

Annus VII

1941

Fasc. 1

PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRISQUE IURIS

STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS

DIRECTOR

AEMILIUS ALBERTARIO

CONSILIUM DIRECTIONIS

VALENTINUS CAPOCCI - JOSEPHUS ERMINI - JOHANNES IAROS
BERTRANDUS KURTSCHIED - ARCADIUS LARRAONA - GUISCARDUS MOSCHETTI
JOSEPHUS PASQUAZI - SALVATOR RICCOBONO - FRANCISCUS ROBERTI
ANGELUS SILVAGNI

ROMAE

APOLLINARIS

PIAZZA S. GIOVANNI IN LATERANO, 4

	PAG.
GIANNINO FERRARI DALLE SPADE, Immunità ecclesiastiche nel diritto romano imperiale (<i>Giuseppe Branca</i>)	213
GINO SANDRI, Gli statuti veronesi del 1276 colle correzioni e le aggiunte fino al 1323 (<i>Guiscardo Moschetti</i>)	216
PIO CIPROTTI, Appunti di Diritto privato Vaticano (<i>G. Violardo</i>)	232

IN MEMORIAM.	
EVARISTO CARTUSI (<i>Giuseppe Ermini</i>)	234
OTAKAR SOMMER (<i>Miroslav Boháček</i>)	240
GIOVANNI BORTOLUCCI (<i>E. A.</i>)	244
IULIUS BINDER (<i>E. A.</i>)	246
ANSEL HAEGERSTROEM	247
FRITZ KLINGMUELLER	247

LIBRI AD DIRECTIONEM MISSI	248

CHRONICA: <i>Il nuovo Codice di Procedura Civile italiano - Il convegno 1940 dell'Accademia del Diritto tedesco - La ristampa del « Lexicon totius latinitatis » del Forcellini - Prolusione</i>	252

ANTONIO GUARINO

Professore Incaricato nella R. Università di Napoli

Studi sulla "Taxatio in id quod facere potest", (1)

SUMMARIUM. — De taxatione « in id quod facere possunt », nonnullis creditoribus a praetore concessa, pertractatur.

PREMESSA. — Scopo di questa mia nuova serie di studi vorrebbe essere quello di tracciare un ordinato disegno storico dello sviluppo subito, nel diritto classico ed in quello postclassico, dalla teoria romana del così detto *beneficium competentiae* (1).

(1) La presente serie di scritti vuol completare e definire i contributi frammentari da me già dedicati alla revisione storico-dogmatica della teoria romana del così detto *beneficium competentiae*. Gioverà che io riassuma, per brevissimi cenni, i risultati di quegli studi, cui avrò occasione di richiamarmi più volte nel corso di questa trattazione.

A) *Il beneficium competentiae del promissor dotis (Contributo storico-dogmatico alla teoria del così detto beneficium competentiae)* [*Riv. ital. Scienze Giur.* N.S. 14 (1939) 153 s.] = *Beneficium I.* — Lo studio accoglie e fa suoi gran parte dei risultati ottenuti dalla romanistica moderna nella revisione critica della teoria del *beneficium competentiae* (circa questi risultati, v. *infra* note 9-12). Esso tuttavia si propone un risultato ulteriore: l'indicazione del criterio seguito di massima dal pretore e dalla giurisprudenza creatrice del diritto nella elargizione a certi debitori della *taxatio in id quod facere potest* (v. *amplius, infra, Taxatio I* nota 42). L'analisi esegetica dei testi relativi alla *condemnatio* limitata concessa al *promissor dotis* nei confronti del marito agente per l'adempimento della promessa conferma, in ordine al diritto classico, la giustezza del criterio additato, in quanto che risultano condannati *in id quod facere possunt* soltanto quei *promissores dotis* che siano avvinti al marito da un vincolo di affinità (es.: *socer, mulier*), e soltanto nel caso che il marito agisca nei loro confronti durante il matrimonio, allorché l'*adfnitas* è ancora in vita (che l'*adfnitas* sussista, in diritto classico, soltanto *manente matrimonio*, viene dimostrato specialmente nel n. 7 A; cfr. anche GUARINO, *Adfnitas* [Roma 1939] 77 s.). Segue a questa dimostrazione l'analisi del disfacimento postclassico, che portò alla concessione del *beneficium* ai *promissores dotis* (anche non *adfnes*: v. *infra* sub B) in ogni tempo, cioè anche *soluto matrimonio*,

B) *Sul beneficium competentiae dell'extraneus « promissor dotis »* [*Festschrift Paul Koschaker* (Weimar 1939) 2. 49 s.] = *Beneficium II.* — Lo studio presuppone

Può dirsi (e le pagine appresso varranno a dimostrarlo) che per la nostra materia si è andato verificando, dall'epoca classica all'epoca giustiniana, ed ancor più oltre, anche fuori del periodo storico del diritto romano, un ben strano fenomeno. Man mano che i singoli casi di concessione ai debitori della *condemnatio* limitata (*in id quod facere possunt*) si allontanavano col tempo dalle loro fonti, una unificazione, ma puramente esteriore, un raggruppamento, ma puramente meccanico, di essi aveva luogo, nel senso che tutte queste concessioni (di origine, natura e scopi così diversi fra loro) confluiscono progressivamente a caratterizzare, nel diritto giustiniano, un particolare *beneficium iuris*, del quale apparvero, d'indi in poi, come tante svariate applicazioni. Senonchè a questa unificazione esteriore ha una pratica, corrisposto, con l'andar del tempo, un vero e proprio processo di disfacimento interno dell'istituto, in quanto che il principio equitativo, la *aequitas praetoris*, che ne era stata la radice costante, risentiva anche esso di una lenta ed inesorabile decomposizione.

Vedremo, nel seguito di questi studi, quanto delle caratteristiche genuine (classiche) della *condemnatio* limitata possa dirsi sopravvissuto nel diritto giustiniano. Certo è che quivi l'istituto si presenta caratterizzato, piuttosto che dalla limitazione della condanna all'*id quod debitor facere potest*, dal fatto che a tutti i debitori

e conferma (pur portando la indagine su un campo più vasto) le considerazioni generali svolte in *Beneficium I*. Sulla base di quelle, esso dimostra: a) che « *extraneus* », nel senso di costituente la dote, è qualsiasi terzo non legato alla moglie da vincoli di parentela (e, pertanto, non avvinto al marito dal vincolo di affinità); b) che il diritto romano classico non conobbe il *beneficium competentiae* dell'*extraneus*; c) che la concessione della *condemnatio* limitata all'*extraneus* « *donaturus mulieri* » (di cui tratta D. 23. 3. 33) è una sporadica innovazione postclassica, mentre i compilatori non si occuparono *ex professo* del *beneficium competentiae* dell'*extraneus*; d) che solo il diritto postgiustiniano dette rilievo alla distinzione (contenuta in D. 23. 3. 33) fra *extraneus debitor mulieris* ed *extraneus donaturus mulieri*.

C) Sul *beneficium competentiae dei milites* [Rendiconti Ist. Lombardo, Classe di Lettere, 72 (1938-39) fasc. II, estr.] = *Beneficium III*. — In questo studio si dimostra: a) che il *beneficium competentiae* dei *milites* non ha carattere classico, in quanto che esso manca, per diritto classico, di qualsivoglia elemento di vantaggio per i militi, che ne avrebbe potuto consigliare l'introduzione; b) che non esistette, in diritto classico, un generale *beneficium condemnationis*, l'inquadramento nel quale del *beneficium dei milites* avrebbe potuto dare una base (di ordine sistematico) alla teoria della classicità di detto beneficio; c) che l'esegesi dei testi conferma ampiamente il sospetto della alterazione.

beneficiari competè il diritto di trattenere, nei confronti del creditore agente sulla totalità delle loro sostanze, un *aliquid sufficiens ne egeant*. Siamo dunque in cospetto di una sorta di beneficio alimentare: quale invece l'istituto di cui ci occupiamo non era certo in epoca classica, anche ammettendo che sin da allora singole applicazioni della *deductio ne debitor egeat* fossero conosciute⁽²⁾.

Superato l'ambito del diritto romano, l'istituto della condanna limitata entrò nel diritto comune con i segni sempre più spiccati ed evidenti di un beneficio alimentare⁽³⁾. La sua natura di *beneficium*, ed di istituto del *ius singulare* venne anzi, nelle trattazioni posteriori, talmente accentuandosi, che esso si ebbe perfino un nome, quel nome non certo romano, che lo designa comunemente ancor oggi: *beneficium competentiae*⁽⁴⁾. Fu solo nel secolo scorso, con la scuola

(2) La classicità della *deductio ne egeat* è ammessa principalmente per il caso del donante, che gode del così detto *beneficium competentiae* verso il donatario: cfr. ZANZUCCHI, *BIDR* 29 (1916) 63 s., CHIAZZESE, *Confronti testuali*, in *Annali Palermo*, 1930, 407 (quest'ultimo con una ipotesi veramente interessante, sulla quale avremo modo di diffonderci in *Taxatio II*). Per un più completo ragguaglio, cfr. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione I*² (Napoli 1935) 230 s., ove peraltro si difende la tesi che la *deductio ne debitor egeat* sia, in ogni caso, una innovazione postclassica.

(3) Cfr. principalmente la *Glossa ad D. 17. 2. 63. 3*: « *Sed in socio habeatur ratio ne egeat? Respons. sic: ut arg. Inst. de act., § item si de dote. Sed et illud sic intellegendum est: id est in quantum facultates patiuntur, scilicet commode, deductio tamen ut non egeat* ». Giustamente rileva il LEVET, cit. XXI: « Sans doute la Glosse mentionne l'opinion contraire; mais c'est pour étouffer l'objection dans son germe ». Cfr. le numerose citazioni dello stesso LEVET, cit. XXII.

(4) Che la designazione « *beneficium competentiae* » non sia romana è stato rilevato, di recente, dallo ZANZUCCHI, cit. 90³, e diligentemente dimostrato dal LEVET, cit. XV s., cui va più propriamente il merito di aver chiarito che essa venne comparando nei commentari germanici del XVI^o secolo e che si generalizzò soltanto nel XVII^o secolo. Vi è stato chi (ZIPPERLING, *Das beneficium competentiae* [Marburg 1896] 36) ha tentato di giustificare etimologicamente questa sorprendente denominazione: *competentia* deriverebbe dalla radice *pot* (dove *potentia* e *impotentia*), e significherebbe appunto *quod fieri potest*. Ma giustamente ha obiettato lo ZANZUCCHI, cit., che in tal caso dovremmo dire *beneficium competentiae*. Il marchio *beneficium competentiae* allude, dunque, proprio all'effetto della *deductio ne debitor egeat* ed è errato sia in ordine al diritto classico (nel quale la *deductio* non aveva, se esisteva, un carattere generale), che in ordine al diritto giustiniano (nel quale la *deductio ne egeat* si faceva sempre, ma non era l'unico effetto dell'istituto, dato che — ad esempio — vi era anche quello che il debitore, se *nihil facere posset*, venisse assolto: D. 3. 5. 34 [35]). — Inesatta è, comunque, l'affermazione dello ZANZUCCHI, cit. 90, circa un uso degli scrittori di chiamare il nostro istituto *beneficium condemnationis*: la locuzione ricorre pochissime volte nei testi, nè sembra voler adombrare alcun significato tecnico (v. *infra Taxatio II*, n. 9).

storica del HUGO⁽⁵⁾, che l'indagine relativa alla nostra materia venne riportata su un piano di realismo, di studio diretto e spassionato delle fonti romane. Alla fase, per dir così, costruttiva, della dottrina del diritto comune, seguiva ora la fase sistematica, della dottrina pandettistica: si tentò in vari modi, cioè, di delineare il tracciato dogmatico genuinamente romano del *beneficium competentiae*. Ed è chiaro che questo ritorno al realismo fece perdere ben tosto molto terreno al principio imperante della *deductio ne debitor egeat*: si giunse anzi sino al punto — di certo non poco illusorio, ma pur grandemente precorritore del vero — di distinguere un duplice *beneficium competentiae*: il *beneficium condemnationis* ed il *beneficium executionis*⁽⁶⁾. Lo scontento che anche questa artificiosa ricostruzione non potè fare a meno di generare segnò l'inizio di una serie nutrita di ben più profonde ricerche sulla storia dei singoli casi di applicazione del *beneficium condemnationis*⁽⁷⁾; e da ultimo, venuto in onore il metodo critico-esegetico, i risultati si palesarono ognor più copiosi e soddisfacenti, l'anchilosi della teoria della *condemnatio in id quod facere potest* fu in gran parte superata, gli elementi degenerativi postclassici cominciarono a venire alla luce e l'ambiente classico dell'istituto andò man mano, per sforzi successivi di ricerca, chiarificandosi⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Cfr. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* 9, 796.

⁽⁶⁾ Cfr. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* I. 288 s. e i citati da WÜNSCH, *Zur Lehre vom beneficium competentiae*, 23²⁵. Secondo questa concezione, il debitore gode anzitutto del beneficio di essere condannato nei limiti delle sue facultà (*beneficium condemnationis*), e in secondo luogo del beneficio di far ridurre la condanna per l'ammontare di un *aliquid sufficiens ne egeat* (*beneficium executionis*). Il merito della teoria del VANGEROW sta soprattutto nell'aver affermato che il *beneficium executionis* fu introdotto posteriormente al *beneficium condemnationis*. Già da prima, tuttavia si era incominciato a parlare, da altri, di un carattere di eccezionalità insito nella *deductio ne debitor egeat*, la quale era concessa soltanto al donante, al *parens* e al *bonis cedens* (cfr. SCHÖMANN, *Handbuch des Civilrechts* 2. 63 s.): se nonchè l'opinione rimase isolata, o quasi (restringe la concessione della *deductio* al solo donante HEIMBACH in WEISKE, *Rechtslexicon*, 877 s.).

⁽⁷⁾ Cfr. FRANKE, *Ueber die Rechtswohlthat der Kompetenz*, in *Archiv für die civ. Praxis* 23 (1840) 412 s., ALTMANN, *Das beneficium competentiae* (Berlin 1888), WÜNSCH cit. (Leipzig 1897), KLINGEMANN, *Inhalt-rechtliche Natur und Anwendungsgebiet des beneficium competentiae* (Leipzig 1904), BAUDER, *Das beneficium competentiae* (Leipzig 1905), ZIPPERLING, *Das beneficium competentiae im römischen Recht* (Marburg 1906) e *Das Wesen des beneficium competentiae in geschichtlicher Entwicklung* (Marburg 1907).

⁽⁸⁾ Sono particolarmente importanti, da un punto di vista generale, i seguenti scritti: PAMPALONI, *Sulla teoria del beneficium competentiae nel diritto romano*, in

Nella concezione dottrinarica attualmente prevalente il così detto *beneficium competentiae* si pone, insomma, come un agglomerato di ipotesi distinte, generalmente ritenute di origine classica, le quali rimasero praticamente immutate sino a Giustiniano⁽⁹⁾. L'evoluzione della teoria del *beneficium* si sarebbe avuta, invece, in merito agli effetti: mentre il diritto classico vedeva in esso una semplice condanna limitata all'*id quod debitor facere potest*, il diritto postclassico-giustiniano lo limitò e deformò fortemente con l'ammissione, per tutti i casi, della *deductio ne debitor egeat*⁽¹⁰⁾. Una serie di rivolgimenti di minor conto, o comunque di più facile accertamento, avrebbe accompagnato questo tipico svolgimento della teoria romana del *beneficium condemnationis*: e principalmente il nuovo principio del calcolo di esso sul patrimonio lordo del debitore⁽¹¹⁾, nonché la sorprendente denominazione, che più volte viene in luce, come *exceptio*⁽¹²⁾.

Tutti risultati, come vedremo in appresso, fondamentalmente accettabili ed esatti. Quel che tuttavia ancor manca è — a mio modo di vedere — una valutazione complessiva imparziale di quei risultati, valutazione che valga a dare finalmente una idea esatta della com-

Studi Schupfer I. 59 s. (v. anche *Studi senesi* 15. 293 s., ove è riprodotta la prima parte di questo scritto, con qualche modificazione); ID., *Il beneficium competentiae e il calcolo del suo oggetto*, *RISG* 52 (1911) 198 s.; ZANZUCCHI, *Sul così detto beneficium competentiae*, *BIDR* 29. (1916) 61 s.; LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit. (cfr. le recensioni del SIBER, *ZSS* 49 [1929] 560 s. e del SEIDL, *Krit. V. J. Schrift* 3 F., 24 (1930) 88 s.); SOLAZZI, *Estinzione* cit. 203 s. V. anche il cap. I del mio *Beneficium I* (p. 156 s.).

⁽⁹⁾ V. tuttavia le precisazioni storiche, in ordine ad alcuni casi, riferite e discusse dal SOLAZZI, cit. 212 s. — In antico il RUDORFF (*Edicti perpetui quae reliqua sunt* [Leipzig 1869] § 212) ha creduto addirittura opportuno di ricostruire una disposizione editale «*qui in id quod facere possunt convenientur*», basandosi sui larghi accenni alle *taxatio* contenuti in frammenti dei commentari editali di Gaio (I. 24), Ulpiano (I. 63) e Paolo (I. 60), raccolti in D. 42, 1: i casi editali, secondo il RUDORFF, erano quelli del socio, del patrono, del *parens*, del marito, del *miles*, del *bonorum emptor*. Cfr., in contrario avviso, LENEL, *EP* 345⁴, ALTMANN, cit. 4, KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* 2. 1410. La vecchia ipotesi del RUDORFF è del tutto dimenticata nei più recenti manuali.

⁽¹⁰⁾ Cfr. D. 50. 17. 173 (geminazione e generalizzazione giustiniana di D. 42. 1. 19. 1, in cui la *deductio ne egeat* viene concessa da mano non classica al donante): testo riportato *infra* n. 7 sub b).

⁽¹¹⁾ Cfr., in proposito, i miei rilievi in *Beneficium I*, 162²⁹.

⁽¹²⁾ Cfr., in proposito, i miei rilievi in *Beneficium I*, 161²⁸.

plessa materia della *taxatio in id quod facere potest* in ciascun punto del suo sviluppo storico. A tal fine sarà principalmente dedicato il mio studio.

I

SUL CONCETTO DEL COSÌ DETTO BENEFICIUM COMPETENTIAE.

1. — Fra i principi fondamentali del diritto romano delle obbligazioni vi ha, come è noto, quello che il debitore è tenuto ad adempiere per intero la sua obbligazione: un pagamento parziale non vale come adempimento⁽¹³⁾. La regola risulta chiarissimamente espressa tanto nella Istituzioni di Gaio, che in quelle di Giustiniiano, come il confronto che segue può valere a dimostrare.

Gai. 3. 168

Inst. 3. 29 pr.

Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debetur. *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur...*

Malgrado che la dizione di Inst. 3. 29 pr. sia ancora più recisa di quella del corrispondente passo di Gaio («*tollitur autem omnis obligatio...*»), giova senz'altro notare che il diritto giustiniano, per effetto dei più svariati influssi postclassici, non era punto alieno dall'ammettere strappi più o meno visibili al principio della *solutio eius quod debetur*⁽¹⁴⁾. Basterà che io ricordi, a questo proposito, un testo sin troppo famoso, o famigerato, e cioè:

⁽¹³⁾ Cfr. per tutti SOLAZZI, *Estinzione* cit. 81 s.

⁽¹⁴⁾ *Solutio eius quod debetur* ha il significato di adempimento preciso e intero dell'obbligazione. La regola è, naturalmente, di carattere puramente dispositivo, sì che essa *privatorum pactis mutari potest*. Delle eccezioni pattizie ad essa non è il caso, in questa sede di occuparci. Vi è di più: noi considereremo, in queste note, la regola unicamente sotto l'angolo visuale del pagamento intero dell'oggetto dell'obbligazione, onde vedere quante e quali eccezioni il diritto romano vi apportò, e quando. — Circa l'altro angolo visuale, dal quale può essere presa in considerazione la nostra regola (pagamento preciso dell'obbligazione), è noto che il diritto romano classico conobbe la prassi della così detta *datio in solutum*, ma unicamente come *datio in solutum voluntaria*, cioè consensuale. Casi di *datio in solutum necessaria* si danno soltanto nel diritto postclassico ed in quello giustiniano, anche qui (come nella materia che trattiamo più da vicino nel testo) più per effetto di una tendenza largheggiante, di *humanitas*, che non per effetto di vera e propria riforma del sistema: cfr. SOLAZZI cit. 81 s.

D. 12. 1. 21 (Iulian. 48 dig.) *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturis videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminueri.*

Il principio delle Istituzioni gajane e di quelle giustiniane soffre, ad opera di questo frammento, una violenta eccezione⁽¹⁵⁾: se il debitore — riferisco l'interpretazione comune, ch'è la più moderata⁽¹⁶⁾ — contesta una parte del debito, egli è tenuto a pagare soltanto la parte residua, per la quale non vi è controversia. Altri conferiscono alla eccezione una portata molto più ampia⁽¹⁷⁾. In ogni caso — mi sia permesso notarlo — le opposte tendenze di dottrina si sono trovate d'accordo nel sopravvalutare eccessivamente il peso di essa nel sistema del diritto giustiniano.

A mio credere, non è affatto certo, anzi è piuttosto improbabile che l'interpolazione di *sed - deminueri*, segnata dal FABRO⁽¹⁸⁾, sia triboniana, come unanimemente si afferma. Si è detto, dal più recente critico del passo di Giuliano: «la paternità di Triboniano per *sed - deminueri* è rivelata da *humanius*; si sa che l'*humanitas* è uno dei motivi ispiratori delle riforme giustiniane»⁽¹⁹⁾. Triboniano avrebbe, dunque, voluto operare addirittura una riforma, malgrado che a lui stesso risalga la consacrazione rigorosa del principio «*tollitur... omnis obligatio solutione eius quod debetur*!» E questa riforma egli avrebbe operata nel nome del *praetor!* Nè questa inqualificabile menzione del pretore ha messo sul chi vive la critica,

⁽¹⁵⁾ Cfr., per la critica del testo, le numerose citazioni contenute nell'*Index interp. e Suppl.* I sht.

⁽¹⁶⁾ Cfr. FERRINI, *Pandette* 2 627²; PEROZZI, *Ist.* 2 2. 407; SIBER, *Röm. Privatrecht* 2. 272; SOLAZZI, cit. 94 s. V. già le glosse di Stefano e Cirillo in B. 23. 1. 21.

⁽¹⁷⁾ Cfr., per le varie opinioni sostenute, ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili* 253. All'interpretazione dominante si è opposto, da ultimo, l'ALBERTARIO, *Studi Vivante* I. 20, il quale ha richiamato «lo spirito della legislazione giustiniana, così preoccupata della tutela del debitore» per sostenere che l'eccezione non si ha solamente nel caso del processo. Convincente mi pare, tuttavia, la replica del SOLAZZI, cit. 95¹. Quanto allo spirito della legislazione giustiniana, è mia opinione — e cercherò di dimostrarlo nel testo — che esso non possa essere richiamato, per il motivo che l'eccezione non fu formulata, ma solo inavvertitamente recepita dai compilatori.

⁽¹⁸⁾ Cit. dall'*Index interp.* sht.

⁽¹⁹⁾ SOLAZZI, cit. 94.

che anzi l'interpolazione di D. 12. 1. 21 è stata espressamente adottata dall'ALBERTARIO, in sede di teoria generale delle fonti romane⁽²⁰⁾, a sostegno dell'asserto che « non va nè pure dimenticato che son proprio i giustinianeî a far operare ancora il pretore ».

Ora, la causa di queste asserzioni è tutta nell'*humanitas*, cioè nel ricorrere di quel criterio di *humanitas*, che dettò non poche delle riforme di Giustiniano. Ma l'*humanitas* non è un'esclusività di Giustiniano: prima di diventare la direttiva delle sue riforme, essa fu la direttiva (esplicita o implicita) di molte « interpretazioni » marginali della giurisprudenza postclassica, perchè è chiaro che essa non sorse d'un tratto nella mente, o meglio nel cuore, di Giustiniano, bensì per influsso di quel notevolissimo fattore di evoluzione del diritto romano che fu il Cristianesimo⁽²¹⁾. A parté ciò, la frase *sed - deminuerè* ha troppo poco del tono legiferatore degli emblemi di Triboniano⁽²²⁾ e comunque è di grande importanza il rilievo che il nuovo principio non lo si trova punto, come ci aspetteremmo, nella *sedes materiae* della estinzione delle obbligazioni (D. 46. 3: *de solutionibus et liberationibus*), sibbene in un titolo meno generale (D. 12. 1: *de rebus creditis si certum petetur et de conditione*).

Messi su questa strada, sorge il sospetto che il testo di D. 12. 1. 21 sia molto più alterato di quanto il FABRC e la critica successiva non abbiano a suo tempo sospettato. Già il GUARNERI CITATI⁽²³⁾ ed il SOLAZZI⁽²⁴⁾ hanno esteso il loro sospetto a *quidam existimaverunt*, « perchè fa apparire la decisione classica come l'opinione di alcuni

⁽²⁰⁾ *Introduzione storica*, parte prima (Milano 1935), 82^a.

⁽²¹⁾ Cfr. infatti lo stesso ALBERTARIO cit., 86 s.

⁽²²⁾ Non è da Triboniano l'ammettere tanta autonomia del *praetor*, da consigliargli soltanto, in una interpolazione, di agire in una maniera piuttosto che in un'altra. Non solo sarebbe stato da lui nominato il *praetor*, ma la decisione egli l'avrebbe in definitiva rimessa al *praetor*: ... *humanus facturus videtur praetor, si actorem compulerit!* — Quanto diverso il tono che Triboniano, il vero Triboniano, assume nei riguardi di quella larva di magistrato, quando si induce ancora, nei suoi emblemi, a farlo operare! Si confronti, ad esempio, il seguente passo, probabilmente emblematico (per la dimostrazione, v. GUARINO, *Pactum quo minus solvatur* - Note sui precedenti romani del concordato preventivo, in *Studi Scorza*, n. 5):

D. 2. 14. 8... [in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecedit. Sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est]...

⁽²³⁾ *Obbligazioni indivisibili* 7^a.

⁽²⁴⁾ Cit., 94^a, con formulazione dubitativa.

antichi scrittori e implicitamente lascia credere che al tempo di Giuliano dominasse già l'opinione contraria »⁽²⁵⁾. Ma non è concepibile che dei lettori postclassici si siano presa la briga di aggiungere al testo giuliano tutto l'ultimo periodo e di sostituirvi, in principio, un *quidam existimaverunt* ad un *dicendum est* od altra espressione consimile⁽²⁶⁾.

Io ritengo, dal mio canto, che tutto il frammento sia il frutto di un glossema postclassico. Anzitutto, rilevo che neanche il primo periodo si sottrae ad appunti di forma: il *cogendum* regge bensì il *quinque accipere et reliqua persequi*, ma non regge (come invece il senso richiede) anche *partem dumtaxat iudicio persequi*, perchè non è posto, come dovrebbe essere, in fondo alla frase⁽²⁷⁾. Ma mi appoggio, soprattutto, a questo non lieve argomento: che D. 12. 1. 21 si riattacca, con ogni probabilità⁽²⁸⁾, a D. 5. 4. 8, di cui l'ultimo periodo (che avrebbe immediatamente preceduto, nel manoscritto a disposizione dei giustinianeî, il *quidam existimaverunt* con quel che segue) è anch'esso certamente un glossema⁽²⁹⁾.

D. 5. 4. 8 (Julian. 48 dig.) *Permittendum erit possessori hereditatis partem quidem hereditatis defendere, parte vero cedere* [nec enim prohibet aliquem totam hereditatem possidere et partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere].

Mi pare di poter supporre, in conclusione, che i commissari giustinianeî ebbero a loro disposizione un testo dei Digesti di Giuliano, nel quale, a seguito della frase *permittendum - cedere*, erano rifuse, piuttosto in malo modo, una o più glosse tardive⁽³⁰⁾, e che essi spez-

⁽²⁵⁾ SOLAZZI, cit. 94^a.

⁽²⁶⁾ In ogni caso, rimane sempre ancor più inverosimile che l'inserzione sia stata fatta dai giustinianeî. Come potevano essi rinnegare l'unanimità dei classici, se tanto recisamente avevano affermato, in Inst. 3. 29 pr., che *tollitur omnis obligatio rell?* Nè si ricorra al solito appiglio dell'opera di raccorciamento dei testi classici da essi svolta: sostituire *quidam existimaverunt* ad un (mettiamo) *dubium non est*, significa, se non vado errato, allungare, non restringere il brodo.

⁽²⁷⁾ Il frammento avrebbe dovuto dire: *quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, quinque accipere... neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi cogendos esse.*

⁽²⁸⁾ KRÜGER, LENEL *Pallog.* 1. 444 (= Julian. 651, 652).

⁽²⁹⁾ Cfr. i citati dall'*Index interp.* sht.

⁽³⁰⁾ Non escludo che i presunti glossemi al passo di Giuliano possano essere stati più d'uno, poi diffusi tutti, l'uno a seguito dell'altro, nel testo. Mi sembra

zarono il testo, disponendone una parte nel titolo D. 5. 4 ed un'altra nel titolo D. 12. 1. La seconda parte, tutta di origine glossatoria, è appunto quella che ha fornito tanto motivo di scandalo alla dottrina romanistica.

Tutto ciò si è detto unicamente per porre in rilievo come il diritto giustiniano, se non si dimostra affatto contrario a che in nome dell'*humanitas* eccezioni siano portate al principio della *solutio eius quod debetur*, non ha inteso tuttavia riformare, in misura più o meno lata, il principio stesso, che si conserva in esso tal qual era nel diritto classico. La critica di D. 12. 1. 21 è valsa soltanto a fornirci un interessante indizio della tendenza del diritto post-classico-giustiniano a largheggiare con facilità nel caso singolo.

2. — Ma una dimostrazione molto più ampia di questa tendenza largheggiante del diritto postclassico ci è fornita dalla storia di due istituti molto noti, se bene, a mio parere, non altrettanto ben valutati dalla dottrina: il concordato ed il *beneficium competentiae*.

È opinione comune che l'uno e l'altro istituto abbiano costituito, sin dall'epoca classica, delle eccezioni alla regola della prestazione dell'oggetto intero dell'obbligazione⁽³¹⁾. Dice anzi, a questo proposito, il BONFANTE⁽³²⁾ che ci troviamo di fronte a due istituti del *ius singulare*, con i quali viene apportato deroga al principio del *ius commune*, concretandosi nella formula della *solutio eius quod debetur*.

Che ambo gli istituti abbiano radici classiche, non può naturalmente revocarsi in dubbio. Aggiungerò anzi che il massimo della loro fioritura essi lo ebbero (specialmente il *beneficium competen-*

possibile, in particolare, che ad una prima mano appartenga il commento (fr. 8: *nec enim - non facere*) e la generalizzazione (fr. 21: *quidam - iudicio persequi*) del principio giuliano (*permittendum erit possessori hereditatis partem quidem hereditatis defendere, parte vero cedere*) e che ad una mano posteriore sia dovuta l'osservazione innovatrice (fr. 21: *sed in utraque causa rell.*). Tuttavia, pur ammettendo tutto ciò, escludo sempre, per le ragioni addotte nel testo, la creazione giustiniana di *sed - deminueret*.

(31) Cfr., da ultimo, SOLAZZI, *Estinzione* cit. 95, le cui parole riporterò testualmente: « Di altre eccezioni molto più gravi [di quella implicata da D. 12. 1. 21] al diritto del creditore per l'oggetto intero — il concordato e il *beneficium competentiae* — tratteremo in seguito ». Cfr. anche 192: « Alla regola che il debitore è tenuto a prestare l'intero oggetto dell'obbligazione fanno eccezione due istituti: il concordato e il così detto *beneficium competentiae* ».

(32) *Ist.* 9 405.

tiae) nel corso del diritto romano classico. Io ritengo invece fortemente discutibile quella che è stata la vera loro costituzione nel diritto classico e quella che è stata, di conseguenza, la portata delle eccezioni da essi opposte alla regola della *solutio eius quod debetur*.

Un punto va messo preliminarmente in chiaro. Se di « eccezioni » alla norma della *solutio eius quod debetur* vuol parlarsi, è evidente che se ne può discorrere soltanto in quanto ritroveremo, nella compagine classica dell'uno o dell'altro istituto, gli elementi per concludere che in certi casi il debitore pagava bene, cioè con effetto liberatorio, pur non pagando l'intero. Non solo, ma è altrettanto evidente che l'eccezione non sarà configurabile, sin quando il pagamento parziale risulti dipendere non da un principio del diritto obbiettivo (o comunque da una concessione autoritativa del magistrato), bensì dalla esclusiva volontà delle parti, trovatesi d'accordo nel concludere un *pactum de non petendo* parziale. La regola della *solutio eius quod debetur* porta connotato in sé il carattere di norma puramente dispositiva, derogabile dalla volontà delle parti (soggetti del rapporto obbligatorio), sì che, come la *datio in solutum* classica (che era, come si sa, esclusivamente *voluntaria*)⁽³³⁾ non può dirsi abbia costituito un principio eccezionale di fronte alla esigenza dell'adempimento preciso del debito⁽³⁴⁾, così non potrà dirsi che il concordato ed il *beneficium competentiae* implicassero, nel diritto classico, delle eccezioni alla regola del pagamento intero, se appureremo che l'effetto liberatorio derivava, nell'uno, dall'accettazione dell'adempimento ridotto fatta da tutti i soggetti attivi del rapporto, mentre si aveva, nell'altro, come produzione puramente indiretta del meccanismo processuale in cui l'istituto sboccava.

4) Del concordato avrò ad occuparmi più ampiamente altrove⁽³⁵⁾. Qui posso peraltro precisare il risultato fondamentale della mia ricerca, che è, in poche parole, il seguente. Il concordato (*pactum quo minus solvatur*) si concretava nell'accordo fra il chiamato all'eredità e tutti i creditori ereditari, per cui questi rinunciavano ad esigere una parte del credito e quegli adiva l'eredità, evitandosi la esecuzione patrimoniale sui beni del defunto e l'*infamia* che ne sa-

(33) V. *retro* nota 14.

(34) La *datio in solutum* (se *voluntaria*) non ledeva il diritto del creditore allo adempimento preciso della prestazione, per il semplice fatto che il creditore stesso accettava di limitare tal suo diritto, ricevendo *aliud pro alio*.

(35) Cfr. il mio studio citato *retro* nota 22.

rebbe conseguentemente derivata alla memoria di lui⁽³⁶⁾. Solo nel diritto postclassico-giustiniano il parere della maggioranza dei creditori ereditari (maggioranza determinata *pro modo debiti*, non *pro modo personarum*) divenne vincolante per gli assenti all'adunanza o per i dissenzienti⁽³⁷⁾. Nel diritto classico era bensì necessario un *decretum* del pretore, ma non perchè, come si suole assumere, già da allora il concordato avesse carattere coattivo per assenti e dissenzienti in minoranza, bensì perchè, avvenendo il *pactum* prima dell'accettazione dell'eredità⁽³⁸⁾, a conclusione della *interrogatio in iure* « *an heres sit* », esso era un mezzo per garantire il chiamato che i creditori non avrebbero poi preteso il pagamento *in solidum* (a detrimento del suo proprio patrimonio), e nel contempo per garantire i creditori ereditari che si sarebbero avuti gli effetti pratici medesimi di quella esecuzione patrimoniale sui beni del defunto, cui venivano a rinunciare⁽³⁹⁾. Insomma, mentre l'effetto liberatorio dipendeva essenzialmente dalla volontà dei soggetti, il pretore interveniva in un secondo momento a rendere possibile che, malgrado l'avvenuta adizione, i beni del defunto s'avessero a considerare praticamente come ancora separati dal patrimonio dell'erede. Ciò dato, potrà assumersi che il pretore, mediante il suo decreto, portava una eccezione alla regola della confusione eredita-

(36) Ho indicato il caso più comune, che è quello generalmente riportato dai manuali (cfr. SOLAZZI, *Estimazione* cit. 95): il caso di *pactum* concluso fra i creditori ereditari e l'*heres voluntarius*. Ma il patto poteva anche essere stipulato con l'*heres suus et necessarius* e con l'*heres necessarius*: nella prima ipotesi l'erede, rinunciando ad esercitare il *ius abstinendi*, salvava dall'*infamia* la memoria del *pater* defunto; nella seconda ipotesi, invece, il *servus cum libertate institutus* riusciva a dirittura a salvare dall'*infamia* sè stesso. Cfr. D. 2. 14. 7. 18 e il mio *Pactum* cit., n. 2 B.

(37) Cfr. D. 2. 14. 7. 19; 8.

(38) O, per gli eredi necessari, prima del *se miscere in bona defuncti*.

(39) Morto Tizio in istato di insolvenza, o fra l'erede e i creditori tutti era senz'altro stipulato un *pactum quo minus solvatur*, il quale, essendo un comune *pactum de non petendo* parziale, non aveva alcun bisogno della sanzione pretoria, oppure (qualora l'erede non si decidesse ad accettare o ad effettuare l'*immixtio*) i creditori facevano, davanti al pretore, l'*interrogatio* « *an heres sit* » del chiamato. In tal caso era ben possibile che l'erede, anzi che rispondere o chiedere il *tempus ad deliberandum*, proponesse, ma a tutti i creditori ereditari, il *pactum*. E' chiaro allora che, conclusa la convenzione, il pretore non poteva d'un tratto lavarsi le mani della faccenda, ma che egli doveva intervenire col suo *decretum* a sanzionare l'esito raggiunto dalla procedura della *interrogatio*.

ria⁽⁴⁰⁾, ma non potrà asserirsi che la eccezione al principio della *solutio eius quod debetur* da altro dipendesse, nel diritto romano classico, che dalla volontà di tutti i soggetti del rapporto obbligatorio. Nè va dimenticato che le fonti non giustificano in alcun modo, non pur la contrapposizione diretta del *pactum quo minus solvatur* al principio della *solutio eius quod debetur*, ma la stessa classificazione di questo istituto nella categoria dogmatica del *ius singulare*.

B) Rimane il *beneficium competentiae*, al quale sono particolarmente dedicate le presenti note.

In altre sedi ho cercato anch'io di apportare, dal mio canto, qualche precisazione e qualche chiarimento alla teoria della *condemnatio* limitata⁽⁴¹⁾. L'analisi approfondita di alcune delle sue applicazioni mi ha portato ivi a determinare casi di *taxatio* sicuramente non classici e soprattutto a differenziare nettamente i criteri di *aequitas* cui si affidavano il pretore e la giurisprudenza classica da quelli più grossolani e meno tecnici, di *humanitas*, cui si abbandonarono le scuole postclassiche⁽⁴²⁾. Una caratteristica fonda-

(40) Ma sarebbe — mi affretto ad aggiungere — una asserzione palesemente gratuita e inconsistente.

(41) Cfr. gli scritti citati *retro* nota 1.

(42) Una scorsa ai casi di ammissione di debitori al beneficio conferma la esistenza e la consistenza del fondamento accennato, nell'ambito del sistema del diritto classico.

A) I casi di concessione a noi noti, che possono ricondursi al fondamento della valutazione di un più ampio ciclo di relazioni giuridiche, in cui si inserisce il rapporto giuridico concreto al quale il beneficio viene applicato, sono i seguenti:

a) il socio può essere condannato *in id quod facere potest*, se convenuto dall'altro socio (fondamento: rapporto di società, in cui si inserisce il rapporto specifico di obbligazione);

b) gli ascendenti e patroni possono essere condannati *i.i.q.f.p.*, se convenuti dai discendenti o dai liberti (fondamento: relazioni di parentela, di patronato);

c) il marito può essere condannato *i.i.q.f.p.*, se convenuto dalla moglie (fondamento: rapporto coniugale);

d) il *debitor cedens bona*, *si quid postea adquisierit*, può essere condannato *i.i.q.f.p.*, se convenuto dai creditori *ex ante gesto* (fondamento: *cessio bonorum*);

e) il *socer* e la *mulier* possono essere condannati *i.i.q.f.p.*, se convenuti dal marito per l'adempimento della *promissio dotis* (fondamento: *adfixitas*).

B) Casi di concessione per ragioni specifiche, che si rimettono quindi esclusivamente all'autorità di una espressa norma autorizzativa, sono principalmente i seguenti:

a) i figli emancipati, diseredati, astenutisi dall'eredità paterna possono essere condannati *i.i.q.f.p.*, se convenuti da chi sia loro creditore

tale, rilevabile dall'esame dei casi sicuramente classici di *condemnatio* limitata, è — secondo me — questa: la limitazione della condanna viene concessa dal pretore, e ancor più intensivamente applicata dalla giurisprudenza, sul fondamento della valutazione di un più ampio ciclo di relazioni giuridiche, in cui si inserisce e di cui è presupposto il rapporto giuridico concreto, la fattispecie, cui il beneficio viene applicato. Se in alcuni casi vediamo che questo intimo, tacito fondamento della concessione manca, vediamo anche e subito che il motivo di equità più profondo e sottile, il quale ha indotto alla concessione del beneficio, è stato consacrato in una espressa norma autorizzativa (editto pretorio, costituzione imperiale)⁽⁴³⁾.

Senonchè, pur giungendo alla conclusione che l'istituto classico fosse cosa molto diversa dal semplice agglomerato di ipotesi pratiche, unicamente collegate dall'identità degli effetti, pur ritrovando questo rigoroso tessuto connettivo dei vari casi classici di *condemnatio* limitata, io non rinforzavo menomamente la *communis opinio* di un classico « *beneficium* » *competentice*; chè anzi negavo nel più reciso dei modi — a proposito di una questione particolare⁽⁴⁴⁾ — la genesi classica di quelle che può anche definirsi, ed è in effetti definito, nel quadro del diritto postclassico-giustiniano, come istituto del *ius singulare*, per cui viene portata deroga al principio della *solutio eius quod debetur*.

Uno sguardo complessivo alla *taxatio in id quod facere potest*, con particolare riguardo all'accertamento e alla valutazione dei suoi effetti, potrà valere, nelle pagine appresso, a giustificare un inquadramento della teoria classica diverso da quello generalmente accettato ed a chiarire inoltre qualche punto ancora oscuro della sua ulteriore evoluzione.

in forza di una obbligazione sorta mentre erano *in potestate* (fondamento: editto pretorio; cfr. D. 14. 5. 2 pr.);

b) il donante può essere condannato *i.i.s.f.p.*, se convenuto dal donatario (fondamento: rescritto di Antonino Pio; cfr. D. 42. 1. 41. 2).

E' da notare che il caso del socio è corroborato da una esplicita norma dell'editto: cfr. LENEL *EP* 3 298. — Già in *Beneficium* I 159¹⁹, osservavo che la induzione storica può e deve sfruttare questo inquadramento dogmatico, al fine di mettere in evidenza la successione presumibilmente avutasi nella concessione dei vari casi di *condemnatio* limitata. Tanto si cercherà di fare, entro i limiti del possibile, nel secondo di questi miei contributi (*Taxatio II*, di prossima pubblicazione).

⁽⁴³⁾ Tali appunto sono i casi riferiti nella nota precedente, *sub B*.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *Beneficium III* 7 s.

3. — Primo punto da mettere in chiaro — ai fini della ricostruzione della compagine classica della nostra materia — si è che manca assolutamente qualsiasi elemento, il quale possa suffragare, allo stato attuale delle nostre conoscenze, la *communis opinio* della esistenza di un generale *beneficium competentiae* nel diritto classico romano⁽⁴⁵⁾.

Orbene, io non vedo che altri elementi possano essere addotti, a sostegno dell'opinione corrente, all'infuori di questi:

a) I casi a noi noti di limitazione della condanna all'*id quod debitor facere potest* sono strettamente avvinti da intimi legami gli uni agli altri, sì che legittimamente possono essere raggruppati in un organico istituto, che presenta indubbi caratteri di divergenza rispetto al comune *tenor rationis* della *solutio eius quod debetur*⁽⁴⁶⁾;

b) L'effetto caratteristico delle varie ipotesi di *taxatio in id quod facere potest*, e cioè quello di permettere uno strappo alla regola dell'adempimento esatto dell'obbligazione, ben ne giustifica la collocazione nella teoria dell'estinzione dei rapporti obbligatori, come esponente di un notevolissimo principio del *ius singulare*⁽⁴⁷⁾;

c) La stessa giurisprudenza classica mostra di inquadrare le ipotesi di *condemnatio* limitata nella teoria del *ius singulare*, in quanto che D. 24. 3. 54 riporta un brano del *liber singularis de iure singulari* di Paolo, ove si discorre, più specificamente, dei *beneficia*

⁽⁴⁵⁾ Si badi bene. Io dico che non sussistono elementi per potersi affermare la esistenza di un generale *beneficium condemnationis* nel diritto classico. In *Taxatio II*, mettendo in chiaro la genesi e lo sviluppo autonomi dei singoli casi di concessione della *taxatio*, nonché il loro carattere puramente processuale, cercherò di rendere evidente che nè meno le singole ipotesi di *condemnatio* limitata avevano, nel diritto classico, un vero e proprio carattere di *ius singulare*. Risulterà tuttavia da quello studio che lo spunto classico verso la determinazione del concetto di un *beneficium condemnationis* fu certamente nella *taxatio in id quod facere potest* concessa da Antonino Pio al donante.

⁽⁴⁶⁾ Val la pena di ricordare, a questo proposito un argomento del SOLAZZI, *Estinzione* cit. 232. Lo ZANZUCCHI (*BIDR* 29. 95 s.), occupandosi del *beneficium condemnationis* del *miles*, poneva in rilievo la poca utilità di esso in confronto alla *cessio bonorum* e ne traeva la conseguenza che già in diritto classico una *deductio ne egeat* favorisse il *miles*. Rispondeva il SOLAZZI che tale logica non era imprescindibile: « altro è constatare la nessuna o la poca utilità di un istituto in confronto di tutti i beneficiati; altro è constatarla nei confronti di un solo. Nel primo caso l'istituto, se non si trasforma, muore; nel secondo caso potrebbe durare anche inmutato ». V., per la critica di questa opinione, *Beneficium III* 7s.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *retro* n. 2 B.

del *maritus*, del *socius*, del *parens* e del *patronus*, nonchè, da ultimo, del *donator*;

d) Non mancano denominazioni, nelle fonti romane, della *condematio* limitata come *beneficium* spettante a questo o a quel debitore: il che confermerebbe che la giurisprudenza classica concepisse la nostra materia come espressione tipica del diritto singolare⁽⁴⁸⁾.

Non sarà difficile dimostrare, peraltro, la fragilità di tutti questi argomenti.

Ma tentiamo anzitutto di precisare, in via di premessa e su un piano esclusivamente dogmatico, che cosa si abbia ad intendere, in ordine al diritto romano ed alla luce della dottrina dominante, per *ius singulare* e conseguentemente per *beneficium iuris*.

4. — Sono note le difficoltà cui ha dato luogo la definizione del *ius singulare* riportata dalle fonti⁽⁴⁹⁾. Esse derivano, più che altro, dalla inconciliabilità fra il tenore letterale di quella definizione ed il contenuto sostanziale dei casi a noi noti di *iura singularia*. Ecco infatti come si esprime il giurista in

D. 1. 3. 16 (Paul. sing. de iure sing.) *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

Così come è qui formulata, e messa in rapporto alle ipotesi concrete dei diritti singolari riportate dalle fonti giuridiche, la definizione paolina or è troppo vaga, or è invece troppo ristretta. È vaga, se si pensa che un'*aliqua utilitas* si trova, può dirsi, alla radice di qualsiasi nuova norma giuridica⁽⁵⁰⁾; è invece troppo ristretta,

⁽⁴⁸⁾ Cfr. retro nota 4.

⁽⁴⁹⁾ Sulle varie teorie e sulle molteplici discussioni, non peranco sopite, cfr., da ultimo, ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, in *Annali Macerata* 11 (1937) estr. 5 s.; AMBROSINO, *Ius singulare* (Roma 1940), da me non ancora potuto consultare.

⁽⁵⁰⁾ Alcuni hanno tentato di sottileggiare, sostenendo che l'*utilitas* è specifica (FADDA e BENZA, *Note a WINDSCHEID, Dir. delle Pandette*, 4. 35), ma è stato giustamente obiettato (COPPA ZUCCARL, *Diritto singolare* 1. 15) che tutte le norme giuridiche sono determinate dall'impulso di una specifica utilità pratica. Nè mi pare che abbia colto nel segno l'ORESTANO, cit. 57 s., sostenendo che l'*utilitas* specifica deve essere nuova. L'affermazione è evanescente, ma in ogni caso lo stesso ORESTANO demolisce, a quanto credo, il suo tentativo con il richiamarsi ad « un passo di Ulpiano che mostra il meccanismo ideale della creazione di nuove norme,

se si riflette che non mancano casi di *iura singularia*, i quali non risultano affatto introdotti dalla *auctoritas constituentium*, ma da tutt'altre fonti del diritto obbiettivo⁽⁵¹⁾. Vi ha inoltre il famoso problema della interpretazione analogica delle norme del così detto *ius singulare*: mentre è notorio che non pochi istituti di diritto singolare romani hanno dato spunto alla applicazione per analogia⁽⁵²⁾, tutto diverso suona il principio riferito nei Digesti.

D. 1. 3. 14 (Paul. 54 ad ed.) *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

D. 1. 3. 15 (Jul. 27 dig.) *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.*

Di fronte a questo complesso di difficoltà, l'unica buona via da seguire — a meno di non superare storicamente, con l'ausilio della critica esegetica, l'intricato problema⁽⁵³⁾ — è quella di «interpretare» con una certa elasticità la definizione di Paolo ed ammettere, con l'ARANGIO RUIZ⁽⁵⁴⁾, che per *ius singulare* debba intendersi «una disposizione divergente dal sistema di un determinato ordinamento giuridico, non rispondente quindi alla *ratio iuris*, bensì suggerita da motivi di utilità pratica».

fra cui sono certo comprese anche quelle di *ius singulare*, e che pone in particolare evidenza la particolare funzione esercitata dall'*utilitas*» e cioè a

D. 1. 4. 2 (Ulp. 4 fideicomm.) *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est.*

Come appunto l'ORESTANO riconosce, questo testo non parla di *ius singulare*, ma, dato che mette in evidenza la funzione generale dell'*utilitas* «in rebus novis constituendis», implica che anche l'*utilitas* del *ius singulare* debba essere una utilità nuova. Ma allora dobbiamo concludere che nemmeno l'*utilitas* nuova caratterizza e specifica questo inafferrabile concetto del *ius singulare*!

⁽⁵¹⁾ *Auctoritate constituentium* della definizione di Paolo implica certamente una limitazione delle fonti del *ius singulare*, ed esclude perciò, quanto meno, la fonte della consuetudine (v. in proposito ORESTANO cit. 63 s. Sorprende molto quindi che istituti logicamente concepibili come *iura singularia*, quale il divieto di donazioni fra coniugi, o esplicitamente definiti come tali, quale il *postliminium* (cfr. D. 41. 2. 23. 1) siano invece di origine consuetudinaria. [Per il divieto di donazioni fra coniugi, cfr. GUARINO, *Adfinitas* 47 s.; su D. 41. 2. 23. 1, cfr. GUARINO, *Sul ius singulare postliminii* (Napoli 1940)].

⁽⁵²⁾ Basti pensare al *testamentum militis*, al *SC. Velleianum* e al *SC. Macedonianum*. Sulle varie teorie, cfr. ORESTANO cit. 190 s.

⁽⁵³⁾ Cfr. il mio studio *Ius singulare*, di prossima pubblicazione in *Atti Soc. Reale Napoli*, 1939-40.

⁽⁵⁴⁾ *Ist.* 4 30. Aderisce a questa interpretazione ORESTANO, cit. 53 s., ma v. anche *infra* nota 58.

Ma anche dopo di ciò nuovi intralci ci si parano dinanzi. Se la « divergenza » dalla *ratio iuris (communis)* è il criterio dogmatico da tener presente per individuare i *iura singularia*, perchè le fonti si restringono a parlare di *ius singulare* soltanto rispetto a pochissimi degli istituti giuridici che presentano divergenze più o meno profonde dalla *ratio* informatrice del diritto comune ⁽⁵⁵⁾? Ed il fenomeno è tanto più sorprendente in quanto che accade non di rado di incontrarsi, nello stesso settore giuridico, con istituti concepiti come *iura singularia* e con altri che invece i giuristi omettono di definire (pur essendo essi perfettamente analoghi nel principio animatore ai primi) come *iura singularia* ⁽⁵⁶⁾.

Ad ogni modo, anche a voler tralasciare ogni altra ricerca, fermandoci ai casi di *iura singularia* testimoniati dalle fonti, dobbiamo senza altro concludere che essi unanimemente smentiscono la lettera della definizione paolina. Non trattasi di anomalie, nè viene perlopiù implicata una contrarietà qualsivoglia al sistema giuridico, ma, tutt'al più, una divergenza da esso: il che spiega come — anche in ciò contro il dettato letterale delle fonti — i casi romani di *ius singulare*, siano stati largamente sottoposti ad interpretazione analogica. Nè va dimenticato che, se molti *iura singularia* discendono appunto dalla *auctoritas constituentium*, e cioè dai senatori e dalle costituzioni imperiali, altri invece non hanno nulla a che vedere (ammesso che siano genuini) con essa: di modo che anche la *auctoritas constituentium* del testo di Paolo deve interpretarsi con un generoso pizzico di grani di sale ⁽⁵⁷⁾.

Determinato così — sul piano dogmatico, al quale ci siamo voluti limitare — il significato generico di *ius singulare*, occorre ora precisarne in qualche punto il concetto.

Di *ius singulare* si parla e si deve parlare, non già riguardo ad una singola specifica norma nei rapporti di un'altra, che abbia più lato campo di applicazione, bensì riguardo ad un principio

⁽⁵⁵⁾ Vi ha tuttavia chi non si meraviglia di ciò e giudica anzi opportuno e sufficiente che la teoria del *ius singulare* nel diritto romano venga determinata sulla base dei soli casi che i Romani esplicitamente qualificano come di diritto singolare: PEROZZI *Ist.* 2 II, 1062. V., per la critica di questo pensiero, *Beneficium III* 134.

⁽⁵⁶⁾ Esempio tipico è il caso del concordato e del *beneficium competentiae*, di cui solo il secondo appare inteso nelle fonti come *ius singulare*: cfr. *retro* n. 2.

⁽⁵⁷⁾ Vi è stato chi ha sostenuto l'interpolazione di *auctoritas constituentium* nella definizione di Paolo: cfr., da ultimo, ORESTANO *cit.* 72. Ma la tesi è inaccettabile: cfr. *Beneficium III* 141.

normativo speciale nei rapporti del principio normativo del *ius commune*. Non sono *ius singulare* le norme specifiche che rientrano nel quadro della regolamentazione scaturente da un generico principio giuridico; ma lo sono quelle che si rifanno ad un principio divergente da quello normale, cioè da quello dell'*ius commune* ⁽⁵⁸⁾.

Ecco perchè con il concetto di *ius singulare* è intimamente legato il concetto di *beneficium iuris*. Non mi riferisco alla terminologia, che — come si è giustamente notato e come anche noi rileveremo in appresso ⁽⁵⁹⁾ — è più moderna che romana, ma invece al concetto: mentre « *ius singulare* » esprime il principio normativo divergente, « *beneficium iuris* » esprime l'istituto concreto che da questo principio risulta. « *Beneficium* » ha invero un duplice significato nelle fonti giuridiche, ed è di sommo interesse notarlo: in senso obbiettivo, esso può adombrare un istituto del *ius singulare*, mentre in senso subbiettivo (ed è questa l'accezione sua più frequente) esso non indica che il vantaggio pratico derivante ad un subbiettivo da un qualsiasi principio, sia di *ius commune* che di *ius singulare* ⁽⁶⁰⁾.

A conclusione di questi cenni preliminari, possiamo dunque fissare i seguenti capisaldi:

α) *Ius singulare* è qualsiasi principio giuridico divergente rispetto ad un principio del *ius commune*;

β) *Beneficium* (in senso obbiettivo) è la espressione concreta dell'istituto di *ius singulare*;

γ) Ogni istituto di *ius singulare* (« *beneficium* ») deve, per essere tale, presentare una intima coesione delle sue applicazioni concrete, la quale permetta di rifarsi al principio univoco del *ius singulare*, divergente da quello del *ius commune*.

4. — A) Se ora volgiamo la nostra considerazione alla materia della *taxatio in id quod (debitor) facere potest*, dobbiamo senz'altro rilevare che indubitabilmente il diritto classico, molto meglio di quello giustiniano, conobbe — e lo abbiamo visto ⁽⁶¹⁾ — un criterio

⁽⁵⁸⁾ Nel senso che la norma di *ius singulare* sia una deroga alla norma concreta del *ius commune* è ORESTANO *cit.*, *passim*, ma temo che l'affermazione manchi di fondamento.

⁽⁵⁹⁾ ARANGIO RUIZ, *Ist.* 4 31. Cfr. *infra* n. 9.

⁽⁶⁰⁾ Ottimi, a questo proposito, mi paiono i rilievi dell'ORESTANO, *cit.* 131. V. anche GUARINO, *Sul beneficium separationis dell'heres necessarius*, in ZSS 60 (1940) n. 4.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *retro* nota 43.

unitario di concessione, a favore di certi debitori e nei riguardi di certi altri creditori, della *condemnatio* limitata.

Ma da tutto questo non deriva punto un carattere organico della materia della *taxatio* nell'ambiente del diritto classico, e tanto meno in quello del diritto giustiniano.

Ogni applicazione della *condemnatio* limitata rimase sempre ed assolutamente autonoma ed indipendente rispetto alle altre: e se ci è possibile, sulla base delle applicazioni a noi note, di ricostruire il criterio seguito nella concessione, non altrettanto possibile ci è di ricostruire, in linea astratta, la cerchia di applicazione del *beneficium*. La determinazione astratta di tale sfera di applicabilità è invece, logicamente, essenziale per potersi giustificare la fondatezza della concessione della *condemnatio* limitata come *beneficium iuris*, cioè come espressione concreta di un principio di *ius singulare*, divergente da quello del *ius commune* («*solutio eius quod debetur*»).

Si potrebbe pensare che, nella nostra materia, ci troviamo di fronte ad un esempio tipico di estensione per analogia di un istituto di *ius singulare* originariamente molto più limitato. Dato che gli unici casi edittali di concessione del *beneficium* sono, a nostra saputa, quello del *socius* e quello dei figli emancipati, diseredati, astenuti dall'eredità paterna, potrebbe pensarsi che gli altri casi sono stati in prosieguo creati dalla pratica, modellandoli per analogia su quello originario del *socius*. Io non nego che così sia stato, anzi ritengo fermamente che nel *beneficium* del *socius* sia proprio stata la genesi di gran parte delle altre applicazioni a noi note, avendo in questo campo la giurisprudenza largamente operato con l'interpretazione analogica⁽⁶²⁾. Senonchè, non va dimenticato che almeno fra i due casi sicuramente edittali non vi è, come già abbiamo dovuto notare, alcuna possibilità di comparazione e quindi di accomunamento: mentre nel caso del socio (che gode del beneficio verso l'altro socio in ordine alle pretese nascenti dal contratto di società) il principio equitativo che muove il pretore è quello di evitare l'ingiustizia che l'altro socio, suo collaboratore negli affari, inferisca contro lui stesso mentre ancora sussistono i rapporti di società, nel caso dei figli emancipati ecc. (i quali godono del beneficio verso tutti i creditori, per i debiti contratti mentre erano sotto la *patria potestas*) il principio equitativo che muove il pretore è del tutto diverso e più

(62) V. *Taxatio II*, di prossima pubblicazione.

specifico; ed ancora diverso e particolare è certamente il fondamento del beneficio concesso al donante verso il donatario da Antonino Pio⁽⁶³⁾.

La *condemnatio* limitata si pone pertanto, rispetto all'attività del pretore, in guisa non diversa da quella di quei mezzi complementari del procedimento formulare cui il magistrato soleva ricorrere per ovviare ad iniquità del *ius civile* (*in integrum restitutiones, stipulationes praetoriae, interdicta*) o dalle stesse *exceptiones* (dette appunto *praetoriae*) che egli soleva concedere, verbigratia, alla parte che avesse soggiaciuto a violenza o a quella raggiunta con dolo. E pure non si parla mai; per quanto io sappia, in tutti questi casi, di *beneficium iuris*; nè se ne potrebbe parlare, per l'ovvia ragione che la concedibilità astratta di una *in integrum restitutio* o di una *exceptio* non collima con le ipotesi concrete di *in integrum restitutiones* o di *exceptiones* da noi conosciute, ma abbraccia un campo molto più ampio, potenzialmente infinito, come potenzialmente infinito è, nelle sue risorse, il criterio direttivo del pretore, l'*aequitas*.

Giunti a questo punto, noi possiamo trarre due conclusioni:

α) che indubbiamente non vi è ragione perchè si discorra di un generale *beneficium competentiae*, ma che, se mai, può restringersi il discorso a tanti singoli *beneficia competentiae* (fra di loro per lo più analoghi), quante sono le fattispecie di *condemnatio* limitata a noi note;

β) che un potente motivo analogico (se non addirittura qualcosa di più) milita contro la concessione, anche delle singole ipotesi (almeno di quelle pretorie e giurisprudenziali), come altrettanti *beneficia*: esse sono espressione genuina dell'attività esercitata dal pretore *adiuvandi, vel corrigendi, vel emendandi iuris civilis gratia*, sì che rendono fortemente inverosimile l'assunto che proprio e solo a proposito della *condemnatio* limitata (non anche delle *exceptiones praetoriae*, delle *actiones honorariae*, delle *stipulationes praetoriae* e via dicendo) si sia parlato e si debba parlare di *beneficium iuris*.

5. — B) Tutto si concreta — per giudicare se la nostra materia avesse veramente, nel diritto classico, l'essenza di *beneficium iuris* — nella considerazione degli effetti suoi caratteristici, cioè, in altre parole, nella precisazione della divergenza fra il principio di

(63) Cfr. ancora *retro* nota 43.

ius singulare onde essa scaturirebbe ed il principio di *ius commune* della *solutio eius quod debetur*.

Ora ci si può facilmente convincere, io credo, che nel periodo classico la concessione della *taxatio* fatta dal pretore non era menomamente diretta ad apportare una qualsiasi eccezione alla regola della *solutio eius quod debetur*; che nel periodo postclassico-giustiniiano la *taxatio* medesima non apportava, anzi, in sè e per sè, eccezione alcuna alla regola anzidetta; che se tuttavia, in questo secondo periodo, la nostra materia venne assumendo i caratteri di un *ius singulare*, ciò fu per l'affermarsi di un tutt'altro suo caratteristico effetto, per l'affermarsi di quella *deductio ne egeat*, che portò il nostro istituto ad essere qualche cosa di analogo ad un beneficio alimentare.

6. — a) Nel diritto classico la concessione della *taxatio* fatta dal pretore non era menomamente diretta ad apportare una qualsiasi eccezione alla regola della *solutio eius quod debetur*. — Valgano, a riprova dell'asserto, le seguenti considerazioni.

aa) La promessa edittale o la consuetudine giurisprudenziale di concedere la *condemnatio* limitata ad un certo debitore nei riguardi di un certo creditore non implicava, di per sè, che l'obbligazione fosse ridotta all'*id quod debitor facere potest*. Il debitore doveva sempre l'intero e se pagava l'intero faceva esattamente il suo dovere, dimodochè era addirittura fuori di discussione il punto che non gli competeva la *condictio indēbiti* (64); soltanto se il creditore si fosse deciso a *vocare in ius* il debitore, poteva il pretore concretamente introdurre nella *formula*, in calce alla *condemnatio*, la limitazione *dumtaxat quod facere potest*. Ma neanche per ciò il debitore veniva autorizzato ad effettuare, con pieno effetto liberatorio, il pagamento parziale: il creditore, messo sull'avviso circa l'intendimento del pretore, poteva rinunciare per il momento al processo, rimandandolo a tempi migliori, in cui il debitore si fosse rimpannucciato o il pretore non avesse più avuto motivo di concedere la limitazione della condanna. L'effetto della liberazione dal debito, derivante dal pagamento *pro parte*, si aveva insomma soltanto se il creditore si fosse indotto alla *litis contestatio*: la consumazione del rapporto sostanziale dedotto *in ius* avrebbe impedito in futuro che si agisce per il residuo.

(64) Rimando per ora alla ampia documentazione del LEVET, *Bénéfice* cit. 169, ripromettendomi di tornare sull'argomento nel prosieguo di questi studi.

La tutela degli interessi del debitore non era dunque tanto visibile in rapporto al principio della *solutio eius quod debetur*, quanto invece in relazione a tutt'altro principio. La concessione della *condemnatio* limitata, dato che il calcolo dell'*id quod debitor facere potest* doveva avvenire sul patrimonio netto di lui (65), metteva il debitore in grado di soddisfare il giudicato, rimanendo perfettamente solvibile verso ogni altro creditore, e di continuare pertanto ogni suo commercio, avendo evitato l'esecuzione patrimoniale e l'*infamia* conseguente (66). Pertanto mentre ogni altro creditore si trovava ad essere coperto per l'intero ammontare del credito, il creditore cui andava opposto il beneficio era coperto soltanto dall'*id quod debitor facere potest*. Senonchè ciò indica che la deroga si aveva, se mai, non rispetto alla regola dell'adempimento esatto dell'obbligazione, bensì rispetto al principio della esecuzione personale o patrimoniale a carico del debitore insolvente: l'esecuzione non poteva essere provocata da alcuni creditori, i quali si sarebbero dovuti accontentare o dell'*id quod debitor facere potest* o di attendere che la esecuzione fosse provocata dagli altri creditori. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso quei creditori non avrebbero potuto, tuttavia, mai ottenere l'intero, di guisa che la concessione della *condemnatio* limitata non importava deroga al principio della *solutio eius quod debetur*, ma alla regola della *par condicio creditorum* nei riguardi del debitore insolvente (67).

Gli effetti che noi sogliamo attribuire alla concessione della *condemnatio* limitata non scaturivano, peraltro, da essa, sì bene dalla *litis contestatio*, la quale: 1) escludeva la esigibilità del residuo («*bis de eadem re ne sit actio*»); 2) permetteva al debitore di soddisfare il giudicato, evitandosi la esecuzione (personale o patrimoniale) e la susseguente *infamia*.

Ma non erano, questi, effetti ai quali il creditore non potesse

(65) Che il calcolo dell'*id quod facere potest* dovesse avvenire, in diritto classico, sul patrimonio netto, e non sul patrimonio lordo del debitore, è un risultato, a mio parere, incrollabile della critica. Mi basti di rimandare alla trattazione del SOLAZZI, *Estinzione* cit. 214 s. e ai miei rilievi in *Beneficium I* 162²⁰.

(66) V., in proposito, le esattissime osservazioni dello ZANZUCCHI (*BIDR* 29. 63¹) contro l'andazzo di dire, per breviloquenza, del nostro istituto: «il beneficio evita l'esecuzione personale e (la vendita dei beni con) *infamia*».

(67) In ogni caso, io nego recisamente la classicità della deroga più forte a questo principio: quella per cui il debitore che *nihil facere potest* va assolto, sostenuta dallo ZANZUCCHI, cit. 90 s., dal LEVET, cit. 162 s., dal SOLAZZI, cit. 210 s. Rimando, per la dimostrazione, a *Taxatio III*, di prossima pubblicazione.

in alcun modo sottrarsi. Va notato, al contrario: 1) che il fatto che il creditore si adattasse, non ostante tutto, a contestare la lite non poteva non implicare la sua tacita adesione alla produzione dell'effetto indiretto della inesigibilità del residuo; 2) che, non essendo l'esecuzione un fine del creditore, ma un mezzo per la realizzazione del massimo ottenibile dal debitore insolvente, il suo diritto non poteva dirsi menomato se l'ordinamento giuridico, piuttosto che l'arma della esecuzione patrimoniale, gli permetteva, per il pieno o per il massimo possibile soddisfacimento delle sue ragioni, l'uso di altri mezzi giuridici: il che appunto, come vedremo, avveniva.

bb) A tutela dei suoi interessi il creditore aveva infatti due mezzi giuridici, dei quali l'uno è certo mentre l'altro è molto probabile. Da una parte il creditore poteva garantirsi per l'eventualità che in prosieguo di tempo il debitore facesse fortuna, costringendolo alla prestazione della *cautio de residuo* ⁽⁶⁸⁾; dall'altra parte, egli poteva riservarsi il diritto di agire, in tempi migliori, per l'*id* che il debitore non aveva potuto *facere*, restringendo, mediante una *praescriptio pro actore*, la sua pretesa attuale appunto all'*id quod debitor facere potest* ⁽⁶⁹⁾. Tutto ciò a parte la possibilità che il pretore concedesse, in mancanza di altro, su istanza del creditore, una *restitutio in integrum*, ponendo nel nulla gli effetti della *condemnatio* limitata ⁽⁷⁰⁾.

In conclusione, anche a voler considerare puramente gli effetti (indiretti) della concessione della *condemnatio* limitata, fa duopo rilevare che essi, in diritto classico, divergevano tanto poco, almeno per la sostanza, da quelli normali (del *ius commune*), che è fortissimamente dubbio che i classici possano essersi indotti a parlare della nostra materia come di una espressione del *ius singulare*, come di un *beneficium iuris*.

7. — b) Quanto al diritto postclassico-giustiniano, la *taxatio in id quod facere potest* non apportava, in sé e per sé presa, eccezione alcuna alla regola della *solutio eius quod debetur*. La ragione di ciò è semplicissima: in questo periodo, avendo perduto la *litis contestatio* la sua efficacia consumativa della lite, il principio del « *bis de eadem re ne sit actio* » non ostacolava la

⁽⁶⁸⁾ Sulla *cautio de residuo* ed in sostegno della sua classicità, almeno per il caso del socio, cfr. da ultimo SOLAZZI, cit. 238 s.

⁽⁶⁹⁾ Cfr., per la dimostrazione, LEVET, cit. 171 s.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. LEVET, cit. 175 s.

iterazione dell'azione per il caso che il debitore fosse venuto in seguito ad accrescere le proprie facoltà. Non solo, ma avvenendo ormai il calcolo dell'*id quod debitor facere potest* sul patrimonio lordo del debitore, i casi erano due: o il creditore cui era opponibile il beneficio si trovava ad avere preceduto gli altri, ed allora egli poteva ottenere sinanco l'intero, di modo che il presunto beneficio classico minacciava di risolversi in una bolla di sapone; o il creditore cui era opponibile il beneficio si trovava ad essere stato preceduto dagli altri, ed allora egli veniva ad essere in situazione non dissimile fondamentalmente da quella, nella quale si sarebbe trovato se anche avesse potuto agire per il *solidum*. Il beneficio non sarebbe stato una lustra, neanche in diritto postclassico, soltanto per il donante (che era tuttora condannato *deducto aere alieno*) ⁽⁷¹⁾, se il donatario non avesse avuta tuttavia la possibilità di reiterare l'azione.

c) Se la nostra materia si avviò tuttavia ad assumere, nel periodo postclassico-giustiniano, il carattere di un istituto beneficario, ciò fu, io credo, per tutt'altra ragione. A parte il fatto che in tale periodo una tendenza innegabilmente si manifestava verso la configurazione della *condemnatio* limitata come *beneficium*, e ciò principalmente per il fatto che si tendeva ad assolvere il debitore che *nihil facere potest* ⁽⁷²⁾, l'elemento decisivo che mi induce a questa opinione è il seguente: che è di questo periodo il sorgere ed il generalizzarsi della *deductio ne debitor egeat*, « espressione giuridica di un sentimento di carità, quale potevano averlo i cristiani dell'epoca romano-ellenica, e non i classici » ⁽⁷³⁾. Come beneficio alimentare, principalmente dei *milites*, del marito e del donatario, si pone il nostro istituto nel diritto giustiniano:

D. 50. 17. 173 pr. (Paul. 6 ad Plaut.) In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant ⁽⁷⁴⁾.

Volendo ora, con maggior approssimazione storica, prospettare il nostro problema, io credo di poter ritenere che lo spunto classico

⁽⁷¹⁾ Cfr. D. 42. 1. 19. 1; 49; 24. 3. 54.

⁽⁷²⁾ Cfr. D. 3. 5. 34 (35), di cui sosterrò l'interpolazione in *Taxatio III*.

⁽⁷³⁾ Cfr. SOLAZZI, *Estinzione* cit. 237. V. anche *retro* nota 12.

⁽⁷⁴⁾ Cfr., da ultimo, per la critica del testo, SOLAZZI, cit. 234 s.

verso la concezione della nostra materia come istituto del *ius singulare* fu nel beneficio del donante rispetto al donatario, istituto — si badi — introdotto *auctoritate constituentium*, cioè mediante un rescritto di Antonino Pio. Fu questa concessione ad introdurre nella nostra materia una *ratio*, che accenna a non collimare con l'*aequitas*: la riconoscenza che il donatario deve portare verso il donante. Tra i motivi di riconoscenza ed il mantenimento della *deductio aeris alieni* e l'introduzione della *deductio ne egeat*, deve riconoscersi che esiste un qualche legame di interferenza: il gravitare delle alterazioni e delle interpolazioni appunto intorno a frammenti che discorrevano della *condemnatio* limitata del donante ampiamente lo conferma. Uno spunto, insomma, che potè facilmente portare alla concezione postclassica del « *beneficium* » *condemnationis*. Ma di ciò parleremo a suo luogo ⁽⁷⁵⁾.

8. — C) L'unico esempio delle fonti, che possa addursi a riprova della tesi che i classici avrebbero inquadrato la materia della *condemnatio* limitata nella categoria del *ius singulare*, si ritorce contro la *communis opinio* e dimostra invece molto perspicuamente quale sia stata la tendenza sistematica del diritto postclassico.

Si tratta, come è noto, di un brano estratto dal *liber singularis de iure singulari* di Paolo, che qui riferisco.

D. 24. 3. 54 (Paul. sing. de iure sing.) Maritus facere posse creditur nullo deducto aere alieno. item socius, item patronus parensve: at is, qui ex donatione convenietur, nullo aere alieno deducto facere posse intellegitur.

Che il passo, universalmente riconosciuto interpolato ⁽⁷⁶⁾, sia con tutta probabilità di totale derivazione postclassica, ho già cercato di dimostrare altrove ⁽⁷⁷⁾, nè mi ripeterò. Torno a concludere, quindi, che esso è il frutto dello scolasticismo postclassico e che la menzione del *beneficium condemnationis* in un *liber de iure singulari* è tutta quanta insitica.

Altri due rilievi sono, in questa sede, opportuni. Il primo è questo: che, molto verosimilmente, il *liber singularis de iure singulari*,

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *Taxatio II*, di prossima pubblicazione.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *Index interp. sht. e*, da ultimo, SOLAZZI, *Estinzione* cit. 228.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. *Beneficium III* 14 s.

come altri *libri singulares* che gli vediamo attribuiti ⁽⁷⁸⁾, non è del giurista Paolo, ma è una compilazione scolastica postclassica. Basti pensare, per convincersene, che, dei tre frammenti che i Digesti si offrono con la *inscriptio* « *libro singulari de iure singulari* », il nostro è quello che è, un secondo (D. 7. 1. 63) è anch'esso sospettabilissimo ⁽⁷⁹⁾, ed il terzo è nulla meno che quello contenente la tanto discussa definizione del *ius singulare* (D. 1. 3. 16) ⁽⁸⁰⁾, dalla quale la dottrina ha il torto di voler ogni volta partire in resta per trattare il problema del diritto singolare nel sistema giuridico romano. È possibilissimo, e cercherò di dimostrarlo meglio altrove ⁽⁸¹⁾, che l'operetta sia sorta, in epoca postclassica, attorno ad un nocciolo genuino, quale poteva essere (congetturo) la definizione del *privilegium* come *quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*: la tendenza, accentuatissima nel diritto postclassico, dei *privilegia* a spogliarsi del loro carattere giuridico e ad incasellarsi nel mondo del diritto ⁽⁸²⁾ può aver indotto la scuola alla creazione della nuova e non felicissima categoria dogmatica dell'*ius singulare*.

Una seconda osservazione è questa: che anche nel testo postclassico di D. 24. 3. 54 spicca, fra le altre ipotesi di *condemnatio* limitata, come quella che veramente presenta un carattere di singolarità, il caso del donante, nel quale l'*id quod debitor facere potest* si calcola *nullo deducto aere alieno*. Indizio non disprezzabile per la tesi che veniamo sostenendo, avere cioè il beneficio del donante rivestito caratteristiche sue proprie e particolari, che ne fecero il nocciolo della concezione postclassica di un generale *beneficium condemnationis*.

⁽⁷⁸⁾ Paolo è fra i giuristi classici, i quali figurano di aver scritto maggior numero di *libri singulares*, pur avendo egli composto commentari di vastissima mole. Io ritengo fermamente che non pochi di questi *libri singulares* siano di confezione postclassica; per alcuni, del resto, la dimostrazione è già stata fornita da altri: cfr. FELGENTRÄGER, *Die Literatur zur Echtheitsfrage der römischen Juristenschriften*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel* 368 s. Adde, per la confezione postclassica di *L. Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*, GUARINO, *Adfinitas* (Roma 1939) 101 s.; e, per la confezione postclassica di *L. Pauli variarum lectionum liber singularis*, GUARINO, *SDHI* 5 (1939) 468 s.

⁽⁷⁹⁾ Basta uno sguardo all'*Index interp. sht.*

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *retro* n. 4.

⁽⁸¹⁾ *Ius singulare*, cit. già *retro* nota 53.

⁽⁸²⁾ Cfr. ORESTANO, *Ius singulare* cit. 106 s.

9. — D) Non mancano designazioni nelle fonti romane della *condemnatio* limitata come *beneficium*. Aggiungo subito che esse sono, con buona dose di probabilità, genuine. Ma nessun sostegno a favore della tesi del «*beneficium*» *condemnationis* potrà essere ricavato da esse, sinchè non sia certo che quelle designazioni vogliono avere proprio l'esatto significato di «*beneficium iuris*».

Esaminiamo i frammenti.

D. 17. 2. 63. 1 (Ulp. 31 ad ed.) *Videndum est, an et fideius-sori socii id praestari debeat an vero personale beneficium sit, quod magis verum est...*

È un primo argomento che si dissolve. Qui *beneficium* ha solo ed unicamente il significato di «vantaggio pratico», non di «posizione giuridica speciale». E l'identico significato appare in quest'altro frammento:

D. 24. 3. 12 (Ulp. 36 ad Sab.) *Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est: sed hoc heredi non esse praestandum,*

D. 24. 3. 13 (Paul. 7 ad Sab.) *quia tale beneficium personale est et cum persona extinguitur.*

L'interpolazione di *sed hoc - praestandum*, nel fr. 12, nonchè di tutto il fr. 13, è stata vigorosamente affermata dal PAMPALONI⁽⁸³⁾: ma giustamente hanno reagito il LEVET⁽⁸⁴⁾ ed il SOLAZZI⁽⁸⁵⁾. Dal lato esegetico, non sarà mai abbastanza posta in rilievo la inverosimiglianza della ipotesi del PAMPALONI, che cioè tutto il fr. 13 sia stato creato dai compilatori, nell'incredibile intento di addurre la autorità di Paolo, accanto a quella di Ulpiano, a sostegno di una loro falsificazione.

Tanto in D. 17. 2. 63. 1, quanto in D. 24. 3. 13, sinora esaminati, si discorre dunque del vantaggio personale, derivante al debitore, dalla concessione della *condemnatio* limitata; nell'uno e nell'altro testo se ne discorre a proposito di casi edituali (*socius*) o giurisprudenziali (*maritus*). Vi è un terzo frammento, che parla di *beneficium* (e stavolta in un'accezione un po' diversa) a proposito della *condemnatio* limitata del donante:

(83) *Studi Schupfer* 1. 65 s.

(84) *Bénéfice* cit. 192^o.

(85) *Estinzione* cit. 214².

D. 42. 1. 41. 2 (Paul. 14 quaest.) *In solidum condemnatus donator actione iudicati nisi in quantum facere potest non teneatur* [beneficio constitutionis].

Nel testo di Paolo *beneficio constitutionis* ha questo significato: «per una posizione di privilegio, di singolare beneficio accordata da una costituzione imperiale». Così fu, di fatti, in ordine al *beneficium* del donante. Ma, in punto di critica testuale, debbo avanzare i miei dubbi sulla genuinità di *beneficio constitutionis*: questo generico richiamo al rescritto di Antonino Pio (tanto più sospettabile, in quanto che generico)⁽⁸⁶⁾ stona moltissimo in fine del periodo ulpiano ed ha tutta l'aria di una giunta esplicativa, fatta da un lettore postclassico⁽⁸⁷⁾.

In ogni caso, io non ho difficoltà ad accettare per vero, in ordine al diritto classico, questo carattere specifico della *condemnatio* limitata del donante, rispetto agli altri casi (edituali e giurisprudenziali), tanto più che esso risulta ben chiaro anche da altri elementi. Nell'ipotesi del donante è proprio un *beneficium constitutionis*, l'*autoritas constituentium*, per dirla con un'altra espressione di Paolo (se di Paolo), che determina la concessione della *taxatio in id quod debitor facere potest*: vedremo, anzi, che probabilmente il pretore non esercitava, al proposito, la più lontana parvenza di *causae cognitio* ed elargiva la *taxatio* al donante, quasi che questi vi avesse un diritto.

Ma, in conclusione, che un accenno preciso nelle fonti classiche vi sia, un accenno al carattere di *ius singulare* della materia della *condemnatio* limitata, non può assolutamente asserirsi. L'ultimo appiglio della *communis opinio*, a favore della classicità della concezione di un generale «*beneficium*» *condemnationis*, è caduto.

10. — A voler in breve riassumere, l'esame e la critica dei capitoli di prova della *communis opinio* ci ha portati ai seguenti, non indifferenti, risultati:

(86) Cfr., per il sospetto dei richiami generici alle *constitutiones principum*, le osservazioni del RICCOBONO, *ZSS* 47 (1927) 78.

(87) L'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 184 s., riferisce al *beneficium competentiae* anche D. 50. 17. 68, cui riconosce un «nucleo classico» che comprende in sé la parola *beneficium*. La tesi potrebbe essere verosimile, dato che il passo è estratto da un *liber singularis de dotis repetitione* di Paolo, se la lettura del testo non convincesse della giusta affermazione del BESELER, *Beiträge* 5. 89, per il quale «diese Generalregel ist entweder vom Rande oder von Tribonian».

a) Mancano elementi a sostegno della tesi che il diritto classico abbia concepito un generale *beneficium condemnationis*, come istituto organico, espressione concreta di un principio di *ius singulare*, derogativo della regola di *ius commune* circa la *solutio eius quod debetur*;

b) Poco verosimile è che la giurisprudenza classica abbia, comunque, inquadrati i casi edittali e quelli giurisprudenziali (modellati sui primi) di *condemnatio* limitata nella categoria *ius singulare*, la quale non sembra a sua volta ammettere altra fonte di produzione che quella delle costituzioni imperiali o dei senatoconsulti; ciò tanto più, in quanto che il vantaggio pratico derivante indirettamente al debitore dalla concessione della *taxatio* ha un rilievo straordinariamente minore di quanto comunemente non si affermi.

c) Probabile è invece che lo spunto classico verso la concessione della *condemnatio* limitata come espressione del *ius singulare* e verso il raggruppamento di tutte le ipotesi sotto l'insegna di un generale *beneficium iuris* si sia avuto nella *condemnatio* limitata del donante, istituto sensibilmente discordante dal fondamento equitativo caratteristico degli altri casi di *taxatio*, ed introdotto per di più *auctoritate constituentium*, cioè da un rescritto di Antonio Pio.

Una breve analisi della reciproca relazione storica fra i vari casi di *condemnatio* limitata potrà, io spero, confermare le conclusioni esposte sub c) e chiarire meglio il mio pensiero circa la genesi postclassica del *beneficium condemnationis*, inteso come istituto del *ius singulare* ⁽⁸⁸⁾.

(88) Cfr. *Taxatio II*, di prossima pubblicazione.

PROF. UBALDO ROBBE

Incaricato di Diritto romano nella Università di Urbino

L'autonomia dell'*actio certae creditae pecuniae* e la sua distinzione dalla *condictio*.

SUMMARIUM. — Docetur in vetere et praecipuo romano iure a conditione actionem certae creditae pecuniae plane differre, cum haec suas quasdam pecuniarum notas habeat. Solum in posteriore et iustiniano romano iure mutui dationem et stipulationem condictio tuetur: cum haec latius patere incipiat, actio vero certae creditae pecuniae quae dicitur ob novum illud « rei creditae » nomen, quod nomini « pecuniae creditae », huius artis proprio, opponitur, ex usu cedit.

PARTE PRIMA

La pecunia credita e la sua difesa processuale nell'epoca classica.

SOMMARIO. — § 1. I tre primi tentativi (Heimbach, Karlowa e Stintzing), fatti contro la dottrina romanistica tuttora dominante, di distinguere l'*actio certae creditae pecuniae* dalla *condictio*. — § 2. Spiegazione e critica della loro completa insufficienza. Osservazione preliminare sulla vera ed esatta denominazione della *condictio* formulare. — § 3. Le fonti letterarie e giuridiche, che attestano per l'epoca classica la esistenza dell'*actio certae creditae pecuniae*. — § 4. Significato giuridico della tecnica locuzione *pecunia credita* (Gai 3, 124). — § 5. L'*actio certae creditae pecuniae* spetta conseguentemente in primo luogo per il mutuo (Gai 3, 91) e in secondo luogo per la *expensilatio* e la *stipulatio*. L'orazione di Cicerone *Pro Q. Roscio comoedo* e critica delle sue false interpretazioni. — § 6. L'oggetto dell'*actio certae creditae pecuniae* riguarda, oltre il denaro, anche tutte le altre cose ammesse dalla particolare natura di quei tre speciali contratti, giusto secondo il classico significato giuridico del termine *pecunia*. — § 7. La formula dell'*actio certae creditae pecuniae*, a differenza di quella della *condictio*, è concreta, perchè basata esplicitamente sul *mutuum*, la *expensilatio* e la *stipulatio*. Critica della opinione contraria del Lenel. — § 8. La *sponsio et restipulatio tertiae partis* è una particolarità processuale propria dell'*actio certae creditae pecuniae*, e manca invece sicuramente nella *condictio* (Gai 4, 13 e 171 e Cic. *pro Q. Roscio comoedo* 4, 10 e 5, 14). Lo *iusiurandum in iure delatum*. — § 9. L'autonomia dell'*a. c. p.* non viene minimamente infirmata dallo appellativo classico di *condictiones* dato indistintamente a tutte le *actiones in personam*.