

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

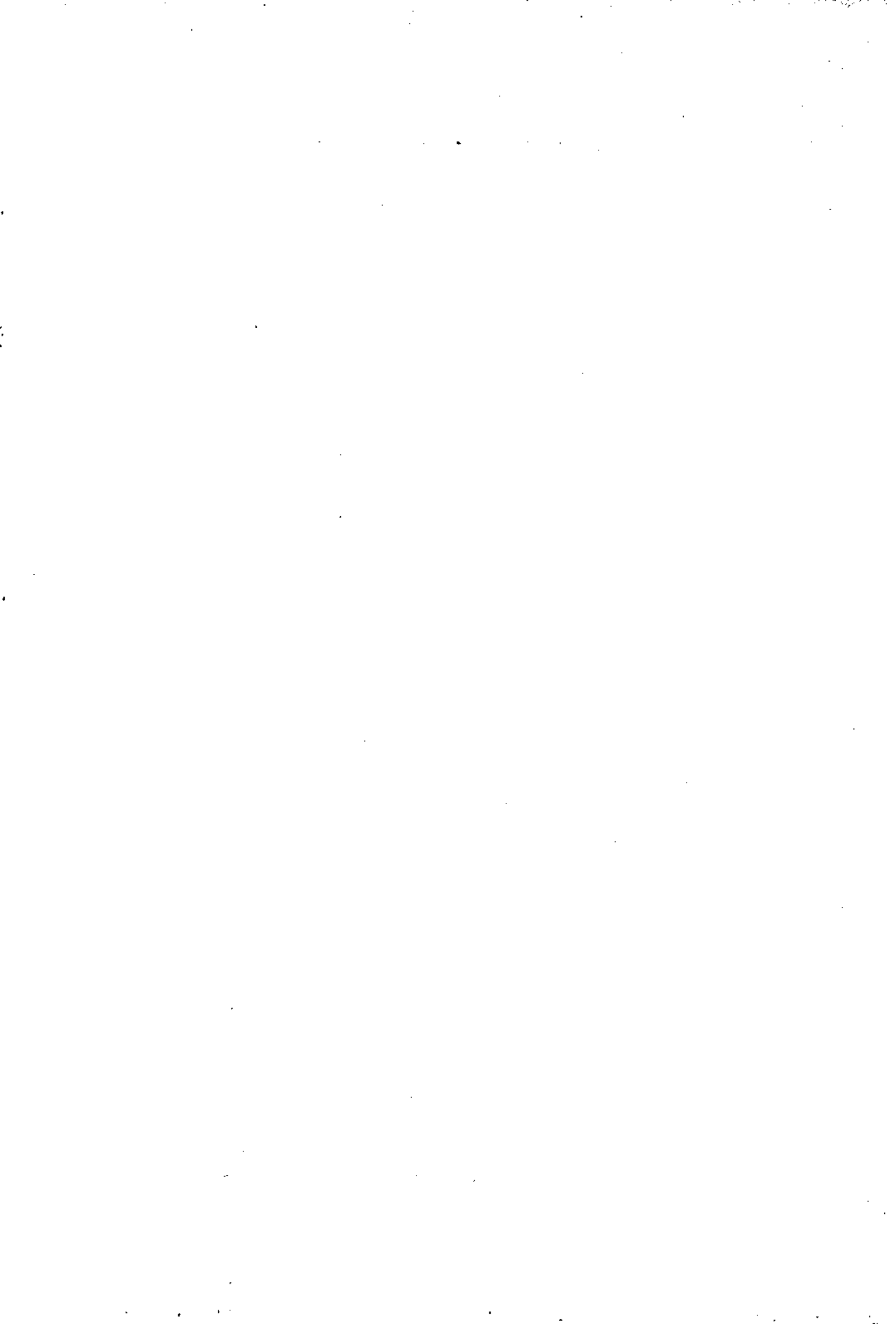
PROF. A. GUARINO

Recensione a V. GUELI: IL " DIRITTO
SINGOLARE „ ED IL SISTEMA GIURIDICO

Estratto dall'Annuario di Diritto Comparato
e di Studi Legislativi - Vol. XVI, fasc. 4.

EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

ROMA, MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. 1943-XXI



GUELLI, VINCENZO, *Il « diritto singolare » e il sistema giuridico*, in *Pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale della R. Università di Roma*, Milano (Giuffrè), 1942, p. XI-115, L. 20.

1. - La monografia del GUELLI trae spunto dalla constatazione che la teoria del diritto singolare è tra le più tormentate ed incerte che si conoscono, mentre è evidente quanto necessario mai sia il tentar di fissarla e di chiarirla in ogni suo punto, soprattutto a causa delle gravi conseguenze pratiche (divieto di analogia) che alle norme del diritto singolare si ricollegano. L'A., dal suo canto, ritiene che l'incertezza in cui versa ogni e qualsiasi dottrina in proposito possa essere superata sol ricorrendo alla costruzione, in linea preliminare, di un concetto *scientifico*, universalmente valido, del diritto singolare. Questo va, dunque, per lui, inquadrato nella « scienza del diritto », e solo subordinatamente potrà farsene corretta applicazione in questo o in quell'ordinamento giuridico contingente.

Un nuovo modo di vedere un vecchissimo, e realmente ingarbugliato problema. Un modo di vedere che merita tutta la nostra attenzione. Cerchiamo, dunque, anzitutto, di riassumere ordinatamente l'interessante monografia.

2. - Dopo aver rivendicato alla « scienza giuridica » l'onere e la capacità di risolvere *in toto* il problema del diritto singolare (cap. I, p. 1-8), l'A. passa a precisare (cap. II, p. 9-34) i modi di conoscenza del diritto e le specie dei concetti giuridici, concludendo - secondo una corrente che tende a divenir dominante - che debba nettamente distinguersi la *conoscenza scientifica* dei fenomeni giuridici (la quale è una scienza giuridico-sociale valevole per tutti i vari ordinamenti positivi, in quanto astratta) dalla conoscenza delle norme giuridiche positive, o *conoscenza dogmatica* del diritto. Per conseguenza, netta differenziazione va fatta tra i *concetti giuridici teorici*, che son quelli costruiti dalla scienza giuridica sulla base della valutazione dei fenomeni giuridici, ed i *concetti giuridici dogmatici*, i quali, per quanto ottenuti per via di astrazione, sono sempre afferenti ad ordinamenti giuridici concreti.

Conchiusi questi ampi cenni preliminari - di cui, peraltro, non è dato contestare l'opportunità, a causa del carattere ancora embrionale rivestito a tutt'oggi dalla così detta scienza del diritto - il GUELLI entra *in medias res*, analizzando criticamente le diverse teorie sul diritto singolare, che si sono formulate sin qui nell'ambito delle varie dogmatiche giuridiche (cap. III, p. 35-52). Dette teorie si ricollegano tutte, se pure in modi diversi, alla celebre definizione del diritto singolare che trovasi attribuita a PAOLO in D. 1. 3. 16 (« *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* ») e vengono ripartite dall'A. in tre gruppi: 1) teorie che guardano al *contenuto* della norma, che cercano cioè di spiegare la contrapposizione tra diritto comune e diritto singolare mercè un *criterio qualitativo* (quale è quello della diversa fonte sostanziale delle norme, o del carattere di antitesi con i prin-

cipi generali del sistema); 2) teorie che guardano all'*estensione del campo di applicazione* della norma, che cercano cioè di spiegare la contrapposizione tra diritto comune e diritto singolare mercè un *criterio quantitativo* (maggiore o minor numero di rapporti regolati); 3) teorie che guardano così al campo di applicazione della norma come al suo contenuto, attraverso una *concezione eclettica* che cerca di utilizzare quanto vi è di buono nelle teorie precedenti (quivi è opportunamente inquadrata dall'autore la minuziosa e sottile dottrina del COPPA ZUCCARI).

Di tutte le sopradette teorie il GUELI - con critica fine, anche se un po' succinta - indica gli errori o comunque i motivi che le rendono insoddisfacenti e passa senz'altro a segnare, per dir così, sulle rovine delle costruzioni precedenti la fundamenta di quella che vuol essere la sua personale costruzione. Egli osserva cioè (p. 47-52) che tutto il problema del diritto singolare abbisogna di essere guardato sotto un angolo visuale radicalmente diverso da quello cui si è solitamente adusi. Ciò per i seguenti motivi: a) Tutte indistintamente le predette teorie si sottraggono al compito, pur necessario, di *giustificare* il divieto dell'applicazione analogica in ordine alla concezione del diritto singolare da loro postulata; b) Tutte indistintamente le predette teorie si basano sul comune presupposto che l'interprete abbia dinanzi a sé, per decidere circa la singolarità o meno di una norma giuridica, due norme di contenuto certo ed esplicito. Ma il caso più frequente e tormentoso, dice il GUELI (p. 49), è che, delle due norme di cui bisogna accertare la contrapposizione, una soltanto sia espressa, o che vi siano più norme espresse tutte riducibili ad un comune principio logico, di cui bisogna accertare la natura singolare o meno rispetto ad un'altra norma (esempio di questa seconda ipotesi: quando sorga il problema se una certa elencazione contenuta in un articolo di legge sia esemplificativa o tassativa, cioè se sia applicabile per analogia o non). In tutti questi casi la determinazione di quella contrapposizione al *tenor rationis* (che si suole assumere, sulle tracce della definizione padovana, come caratterizzatrice della natura singolare o meno della norma) diventa, più che difficile, impossibile, per la insormontabile difficoltà di determinare quale sia mai lo stesso *tenor rationis*.

Sulla scorta di questi rilievi, l'A. prospetta come necessario, per poter proseguire nella ricerca, chiarire (cap. IV, p. 53-97) in che cosa realmente consista il procedimento dell'analogia, che cosa realmente siano quei principi generali del diritto a cui bisogna far capo per accertare la singolarità di una norma: il tutto al fine di illuminare un punto ancor più essenziale, quello del carattere sistematico del complesso di norme di un ordinamento giuridico.

Ammessa l'esistenza di principi inespressi nell'ordinamento giuridico e data la possibilità di giungere alla loro determinazione attraverso i procedimenti della logica, si domanda qual sia il valore giuridico di questi principi così ritrovati. Ora, risponde l'A., da un lato vi sono principi inespressi che si desumono per logica *possibilità* dalle norme giuridiche espresse (in quanto costituiscono le premesse generali possibili, da cui scaturiscono le norme stesse), dall'altro vi sono

principi giuridici inespressi, ma impliciti in norme giuridiche espresse, che si desumono pertanto per logica *necessità* da quelle norme (mediante l'argomento logico così detto *a contrario*). I principi della prima specie, appunto perchè solamente possibili, non hanno valore giuridico, dato che il diritto esige fondamentalmente la certezza delle sue norme; i principi della seconda specie, per essere necessariamente desumibili dalle norme espresse, hanno invece pieno valore giuridico e trovano la loro manifestazione più alta nella così detta *norma generale complementare*, che chiude logicamente l'ordinamento giuridico, escludendo la possibilità di lacune (« all'infuori delle limitazioni poste dalle norme, in qualche modo espresse, nessun'altra limitazione è imposta ai subbietti »; p. 56).

L'analogia, come forma di escogitazione che si risolve nel desumere da una proposizione particolare il principio inespresso che vi sta a base, non porta, dunque, alla determinazione di principi logicamente necessari, quindi vevoli giuridicamente, ed occorre pertanto che intervenga a sostenerla, nel mondo del diritto, l'autorità di una norma che, secondo l'A. (p. 64 s.), deve essere esplicitamente manifestata dal legislatore in ogni ordinamento giuridico. Quando si voglia poi giungere all'accertamento dei principi generali dell'ordinamento giuridico, è necessario qualcosa di più, ma non di maggiormente legittimo, della pura analogia esercitata su norme singole o su limitati gruppi di norme: è necessario analizzare tutto il complesso ordinamento giuridico dello Stato, per identificarne i principi i regolatori. Il che mette in luce che il fondamento della validità positiva del procedimento della analogia, in ogni senso (*analogia legis* e *analogia iuris*, per usare questa vecchia terminologia), sta nella *ipotesi* di una consequenzialità logica assoluta del legislatore, cioè della unità logica del diritto. Questa stessa ipotesi forma anche il presupposto della concezione per cui, posto un complesso di norme giuridiche, occorre ricercare e trovare senza fallo la loro organizzazione in « sistema » (carattere non obbiettivo del sistema giuridico).

Ed ecco finalmente l'A. (p. 90-97) in possesso di tutti gli elementi a suo parere necessari per la risoluzione del problema che si è imposto. Dati i due diversi procedimenti logici sopra descritti, gli unici a cui possono essere sottoposte le norme giuridiche (riduzione ai principi generali e argomento *a contrario*), è necessario — afferma il GUELI (p. 92) — « accertare preliminarmente l'esistenza della statuizione che impone l'uso dell'uno o dell'altro procedimento in ordine ad una data norma, per poter da essa ottenere un'altra norma non espressa, rispetto a cui la prima possa apparire, rispettivamente, *comune* o *singolare* ». Nel caso, dunque, che manchi una contrapposizione di norme espresse, « la relazione logica tradizionale tra il diritto singolare e la ricerca dei criteri di interpretazione validi per una data norma si inverte »: se è vero che tutte le norme possono, logicamente, essere sottoposte al procedimento della riduzione, occorre dalla ammissione positiva o dal divieto positivo di detto procedimento dedurre la natura comune o singolare del diritto.

Il concetto teorico del diritto singolare, alla cui illustrazione l'A. dedica

l'ultimo capitolo della monografia (cap. V, p. 99-115), si sostanzia in « quella categoria di norme che (qualunque siano i caratteri che concretamente le individuano in ciascun ordinamento) sono contrassegnate dall'ordinamento giuridico con il divieto della riduzione a principi più generali » (p. 102 s.) Questo concetto va contraddistinto tanto nei confronti dei vari concetti dogmatici che sorgono nei vari sistemi positivi, quanto dal concetto generale del diritto singolare che può essere formato deducendolo per astrazione dai vari ordinamenti, a fini teorici o pratici (concetto, quest'ultimo, che appartiene alla così detta teoria generale del diritto).

Per passare, infine, dal concetto teoretico al concetto dogmatico del diritto singolare nell'ordinamento giuridico italiano, l'A. incomincia con l'analizzare (p. 104-109) l'art. 12 delle preleggi, la cui formulazione sta ad indicare, secondo egli si esprime, che la natura comune delle norme è la regola dell'ordinamento italiano. Rispetto alla regola dell'art. 12 si pongono le eccezioni, formulate in termini generali, degli art. 13 e 14 ed è inoltre « da ammettere anche il caso che per singole norme, individualmente considerate, debba ritenersi, secondo criteri la cui determinazione esula dall'oggetto del presente studio, esclusa la applicazione a fattispecie in esse non espressamente comprese ». Il complesso di queste eccezioni, che l'A. addita ma non dimostra, forma il « diritto singolare nell'ordinamento giuridico italiano vigente ».

3. - Debbo dire che la densa monografia del GUELI riscuote tutto il mio consenso almeno nella coraggiosa constatazione preliminare: nella constatazione relativa allo stato del tutto insoddisfacente della dottrina dogmatica relativa al diritto singolare. All'Autore bisogna riconoscere il merito di non aver esitato a mettere il dito sulla vera piaga del problema. Il disaccordo che intercorre fra gli studiosi nella concezione del diritto singolare è sintomo o del fatto che ancora nessuno ha saputo definire nel modo giusto questa interessante categoria giuridica, oppure del fatto che la risoluzione del problema del diritto singolare non può assolutamente essere conseguita sul terreno dogmatico. La monografia del GUELI, che imposta il problema sul terreno della scienza giuridica teoretica, è quanto ci voleva per giungere a qualche risultato; sebbene - lo dico subito - il risultato debba essere, secondo il mio modo di vedere, qualcosa di ben diverso da quello che soddisfa il nostro autore.

Prescindiamo da quelli, che sono i molti e complessi problemi che suscita tra i romanisti, dal punto di vista storico e da quello dogmatico, la definizione paolina del *ius singulare* (D. 1. 3. 16) in relazione al famoso divieto di *deducere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* (D. 1. 3. 14). Sono problemi che tormentano da tempo me stesso e che ho più volte discussi in vari scritti, tutti accentrantisi intorno al punto della storia della formazione della categoria *ius singulare* nel diritto romano (v. per tutti lo scritto *Sul « ius singulare postliminii »*, in « Zeitschr. Sav.-Stift., Romanistische Abt. », 61 [1941], specialm. p. 73 s.).

Sta di fatto¹¹, peraltro, che tutta la questione del diritto singolare è, anche nei diritti moderni, imperniata sulla ben nota definizione paolina del *liber singularis de iure singulari* e che la dottrina moderna ancora subisce, in materia, il potente influsso della tradizione romana (o, come meglio direi, della tradizione romanistica, essendo ben noto che tutto il gran peso oggi conferito al contrapposto *ius commune-ius singulare* discende in linea diretta dalle costruzioni della pandettistica tedesca del sec. XIX, a incominciare dal SAVIGNY). Nei confronti della definizione paolina tutte le teorie fin qui formulate possono, a mio parere, essere distinte in due gruppi: teorie che accettano la definizione romana e tentano di spiegarla in qualche modo in ordine agli ordinamenti giuridici moderni, e teorie scettiche rispetto all'utilità della medesima definizione e dei suoi criteri informativi. Questo secondo gruppo di teorie tende pertanto a fondare su diversi presupposti la distinzione tra diritto comune e diritto singolare, e non manca chi giunge addirittura, per una via o per l'altra, alla negazione di ogni utilità dogmatica della concezione delle norme giuridiche singolari. Degne del massimo interesse sono, sempre nel secondo gruppo, la dottrina del CARNELUTTI, per il quale esiste tra norme comuni e norme singolari una mera differenza *quantitativa* dei rapporti rispettivamente regolati (*Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, in RDCo 1904, p. 204 ss.; da ultimo, *Teoria generale del diritto*, p. 149 s.), e quella del ROCCO, il quale — sulla stessa traccia del CARNELUTTI — identifica il diritto singolare col così detto diritto speciale (*Principi di diritto commerciale*, p. 59 ss.). Del resto, si può fondatamente osservare che tra gli scettici rientrano coloro stessi, e non ne mancano, che — pur senza esplicitamente affrontare il problema del diritto singolare — mostrano implicitamente di identificare quest'ultimo con quello che i Romani chiamavano spesso *privilegium*, legge del caso, della persona, del rapporto singolo.

Ora, a me pare di poter rilevare che all'influenza della tradizione romana soggiace lo stesso GUELI, pur quando, nell'intento di superare ogni incertezza, si dispone ad inquadrare il problema del diritto singolare nel sistema giuridico teorico da lui stesso, più in generale, definito. La possibilità di costruire una astratta scienza del diritto, come scienza del diritto puro (diversificantesi dalla dogmatica giuridica e dalla così detta teoria generale del diritto) indubbiamente esiste ed è espressione di una esigenza pienamente legittima: possibile e lecito è, dunque, anche lo sforzo di ricercare il concetto teoretico del diritto singolare. Ma una ricerca in questo senso — l'A. me lo insegna — ha il dovere di essere completa, obiettiva, assoluta. Il primo e fondamentale quesito che in essa ci si deve proporre non è quello del *quid sit* il diritto singolare, ma è il quesito stesso dell'*an sit*: bisogna cioè anzitutto domandarsi se sia configurabile, nel sistema giuridico, la categoria del diritto singolare. Ed è questo il problema che, se non vado errato, è pienamente sfuggito all'A., il quale — proprio per l'influenza del dato storico della tradizione romana, che ha imposto al nostro pensare giuridico il concetto del diritto singolare — non dubita menomamente, *a priori*, che di un *diritto singolare* (ben differenziato dal *diritto speciale*) possa teoreticamente parlarsi.

Ora, le conclusioni della monografia del GUELI, in sè stesse considerate, sono ben lungi dall'essere convincenti, anche per chi, sull'esempio dell'A., non soffre in alcun modo di dubbi circa la reale configurabilità del concetto teoretico del diritto singolare. Le conclusioni del GUELI sono tanto semplici, che potrebbero dirsi alquanto semplicistiche. Data per ammessa una bipartizione tra diritto comune e diritto singolare, bipartizione cui si ricollega la ben nota differenza nell'applicabilità dell'integrazione analogica, l'A. conclude dicendoci che diritto comune è quello per il quale l'ordinamento giuridico positivo ammette l'analogia, diritto singolare è invece quello per il quale l'ordinamento positivo vieta l'analogia. Ma questa conclusione non solo involge una petizione di principio, ma soddisfa in ogni caso ben poco, teoreticamente e praticamente: non si vede infatti perchè, teoreticamente, il concetto del diritto singolare debba necessariamente essere inteso come autonomo, se è vero che gli ordinamenti positivi vietano l'interpretazione per analogia anche delle norme non singolari (per esempio, nel vigente ordinamento italiano, l'analogia è vietata anche per le norme corporative e per le leggi penali); nè si vede poi, praticamente, di quale utilità possa essere la scoperta del GUELI, se lascia impregiudicata la questione circa la determinazione delle norme che si debbono dire eccezionali, se anzi non esclude che possa il divieto dell'analogia ritenersi esteso anche ad altre norme non propriamente eccezionali, oltre che a quelle corporative ed alle leggi penali.

La questione, a mio modestissimo avviso, andava impostata ben diversamente. Se anche il problema del diritto singolare sorge più affaticante e difficile proprio quando una delle norme della controposizione non sia espressa (ma v. quanto osserveremo *infra* n. 4), sia lecito dichiarare che questo problema, nella scienza del diritto, è di ben secondaria importanza. L'importante è vedere se esista una categoria di norme singolari ontologicamente diversa dalla categoria delle norme comuni. Orbene, giustamente risponde lo stesso GUELI che tutte le norme giuridiche sono ontologicamente identiche, che tutte le norme giuridiche nessuna accettata, *possono*, come ogni altro concetto logico, essere sottoposte al procedimento di riduzione a principi più generali. Ma allora è evidente che una categoria razionale del diritto singolare, un concetto teoretico delle norme singolari non esiste, perchè — salvo quanto possano concretamente disporre gli ordinamenti giuridici positivi — tutte le norme giuridiche sono, nel sistema giuridico, sullo stesso piano.

In conclusione, non vorrei andare errato a mia volta, ma io ritengo che, se l'A. si fosse imposto, come doveva, il preliminare problema dell'*an sit*, rispetto al diritto singolare, egli avrebbe potuto e dovuto concludere che, scientificamente, il diritto singolare non è.

4. — Il diritto singolare è, insomma, una categoria propria degli ordinamenti giuridici positivi, che non risponde ad una esigenza teoretica, razionale, bensì ad una esigenza pratica degli stessi ordinamenti positivi. Poichè il GUELI non si è fermato alla disquisizione teorica, ma ha voluto esaminare anche le teorie for-

mulate nella dogmatica del diritto positivo per spiegare il concetto del diritto singolare e giustificarlo, poichè, in ogni caso, la sua indagine, anche a volerne approvare i risultati, si risolve in un rinvio ai criteri praticamente adottati dagli ordinamenti giuridici positivi per distinguere le norme non passibili di analogia dalle norme del diritto comune, non sarà male spendere qualche altra parola in proposito.

Vediamo, dunque, di chiarire: 1) se esista, negli ordinamenti giuridici positivi, una categoria di norme che si sottraggono, per espressa o implicita disposizione del legislatore, all'interpretazione per analogia; 2) quali siano le esigenze pratiche di questa diversificazione.

L'art. 12 cpv. disp. sulla legge in generale ammette esplicitamente la analogia nel nostro ordinamento giuridico: *analogia legis* (ricorso a disposizioni regolanti casi simili e materie analoghe) e *analogia iuris* (ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato). Gli artt. 13 e 14 vietano, tuttavia, la applicazione analogica delle norme corporative, delle leggi penali e delle *norme giuridiche che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi*. Le prime categorie di norme sono facilmente determinabili e non occorre nemmeno insistere sulle esigenze pratiche che hanno indotto il nostro legislatore a vietarne l'applicazione analogica (ma v., quanto al divieto di integrazione analogica delle norme penali, la recente acuta monografia del VASSALLI G., *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Milano, 1942). La terza categoria abbisogna invece di una determinazione concreta, per vedere quali siano le esigenze pratiche che stanno dietro alla sua formulazione e quale sia inoltre l'estensione di essa.

Un primo punto da fermare è questo. Rileva il GUELI che, se è facile rendersi conto della contrapposizione nel caso in cui ambo le norme sono espresse, non è altrettanto facile rendersi conto della contrapposizione quando una delle due norme da analizzare non sia espressa. Ma da questa constatazione appunto sorge un elemento necessario per la risoluzione del problema: *la norma eccezionale deve essere sempre espressa* (e lo è, sostanzialmente, anche quando sia deducibile a contrario da altra norma) e *deve portare sempre in sé l'elemento individuatore della norma comune*. Se non si accede a questa tesi, non si vede come possa altrimenti risolversi, sul terreno dogmatico, il problema dell'individuazione delle norme eccezionali, che pure esiste (perchè impostato dallo stesso art. 14 delle preleggi) e deve essere quindi necessariamente risolto. Noi intendiamo, quindi, per norma eccezionale una norma necessariamente *espressa*, o perlomeno *dedotta a contrario* da altra norma espressa, la quale presenti già in sé, con evidenza, caratteri tali che ci inducano a *subordinarla* ad altre norme o a regole generali, anzichè a *disporla accanto* alle norme giuridiche comuni.

Ciò premesso, occorre vedere quali siano e possano essere le ragioni per cui alcune norme non solo si dice che si diversificano da altre norme, ma si dice che vi portano eccezione.

Io non credo che, a questo scopo, possa farsi ricorso ad un criterio qualitativo

come è stato invece tentato di fare dalla maggioranza della dottrina sotto l'influenza della definizione paolina. Di fronte a due norme giuridiche che regolino diversamente, antiteticamente una stessa materia, è assurdo volersi sforzare a dire qual sia la regola e quale l'eccezione. È proprio in ciò, che a mio parere, sta il punto debole di tutte le teorie che, sulla falsariga della definizione di PAOLO, si sforzano di definire la *ratio iuris*, di cui certe norme e non altre sarebbero espressione, e il carattere di contrarietà a questa *ratio*, che sarebbe insito in altre norme giuridiche. La difficoltà cioè, mi spiego, non è tanto nel definire l'eccezione alla regola, ma nell'indicare qual sia la regola, e perchè.

Se, dunque, di due distinte norme giuridiche, le quali regolino con statuizioni diverse una identica fattispecie, la seconda non dichiari esplicitamente di portare eccezione alla prima, bisogna ricorrere, per individuare il carattere di eccezionalità, ad altri criteri. I quali criteri sono quelli appunto della maggiore o minore sfera di applicazione di una norma rispetto ad un'altra, e chiariscono inoltre molto opportunamente le esigenze pratiche che muovono il legislatore a sancire il divieto di analogia.

Se, di fronte ad una norma giuridica *generale* nel senso pieno, cioè valevole senza limitazione di tempo, di territorio, di rapporti, si pongono altre norme giuridiche in qualche modo *limitate* (nel tempo, nello spazio o nel novero dei rapporti regolati), è evidente l'interesse dell'ordinamento giuridico a che l'interprete, nell'interpretazione delle norme di questa seconda categoria, non valichi i confini ad esse imposti dal loro stesso carattere di minore estensione. Come, dunque, le leggi temporali non possono essere applicate oltre i limiti di tempo e di materia ad esse assegnati, come le leggi territoriali non possono essere applicate oltre i limiti del territorio e della materia cui si rapportano, così le leggi « eccezionali » sono quelle che hanno una *sfera di applicazione limitata* quanto alla materia (quanto alla sola materia), ed è perciò appunto che l'ordinamento giuridico è contrario alla loro applicabilità a casi e materie non esplicitamente considerati. E più che di leggi eccezionali (denominazione che, invero, è atta a ricomprendere in sé ogni categoria di norme giuridiche limitate, comprese quelle temporali e territoriali), è opportuno parlare, in questo terzo caso, di leggi *speciali*, nel senso che per esse viene applicato ad una ristretta categoria di rapporti un regolamento *diverso*, cioè specifico, rispetto a quello che si applica *normalmente* alla totalità dei rapporti.

Noi siamo, in conclusione, col CARNELUTTI e col ROCCO nel ritenere che l'unico criterio possibile per individuare le norme eccezionali sia quello *quantitativo*. E riteniamo che un qualunque regolamento di determinate materie, che sia diverso da quello normale (cioè riferibile alla generalità dei rapporti), significhi *eccezione* al regolamento normale. Nè vale l'obbiezione che a questa tesi muove l'A. (p. 44 nota 8), secondo cui vi sono gradi di divergenza da non potersi giustificare con la contrapposizione genere-specie, ma solo con la contrapposizione regola-eccezione. È questione di parole, ma l'effetto giuridico (divieto di analogia) è *identico*, sia

che ad un incontro di norme positive si applichi l'una, sia che si applichi l'altra qualificazione: non è da accogliere, invero, lo sforzo di chi cerca di distinguere il diritto eccezionale dal diritto speciale, all'unico scopo di circoscrivere la sfera di applicazione del divieto di analogia alla sola prima categoria di norme.

Per il che risulta che nell'ordinamento giuridico positivo italiano, ed in genere negli ordinamenti positivi moderni, la categoria delle norme eccezionali si riporta (oltre che alle leggi cosiddette temporali e territoriali) a tutte quelle norme che, rispetto ad altre più generali, stabiliscono per una certa limitata categoria di rapporti un regolamento comunque diverso. E risulta anche che null'altro che queste *norme speciali* identificano la categoria delle norme eccezionali. Tutt'altra cosa, che esorbita dai limiti di questa recensione, è vedere se il divieto di analogia per le norme speciali sia giusto e opportuno oppur no.

La dogmatica moderna, pertanto, quando ancora distingue il binomio diritto regolare-diritto singolare (o eccezionale) dal binomio diritto comune-diritto speciale, fa opera vana, perchè unico è il binomio che ha vita nell'ordinamento giuridico positivo (comunque poi lo si voglia definire). È l'influsso della tradizione romana che si manifesta nell'accoglimento di una categoria autonoma del diritto singolare (distinto dal diritto speciale), la quale non ha invece nessuna ragione di essere negli ordinamenti giuridici positivi.

Liberarsi dal peso di questa tradizione (che, perdipiù, come io vado sostenendo da tempo, deriva dalle impure concezioni del diritto postclassico, e non dal pensiero dei giuristi dell'epoca classica) deve essere il compito della nuova dogmatica giuridica, tanto più che, come abbiamo visto, la categoria del diritto singolare, oltre che di sostrato positivo, manca anche di sostrato scientifico. (Su questi argomenti corre l'obbligo di segnalare, l'ampio studio del GIANNINI M. S., *L'analogia giuridica*, in *Jus* 2 [1941], p. 516 ss., e 3 [1942] p. 41 ss.: lavoro di singolare coerenza, con i cui risultati sento di poter concordare in molti punti).

Prof. ANTONIO GUARINO

Titolare nella R. Università di Catania

