle « *pactiones cum heredibus factae* »<sup>37</sup>. L'unico argomento di così fatta palingenesi è costituito, in verità, dal fr. D. 2.14.9, che non si dubitava riferirsi al *pqms.*, e che è, pertanto, divenuto, nella ricostruzione del l. 62, il centro di attrazione di altri frammenti dal significato e dalla collocazione incerti. Ora, perché Paolo avrebbe parlato del *pqms.* in calce alla trattazione sulla *separatio*, anziché, come Ulpiano<sup>38</sup>, a proposito del titolo edittale « *de pactis* »? Se si riflette, invece, che il l. 62 *ad edictum* di Paolo concerne la procedura della *bonorum venditio*<sup>39</sup>, ecco che la mia tesi si rafforza.

4. (B) Il riesame esegetico porta a risultati tali da far escludere, nel modo più assoluto, tanto la teoria difesa dal Solazzi, quanto quella messa avanti dal Beseler<sup>40</sup>. Infondata la prima teoria, perché, a tacer d'altro<sup>41</sup>, osta il fatto che il *pqms.* vincolava verso l'*heres (voluntarius)*,

<sup>36</sup> Cfr. LENEL, *Paul.* 735-738 (ove il nostro frammento ha il n. 736).

<sup>37</sup> Ecco, invero, i frammenti 735, 737 e 738. — (D. 50.17.144 pr.) « *Non omne quod licet honestum est* ». Il LENEL nt. 4, spiega che « *quibus licet vendere bona defuncti, non semper hoc honestum est* »; ma è evidente che la dichiarazione in oggetto può essere stata fatta a qualunque altro proposito. — (D. 45.1.78 pr. = D. 50.17.144.1). « *Si filius familias sub condicione stipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit condicio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* ». Qui il LENEL nt. 7, osserva che la dichiarazione può essere stata fatta perché le cose andavano diversamente che nei *pacta* e osservazione analoga, alla nt. 8, egli fa per giustificare l'inserzione nel gruppo di D. 50.17.146, che ometto di riportare. Orbene, vero è che « *locus a non lucendo* », ma qui sembra proprio che il misuratissimo romanista abbia sbrigliato, una volta tanto, la fantasia!

<sup>38</sup> Cfr. i fr. 7 e 10, estratti dal l. 4 *ad edictum*. Paolo commentava il titolo edittale « *de pactis* » nel l. 3 *ad edictum*.

<sup>39</sup> In particolare, si consideri che Paul. 62 *ad ed.* si occupava, tra l'altro, della nomina del *curator bonorum* e che questa era fatta « *ex consensu maioris partis creditorum* » (cfr. D. 42.7.2 pr. e D. 46.8.9).

<sup>40</sup> V. *retro* nt. 3 e 4.

<sup>41</sup> Altro gravissimo argomento contro la tesi della classicità del concordato di maggioranza è costituito dall'assenza di un editto, che disponesse autoritariamente questo principio: assenza tanto più sicura, quando si rifletta che del *pqms.* Ulpiano parlava in occasione dell'ordinario editto *de pactis*, mentre è del tutto illusoria (v. *retro* n. 3) l'idea che Paolo dedicasse a questo istituto un brano a sé del l. 62

*suus, necessarius*) solo se i creditori ereditari, prima dell'*aditio* o dell'*immixtio*, lo avessero concluso. Infondata la seconda teoria, perché il *decretum* (*praetoris* o *praesidis*) correlato col *pqms.* è indubbiamente di origine classica.

Orbene, a me sembra chiaro che la via della soluzione del problema storico del *pqms.* in diritto romano classico sia segnata dal concorso di questa triplice circostanza: *a)* di *pqms.* si parlava dai Romani non in ogni caso di rapporti obbligatori, come avviene oggidì<sup>42</sup>, ma solo in relazione ai debiti dell'erede verso i creditori del defunto; *b)* *pqms.* era, più precisamente, quello concluso prima dell'*aditio* o dell'*immixtio*; *c)* *pqms.* era, più precisamente ancora, solo quello correlato con un *decretum* magistratuale. Posto che il *decretum* magistratuale certamente non serviva ad omologare il parere della maggioranza dei creditori, sí da renderlo impegnativo della minoranza, resta, oggi come ieri, inevitabile, ai miei occhi, la conclusione che il *pqms.* si inquadrasse, in diritto classico, nella procedura dell'*interrogatio in iure* fatta dai creditori ereditari all'*heres* per costringerlo una buona volta a decidersi se accettare (o *miscere se bonis*) oppure no. L'*interrogatio* in parola aveva luogo infatti, per definizione, prima della *aditio* (o dell'*immixtio*); ed inoltre, essendo essa « *in iure* », implicava, per l'appunto, la presenza del *praetor* (o del *praeses*), e quindi, eventualmente, l'emanazione di un *decretum* di quel magistrato.

Prescindo, per ragioni di brevità, dal dimostrare un punto pregiudiziale, del resto ammesso dalla prevalente dottrina: e cioè che l'*interrogatio in iure* era un procedimento scevro di formalità, nel quale *interrogatus* poteva essere un qualsivoglia tipo di *heres*, sia *voluntarius*, che *suus* o *necessarius*<sup>43</sup>.

Sulla base di questa premessa, mi sembra lecita, e in certo senso

*ad edictum*. Pensare che il *pqms.* sia stato introdotto dalla costituzione di Marco Aurelio non è possibile perché risulta (da Ulp. D. 2.14.7.18) che già ne discettava Vindio, che fu console nel 138 d.C.: aggiungi che in Scaev. D. 42.8.23 sono interpolate le parole « *secundum constitutionem* » (v. *retro* nt. 13).

<sup>42</sup> Se talune legislazioni moderne limitano la sfera di applicazione del (fallimento e del) concordato preventivo, lo fanno solo nel senso di non ammettere procedure concorsuali contro coloro, che non siano imprenditori commerciali: così, ad esempio, la legislazione italiana vigente.

<sup>43</sup> L'affermazione che l'*interrogatio in iure* potesse essere rivolta non solo all'*heres voluntarius*, ma anche al *suus et necessarius* ed al *necessarius* non trova consenziente, specie per quest'ultimo caso, il SOLAZZI (94 nt. 3 e 101 nt. 4). Sul tema ritornerò in una apposita *Notazione*, alla quale sin d'ora rinvio.

insostituibile, la congettura che il *pqms.* fosse quello proposto dall'*heres interrogatus* e che il *decretum* magistratuale servisse appunto a sancire questo esito anomalo della *interrogatio* ereditaria<sup>44</sup>.

Due acute obiezioni ha mosso il Solazzi, in sede di logica giuridica, alla mia tesi<sup>45</sup>: a) la difficoltà di veder riuniti *in iure* tutti i creditori ereditari e, comunque, la difficoltà di stabilire con sicurezza se tutti i creditori fossero convenuti *in iure*<sup>46</sup>; b) la inutilità di un *decretum*, cioè di un provvedimento magistratuale, per far fede del consenso dei creditori e dell'erede al patto<sup>47</sup>. Obiezioni, ripeto, sagaci, ma che aiutano a perfezionare la mia congettura come segue. Se *interrogatus in iure* dai creditori ereditari (eventualmente non tutti), l'*heres*, anziché rispondere affermativamente o negativamente<sup>48</sup>, poteva replicare proponendo il concordato sulla base di una certa percentuale: raggiunto l'accordo con i presenti, il magistrato emanava tuttavia un *decretum*, al duplice fine di fissare un termine per la conclusione del *pactum* con gli altri creditori e di stabilire, altresì, che, mancando il consenso dei creditori residui, la risposta all'*interrogatio* dovesse ritenersi negativa.

Il *pqms.* era valido solo se concluso con tutti i creditori ereditari; il *decretum praetoris* (o *praesidis*) era giustificato dall'eventualità che non tutti i creditori ereditari fossero presenti *in iure*; il patto poteva, dunque, completarsi *extra ius*, entro un certo termine, con le adesioni degli altri creditori.

<sup>44</sup> Del pari, un *decretum* deve ritenersi fosse emesso quando l'*heres interrogatus* chiedesse un *tempus ad deliberandum*, anziché risponder sì o no: così anche SOLAZZI 104. Nel precedente scritto sul *pqms.* io avevo supposto, semplicisticamente, che la procedura dell'*interrogatio in iure* ereditaria si chiudesse sempre e in ogni caso con un *decretum* magistratuale, ma il Solazzi ha giustamente contestato la necessità del *decretum* quando l'*heres* avesse risposto affermativamente e fosse solvibile.

<sup>45</sup> Cfr. SOLAZZI 102 ss.

<sup>46</sup> Il SOLAZZI 103 s., sembra addirittura parlare di impossibilità della certezza che non manchi *in iure* nessun creditore. Ma che l'identificazione di tutti i creditori fosse impossibile, mi sembra assurdo. In tal caso non si sarebbe potuto neanche stabilire, ciò dato, quale fosse la maggioranza dei creditori.

<sup>47</sup> Cfr. SOLAZZI 104: « Del consenso dei creditori e dell'erede al patto avrebbe fatto fede il verbale di udienza e un decreto del magistrato sarebbe stato superfluo, anzi assurdo ».

<sup>48</sup> Oppure, anziché chiedere il *tempus ad deliberandum*.