

## « PACTUM QUO MINUS SOLVATUR »

1. — A) Il diritto moderno (mi riferisco, in particolare, al diritto commerciale italiano) conosce l'istituto del concordato<sup>1</sup> 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 (cd. 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 »<sup>2</sup>. 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 se 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, purché il concordato sia omologato dall'autorità giudiziaria. Si distinguono, più particolarmente, i seguenti due istituti:

aa) concordato fallimentare (art. 813-845 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

\* In *St. Scorza* (1940) 443 ss.

<sup>1</sup> Sul concordato nel diritto moderno, v. da ultimo NATI, *Concordato preventivo*, in *NDI*. 3.660 ss. e BRUNETTI A., *Fallimento*, in *NDI*. cit. n. 208 s. (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.

<sup>2</sup> Esso non può tuttavia, in tal caso, « impedire la continuazione del procedimento penale ».

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 raccolga 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 pignoratizi, se non rinuncino alle loro garanzie; 4) la omologazione del tribunale rende il concordato obbligatorio per tutti i creditori<sup>3</sup>.

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:  $\alpha$ ) il concordato amichevole, che vive di vita assolutamente stragiudiziale;  $\beta$ ) 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*)<sup>4</sup>. Trattavasi, naturalmente, di una norma dispositiva, e cioè pienamente derogabile dalla volontà delle parti<sup>5</sup>; non pare invece che il diritto obbiettivo dell'epoca classica ab-

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

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

Gai 3.168: *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeat.*

Inst. 3.29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur,...*

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 accentuative, 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, né il debitore può essere liberato pagando *pro parte*; b) l'obbligazione deve essere adempiuta, in secondo luogo, esattamente, né il debitore può essere liberato pagando *aliud pro alio*.

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

bia mai apportato ad essa eccezione alcuna<sup>6</sup>, mentre di una tendenza largheggiante del diritto postclassico si conservano tracce nettissime nelle fonti<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>, le cui caratteristiche appaiono scolpite nel seguente frammento dei Digesti<sup>9</sup>:

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,

<sup>6</sup> Salvo, beninteso, che non si pensi alla classicità del principio di maggioranza nel concordato preventivo (v., per le opinioni della dottrina, *infra*, nt. 11): classicità che è scopo di questo mio articolo negare.

<sup>7</sup> Non è questo il luogo per diffondermi 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 potest*, 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 *tollitur autem obligatio rell.* (v. *retro*, nt. 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 giustinianei, anch'essi fedeli ministri dell'*humanitas*, non abbiano avuta nessuna difficoltà a farle sussistere nella compilazione.

<sup>8</sup> Vanno ricordate le parole del BONFANTE, *Istituzioni di dir. rom.*<sup>9</sup> (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.

<sup>9</sup> Ancor più e meglio, in ordine specifico al diritto giustiniano, da D. 2.14.8. Per la critica dei due frammenti (ambedue completamente alterati), v. *infra*, rispettivamente, n. 4 e n. 5.

contro l'eventuale azione per il *solidum* intentata dai singoli creditori, 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 falcidiare i propri crediti in misura maggiore di quanto sia strettamente necessario, di salvaguardare quindi i propri interessi. Tuttavia non sono, 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, né 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<sup>10</sup>. Ma quei frammenti parlano anche, con estrema chiarezza,

<sup>10</sup> Cfr. *infra*, n. 7.

