

IL PROBLEMA DOGMATICO E STORICO DEL DIRITTO SINGOLARE

1. — Dalla prima presa di contatto con i futuri discepoli molto può dipendere della fortuna di un docente¹. Questa verità vale sopra tutto per noi romanisti del secolo XX, che abbiamo prima d'ogni altro il grave compito di combattere con tutti i mezzi, nell'animo dei nostri allievi, una diffidenza più o meno pronunciata, una prevenzione più o meno tenace, ma innegabili entrambe: la diffidenza, la prevenzione contro questo « diritto romano », materia storica più che giuridica, gravosa forse ad apprendersi, certo non facilmente e sempre armonizzabile con i dati della cultura giuridica moderna. Materia, insomma, di cui non tutti vedono, almeno a prima vista, qual possa essere la utilità pratica, immediata, concreta².

* In *Annuario dir. comparato* 18 (1946) I ss.

¹ Prolusione al corso ufficiale di Storia del diritto romano, letta il 21 gennaio 1943 nella R. Università di Catania. Nessuna modificazione nel testo: omesse soltanto le parole di circostanza ed aggiunte le note più strettamente necessarie. Per una giustificazione del tema di questa prolusione e della sua posizione rispetto a miei precedenti scritti, v. *infra* nt. 19.

² Prescindo completamente, in questi cenni introduttivi, dal discutere o dal delibare il così detto problema della « crisi del diritto romano », già affiorante da alcuni anni in Europa (v. in proposito LAURIA, *Indirizzi e problemi romanistici*, in *FI.* 61 [1936] IV estr.: ivi citazioni alla nt. 3) e posto sul tappeto dell'attualità dalla magnifica discussione del KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, in *Schriften der Ak. für Deutsches Recht* (München-Berlin 1938): difesa appassionata della legittimità dei nostri studi, essenzialmente volta contro una tendenza eversiva di carattere meramente politico (v. in proposito BETTI, *La crisi odierna della scienza romanistica in Germania*, in *RDCo.* 38 [1939] 1.20 s.; GROSSO, *Rc. a Koschaker*, in *SDHI.* 5 [1939] 505 ss.). Sta di fatto che nuovi attacchi sono mossi, in questi anni, particolarmente in Germania, contro l'utilità dello studio del diritto romano e quindi del suo insegnamento nelle Università; e, a differenza del KOSCHAKER (*cit.* 46 s. e *passim*), io penso che eguali attacchi non sono stati mossi in Italia durante il periodo del regime fascista unicamente perché l'indirizzo politico di quel regime era fatto di esaltazione della ro-

Purtroppo, è un fatto che la prevenzione contro i « romanisti » ed il loro « diritto romano » non si ferma agli studenti, la cui fresca intelligenza facilmente può essere ricondotta, dalla guida sicura di un accorto docente, a trarre fruttuoso godimento anche dalle indagini romanistiche. Essa, purtroppo, tende a salire e a dileguarsi tra gli stessi dogmatici del diritto moderno.

È già un bel po' di tempo — son già più di quarant'anni³ — che i cultori del diritto moderno e dei problemi generali del diritto seguono con sempre maggiore discontinuità e — perché non dirlo? — incomprendimento le nostre ricerche di storia dei dogmi giuridici romani. È già un po' di tempo che, forse, molti di loro, anche se non tutti, guardano al nostro lavoro come ad una fatica più da filologi che da giuristi; che molti di loro, quindi, si chiedono se, a leggere i nostri libri, a penetrare i sempre nuovi problemi che ci poniamo, il gioco valga poi la candela.

Le lodi, veramente, non mancano neanche ai romanisti, da parte dei così detti « dogmatici », loro colleghi di Facoltà giuridica. Ma sono espressioni di pura cortesia che non ci ingannano, anzi che ci dispiacciono. La lode è un po' per noi il suggello della incomprendimento di chi si sente troppo « in altre faccende affaccendato », per indursi a prestare orecchio alle nostre discussioni. Si è detto, ad esempio, da uno dei più geniali rappresentanti della moderna dogmatica giuridica, il Carnelutti⁴ che « adesso, con i loro scavi, i romanisti hanno sconvolto una delle zone più interessanti per la nostra osservazione e, purtroppo, il meno che costino questi stupendi lavori è che la zona diventi impraticabile agli altri finché non siano finiti »⁵.

manità. Ma se c'è molto di vero nella diagnosi di un generale allontanamento della cultura europea dall'antichità classica e quindi anche dagli studi romanistici (v. sul punto BETTI, *cit.* 127), non sottoscrivo l'idea di una crisi del diritto romano, neppure sul piano pratico. L'esperienza giuridica romana vive tutt'ora di una vitalità imponente: condivido, dunque, in pieno l'ottimismo manifestato quarantadue anni or sono dal FERRINI, *Lotte antiche e recenti contro il diritto romano*, ora in *Opere* 4 (Milano 1930) 413 s., e mi rafforza in esso la recente, forte indagine del DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *ADC.* 16 (1941-43) 1 s. (su cui v. GROSSO, *Rc.* a De Martino, in *SDHI.* 8 [1942] 322 s.), che viene a confermarlo.

³ Il primo avviso venne dato dal REGELSBERGER, in *Jherings Jahrb. für Dogm.* 41 (1900) 281 s. all'atto dell'entrata in vigore del BGB. tedesco.

⁴ *Metodologia del diritto* (Padova 1939) 43.

⁵ Il CARNELUTTI, che anche in campo storico dice di aver fatto le sue prove, non nega invero l'utilità della comparazione storica, ma ne prescinde perché (*cit.* 42 s.) « il vero è che anche nel campo della storia e della comparazione... le cose, di-

Ma allora è cosí. I giuristi moderni non si avvicineranno mai piú al nostro cantiere di lavoro, mai piú non ne varcheranno gli aperti cancelli, perché una cosa è indubitabile e indubitata: che i nostri lavori « di scavo » (sia pure), i nostri lavori, « stupendi » ma « sconvolgenti », mai non avranno fine. Perché se la Scienza è ricerca incessante del Vero irraggiungibile, e se la nostra è una scienza, mai essa potrà cessare di offrire al nostro spirito messe abbondante, sempre piú abbondante, di nuovi problemi da risolvere.

2. — Quel che vi è di vero, e forse anche di giusto, nella riluttanza della dogmatica moderna a tenere il debito conto dei risultati della scienza romanistica ed a collaborare con essa nell'approfondimento dei problemi del diritto, è che non pochi ostacoli sono frapposti dagli stessi romanisti a che gli studiosi del diritto moderno possano, senza necessità di soverchia preparazione erudita, prendere conoscenza dei nostri risultati e trarne quindi un reale giovamento per le loro ricerche. Ci si accusa di ermetismo, e si ha in un certo modo ragione perché non può negarsi che spesso il problema meramente filologico ci prenda e ci assorba totalmente, a tutto discapito della questione giuridica⁶. Chi non sia uso per

ceva il marchese Colombi, si fanno o non si fanno, vale a dire non bisogna farle a metà», e soggiunge: « a farle per intero, purtroppo, io non ci arrivo ». Giuste parole, che scoprono la piaga purulenta di tanti capitoli introduttivi di moderne, anche pregevolissime, ricerche, in cui le notizie storiche sono rimpolpettate con poco criterio e con moltissima confusione, rimanendo allo stato di notizie (non mancano le eccezioni lodevoli; cito fra i piú recenti MICHELI, *L'onere della prova* [Padova 1942] e AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* [Milano 1942]). Che poi il CARNELUTTI non arrivi a fare per intero le necessarie ricerche storiche e non arrivi, in particolare, nemmeno a seguire e ad utilizzare i molteplici dati elaborati dalla romanistica moderna, è una affermazione della cui sincerità, in considerazione delle stupende capacità di analisi e di sintesi di questo nostro luminoso giurista, io mi permetto di dubitare seriamente: tanto piú che, come si vedrà, posso riconoscere in lui uno dei precursori della critica storica che verrò svolgendo in questo lavoro.

⁶ A tale proposito il pensiero corre spontaneo agli estremismi del BESELER, nei cinque volumi dei suoi *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen 1910, 1911, 1913, 1920, Leipzig 1931) e nelle sue numerosissime *Wortmonographien*. Ma è doveroso aggiungere subito che in questi suoi contributi, che invadono tutti i settori della nostra materia, il Beseler, anche se con affermazioni estreme (perché troppo rigorosamente basate su criteri filologici), ha sempre dimostrato squisitezze di senso giuridico e penetrantissima sensibilità storica, tanto che può legittimamente dubitarsi se, senza i suoi finissimi studi, la scienza romanistica avrebbe raggiunto oggi lo stadio veramente avanzato in cui si trova. Anche la « caccia alle interpolazioni », denunciata dal LENEL (*Interpolationenjagd*, in *ZSS.* 45 [1925] 17 s.; v. *contra*

lunga esperienza a valutare le nostre affermazioni, chi non sia egli stesso un romanista, può trovarsi allora fortemente imbarazzato, se addirittura non corre il rischio di andare fuori strada⁷.

Bisogna augurarsi pertanto, — e non sono il primo a sostenerlo — che, nei limiti del possibile, i romanisti si sforzino anche un tantino di « porgere », per così dire, il metodo e i frutti delle loro indagini a chi non sia familiarizzato con la loro tecnica, si sforzino cioè di « attualizzare » il loro insegnamento e la loro esposizione⁸.

ALBERTARIO, *A proposito di Interpolationenjagd*, ora in *Studi di dir. romano* 5 [Milano 1937] 309 s.), è stata, dunque, di fondamentale importanza per lo sviluppo degli studi storici sul diritto romano: oggi essa tende ad esaurirsi, ma non certo ad essere superata. Col che non si vuol dire, peraltro, che abbiano molto servito contributi del genere di quelli del RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus* (Weimar 1925), né che abbiano giovato alla nostra fama esercitazioni del tipo di quella del PAMPALONI, *Divagazioni dantesche*, in *Studi Bonfante* 2 (Milano 1930) 253 s.

⁷ Un aspetto molto importante dei nostri problemi, che non è possibile discutere in questo breve scritto, è quello attinente alla valutazione critica delle interpolazioni, e più in generale ai fattori dell'evoluzione del diritto romano, dal periodo classico a Giustiniano. Contro la *communis opinio* (che mi pare sostanzialmente indiscutibile) di una decadenza subita dal diritto romano nel periodo postclassico, per effetto principalmente di influssi provinciali, si è posto dal 1914 il Riccobono, secondo il quale il diritto giustiniano sarebbe nuovo solo nella forma esteriore, sarebbe cioè « tutto il diritto romano per quanto rifuso e ricomposto nei suoi elementi costitutivi » (*Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis*, in *AUPA*. 12 [1928] 565; ma v. soprattutto la bella serie di scritti *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA*. 3-4 [1917] 165 s.). Rimando, per una informazione completa sull'argomento, ad ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del dir. romano giustiniano* 1 (Milano 1935) 83 s. (v. in particolare, dello stesso, *La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico*, ora in *Studi* 5 cit. 67 s.). Di vero vi è, a mio parere, nella dottrina del Riccobono e della sua scuola, la messa in guardia contro il pericolo di basare sulla scoperta di una alterazione testuale la presunzione assoluta di una riforma sostanziale del diritto romano (v. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*³ [Napoli 1942] 342 s.). Maggior cautela, dunque, ma senza tornare indietro su posizioni ormai superate da un pezzo (v. invece, in questo senso, il solitario scritto del KRETSCHMAR, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS*. 59 [1939] 102 s.).

⁸ In questi sensi, appunto, il KOSCHAKER, *cit.* 76 s., che peraltro non saprei seguire nella proposta di fare della lezione di diritto romano (« Hauptvorlesung ») addirittura la « dogmatische Darstellung der Hauptlehren der europäischen Privatrechtswissenschaft » (aderisce invece BETTI, *Istituzioni di diritto romano*² [Padova 1942] XV nt. 28). La lezione di diritto romano non può essere che lezione di diritto romano, ma la sensibilità del docente può, con opportune comparazioni e con adeguati rilievi di note differenziali, renderla più accettata, ed anche in certo senso più utile agli studenti. Quanto agli studiosi del diritto moderno, se è vero che son essi

Ma qui si ferma e deve fermarsi, almeno a mio parere, il compito nostro nei rapporti con la dogmatica moderna. Sarebbe illegittimo il nostro operato, e noi verremmo meno alle finalità stesse della nostra scienza, se ci sforzassimo di applicare — come è stato proposto⁹ — le categorie dogmatiche moderne alla materia del diritto romano, o se anche

che devono venire a noi romanisti, è pure augurabile che noi romanisti facilitiamo loro la strada, adoperando, per quanto ci sia possibile, un linguaggio a loro familiare: il che deve essere tanto più agevole, in quanto non vi è vero studioso del diritto romano, credo, il quale possa permettersi di ignorare il diritto moderno e tutti i suoi problemi.

⁹ È l'indirizzo propugnato dal BETTI, di cui v. da ultimo *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*, in *T.* 15 (1937) 137 s., nonché la prefazione alle *Istituzioni* cit., ma il cui programma fu enunciato nella prolusione *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG.* 99 (1928) 129 s., 100 (1928) 26 s. Ma v. *contra*, con opportunissime considerazioni, DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi Riccobono* 1 (Palermo 1936) 1 s. e, da ultimo, GORLA, *L'interpretazione del diritto* (Milano 1941) 511 (cui risponde ancora il BETTI, in *Istituzioni* cit., prefazione). Il Betti — le cui altissime qualità e prestazioni di storico sono, naturalmente, fuor di discussione — non nega la ricerca storica sulle fonti del diritto romano, ma la ritiene un presupposto dell'inquadramento sistematico del materiale secondo criteri di dogmatica moderna, perché « una determinazione storica astrattamente oggettiva, nella quale ci si possa disfare della nostra mentalità di giuristi moderni, è un'utopia gnoseologicamente assurda » (*Istituzioni* cit. VIII s.). Indugiarsi nella critica di questa concezione metodologica sarebbe qui fuor di luogo. Mi basti rilevare: 1) che il Betti confonde, a mio modestissimo avviso, il compito dello storico del diritto con quello del giurista: ma lo storico del diritto è giurista soltanto in quanto la sua cultura giuridica deve servirgli per meglio approfondire e valutare le concezioni dogmatiche del passato, né gli è lecito « mettere a fuoco » un periodo o una fase dell'evoluzione che rappresenta (nella specie, il diritto romano classico) a scapito della rappresentazione e della valutazione di tutto il processo storico che ha il compito di ricostruire; 2) che con il suo metodo di inquadramento della materia romanistica il Betti, più che « deformare » (il che potrebbe anche ritenersi legittimo: v. *Istituzioni* cit. X) ai fini ricostruttivi il diritto romano, lo « falsa », o perlomeno lo considera e lo prospetta parzialmente, quindi imperfettamente. Il Betti accusa i suoi avversari di « atomismo » giuridico (v. *Istituzioni* cit. VII nt. 3), ma i suoi avversari potrebbero ben a ragione accusarlo, se si contentassero di leggere le prefazioni alle sue *Istituzioni* ed al suo *Diritto romano* 1 (Padova 1935), di atomismo storico: in pratica, quando si passa alla lettura di queste due magnifiche opere, si vede subito che il Betti non si discosta di molto da quelle che sono le prospettive storiche correnti, salvo che per tentare qua e là degli inquadramenti dogmatici, del cui valore relativo è egli stesso il primo a fare avvertito il lettore (si veda, ad esempio, quanto alla equiparazione tra gli editti pretori ed i regolamenti moderni, il complesso di limitazioni subito posto a pag. 24 nt. 20). La verità è, insomma, sempre a mio sommo avviso, che il Betti assegna inesattamente al romanista un compito che non è e non deve essere suo, ma che deve incombere

solo volessimo — come altri han sostenuto¹⁰ — giustificare le nostre indagini in funzione di quella « scienza del diritto » che, secondo si dice¹¹, ha lo scopo di trarre dall'analisi obbiettiva dei fenomeni giuridici la formulazione di concetti e princípi teoretici costanti, valevoli per ogni ordinamento positivo¹².

al giurista moderno, per i suoi ulteriori fini dogmatici. Questi stessi appunti possono muoversi, se non vado errato, anche alla difesa che dell'indirizzo del Betti tenta il GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano* (Torino 1940) 37 nt.: indiscutibilmente è una « esigenza di giuristi » che ci muove allo studio storico del diritto romano, ma in questo studio noi siamo e dobbiamo essere anzitutto e sopra tutto storici, al fine di penetrare la *forma mentis* dei giuristi romani quale essa veramente fu: se e quando si passi ad una valutazione dogmatica dei risultati acquisiti, a me pare che non si compia piú opera di storico e che perciò il nostro compito di « romanisti » sia esaurito.

¹⁰ PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Ann. Macerata* 15 (1941) estr. (su cui v. la R. adesiva del CARNELUTTI in *RDP-C.* 20 [1943] 1.79 s.). Per il Pugliese, « l'utilità degli studi storici in materia di diritto consiste nel contributo fondamentale che essi possono recare alla conoscenza del fenomeno giuridico nella sua complessa essenza; pertanto lo scopo ultimo che si devono proporre gli storici, è quello di collaborare in tal senso con gli scienziati del diritto » (*cit.* 11) e pertanto « i romanisti devono anzitutto sperimentare la validità dei concetti e dei princípi elaborati sulla base dei diritti moderni: essi devono inoltre isolare nel fenomeno studiato quegli elementi, che possono servire alla scoperta di concetti o princípi universali... devono considerarsi anch'essi scienziati del diritto e collaborare al progresso della scienza nel particolare campo che si sono prescelto » (*cit.* 47 s.). Anche questa concezione mi sembra, come quella del Betti (*retro* nt. 9), unilaterale ed impropria: unilaterale, se si pensa che compito dei romanisti può e deve essere anche quello di coltivare terreni improduttivi per la scienza del diritto; impropria, se si pensa che, sperimentando anzitutto la validità di concetti e princípi elaborati sulla base dei diritti moderni, il romanista verrebbe a limitare *a priori* il suo campo di indagine e la sua libertà nell'indagarlo. Anche la tesi del Pugliese si risolve, almeno secondo me, in atomismo storico; anche il Pugliese, come il Betti, assegna al romanista un compito che non è il suo, nella specie quello di « scienziato del diritto ».

¹¹ Per indicazioni bibliografiche, v. *infra* nt. 29.

¹² Nel senso da me sostenuto, v. CARRELLI, *A proposito di crisi del diritto romano*, in *SDHI.* 9 (1943) 1 s., il quale ben mette in luce che tutti i recenti tentativi di assegnare compiti straripanti allo studio del diritto romano sorgono da un equivoco: quello della esistenza di una crisi del diritto romano e della scienza romanistica. Non sarà, tuttavia, mai abbastanza ripetuto che le questioni di metodo che oggi con tanta passione si agitano non portano all'atto pratico, alla discrepanza di risultati che si potrebbe temere: tutti gli indirizzi metodici si conciliano in una univocità di risultati, che è la piú bella prova della vitalità della nostra scienza.

Ben lungi dal credere alla necessità o alla opportunità di una commistione dei dogmi giuridici romani con quelli moderni, io tengo invece per fermo che l'attività di noi romanisti deve più che mai volgersi — secondo che è anche corretto criterio scientifico — ad « isolare » i dati dell'esperienza giuridica romana da quelli di ogni altra esperienza giuridica passata e presente, ed a « trattare », valutare e sistemare i primi con i mezzi e negli schemi che più appaiono propri a questo scopo. Al diritto romano deve corrispondere, insomma, solo ed esclusivamente la dogmatica giuridica romana, e nella ricostruzione di questa deve esaurirsi il compito dei romanisti¹³, in quanto tali¹⁴.

Con la quale formulazione — sia subito aggiunto, a scanso di ogni equivoco — io non credo di contraddire alle premesse, di venire a negare cioè l'apporto rilevantissimo che la conoscenza del mondo giuridico romano indubitabilmente fornisce alla conoscenza del mondo giuridico moderno, specie nei punti, ancora numerosissimi, in cui questo è una derivazione diretta o mediata di quello. Io affermo soltanto che da parte nostra, di noi romanisti, bisogna continuare a profittare, non incomin-

¹³ Così, giustamente, il DE FRANCISCI, nello scritto cit. *retro* nt. 7. Si avverta che la stessa dogmatica giuridica romana, che è scopo del romanista di ricostruire, non può e non deve essere unica, ma deve mutarsi e rinnovarsi in relazione ad ogni singola fase che, per ciascun settore degli studi romanistici, la ricerca storica è in grado di fissare. È questa ricostruzione dogmatica nell'ambito dei vari periodi della storia giuridica romana il compito maggiore, io credo, della romanistica contemporanea.

¹⁴ Che poi il romanista si sforzi di contribuire, con la sua ricerca storica, anche alla soluzione di problemi dogmatici moderni, è cosa lodevole, purché la sua ricerca storica non sia in funzione della discussione dogmatica, non ne sia cioè influenzata, ma sia rispetto ad essa assolutamente indipendente. Il distacco tra diritto classico e diritto moderno, cui accenna BIONDI, *Prospettive romanistiche*, in *Pubbl. Univ. Cattolica* 2.37.58 s., non deve spaventare (v. invece BETTI, *Istituzioni* cit. XI nt. 12), perché esso può servire alla critica dei dogmi giuridici moderni molto meglio di una impostazione dogmatica aprioristica, che non potrà mai essere tanto « animata da un vivo intimo senso della tradizione giuridica », da far sí che lo storico del diritto romano, anziché mettersi « in grado di intendere e di giustificare nella loro storica continuità le successive fasi e le gradualí conquiste di questa tradizione, che muove da Roma e che, attraverso il diritto giustiniano e comune, continua in noi » (cito ancora parole del BETTI, *cit.* X), faccia di quella aberrante « storia ideale » degli istituti e dei dogmi, che è stata tanto malaccortamente propugnata ed applicata, di recente, dall'ALLORIO (*Il giuramento della parte* [Milano 1937]), e *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *RDPrC.* [1938] 1. 185 s.; v. *contra*, con opportunissime considerazioni, SATTA, *Storia e pubblicizzazione del processo*, ora in *Teoria e pratica del processo* [Roma 1940]).

ciare tardivamente a dolersi del fatto che con la entrata in vigore del Codice civile dell'Impero tedesco sia venuta a cessare ogni relazione di interdipendenza, per dir cosí, « positiva » tra diritto romano e moderni diritti europei¹⁵. E bisogna profittarne per riesaminare obbiettivamente, senza piú obbligo di adattamenti e di compromessi, tutta la materia romanistica, per ritrovare il « vero » diritto romano, nei suoi veri dogmi e nella reale evoluzione subíta dai suoi istituti¹⁶.

Quando in questa direzione si lavori, i risultati non potranno non apparire rilevanti, e grande sarà il giovamento che, in piú di un suo capitolo, potrà trarne la dogmatica giuridica moderna. Questa dovrà operare, nei riguardi del diritto romano e della scienza del diritto romano, con i criteri ortodossi della comparazione giuridica, perché non può dubitarsi che la comparazione possa essere esercitata non solo in rapporto allo spazio, ma anche, e con maggior profitto, in rapporto al tempo¹⁷; ed il diritto romano, nel suo sviluppo plurisecolare, che non è fatto soltanto di luci, ma anche di ombre, che non è solo di ascesa, ma anche di decadenza, è il campo piú fertile e vasto che s'offra all'esercizio di una sana e fruttuosa fatica di comparazione¹⁸.

¹⁵ Per qualche residuo e trascurabile campo (extraeuropeo) di applicazione diretta del diritto romano, v. KOSCHAKER, *Krise* cit. 16 s.

¹⁶ Cosí già FERRINI, nello scritto citato *retro* nt. 2.

¹⁷ Ben lo riconosce il CARNELUTTI, *Metodologia* cit. 42 il quale parla di « comparazione esterna », nel senso di « comparazione dei fenomeni appartenenti a un dato ordine giuridico con quelli relativi a ordini giuridici diversi, esistenti o esistenti nel tempo e nello spazio », e la dichiara non meno utile della « comparazione interna » (che è la « comparazione dei fenomeni appartenenti ai vari settori di un medesimo ordine giuridico »). Una chiara percezione della utilità concreta della comparazione storica e, nel contempo, una pratica visione dei mezzi mediante cui essa può essere fruttuosamente operata, ha dimostrato da gran tempo il GALGANO, *Per un Istituto di Studi Legislativi*, in *Ann. dir. comp.* 1 (1927) 14: « Potrà il costituendo organismo contribuire a dare impulso a tali studi? Se potesse, non solo forse il diritto intermedio si avvierebbe a riacquistare il suo posto tra le fonti piú ricche di insegnamenti per il moderno legislatore, ma anche lo stesso diritto romano, del quale la considerazione nella preparazione delle riforme è venuta sempre piú diminuendo e quasi scomparendo, e che invece, organicamente rappresentato nella sua secolare e prodigiosa evoluzione, dovrebbe esserne almeno per tanta parte uno dei punti di partenza e dei mezzi di controllo piú sicuri ».

¹⁸ Il presupposto fondamentale di quest'opera di comparazione è proprio l'« isolamento » dell'esperienza giuridica romana rispetto ad ogni altra esperienza giuridica, ed in particolar modo rispetto all'esperienza giuridica moderna. Ciò dato, i casi sono tre: 1) o la ricerca storica avrà chiarito la sostanziale diversità, almeno in certe epoche, di questi o quei dogmi giuridici romani da corrispondenti dogmi giuridici

Ed affinché queste mie parole non rimangano il vuoto enunciato di una tesi, di cui possa parer difficile fornire una dimostrazione adeguata, mi sforzerò senz'altro — nei limiti delle mie forze — di dare una prova del mio assunto.

Io cercherò di dimostrare come e qualmente una analisi obbiettiva e indipendente del problema dogmatico e del problema storico del « diritto singolare », rispettivamente nel mondo giuridico moderno e nell'evoluzione giuridica romana, possano portare a risultati che si completano e si sorreggono a vicenda per la risoluzione di questioni vecchie « per antico pelo »¹⁹.

3. — Io penso che sia bastato enunciare il tema di questa mia conversazione, perché il pensiero di ognuno sia riandato incontanente alla famosa definizione che del *ius singulare* ci fornisce un frammento paolino dei Digesti²⁰: « *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* ». Definizione famosa, che impera ancor oggi, più o meno apertamente, in tutte le ricerche che la dogmatica moderna e la stessa scienza del diritto

moderni, ed allora si potrà tener conto di quelli per il miglioramento o il chiarimento di questi; 2) o la ricerca storica avrà messo in luce il vero significato e l'effettiva evoluzione che ebbero, nel corso del diritto romano, dogmi giuridici ancor oggi sussistenti, ed allora potrà farsi opera di chiarificazione, di approfondimento, di eliminazione di errori; 3) o, infine, la ricerca storica appurerà che certi dogmi giuridici accolti dai diritti moderni mai non esistettero nel diritto romano, o vi rappresentarono il frutto di involuzioni tarde e decadenti, ed allora potrà persino determinarsi il definitivo abbandono di quei dogmi da parte della scienza moderna, per essere venuto meno il peso della tradizione, dalla quale, anche se inconsciamente, ancora sono soggiogati i giuristi del nuovo diritto.

¹⁹ La tesi principale di queste mie note — carattere non classico della dottrina romana del *ius singulare* — è stata già dichiarata in più d'uno dei miei scritti, da alcuni anni a questa parte, ed è stata ampiamente trattata in una memoria dal titolo *Ius singulare*, letta all'Accademia di Scienze morali e politiche della Società Reale di Napoli nel 1940, che avrebbe dovuto essere pubblicata negli *Atti* di quell'Accademia. Vari miei articoli, in cui, relativamente a questo o a quel lato dell'argomento, ho cercato di fornire la prova della mia tesi, verranno richiamati nei luoghi opportuni. Le *Note preliminari sul « ius singulare »* (Napoli 1939), citate e criticate *a priori* dal DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*⁴ (Milano 1942) 27 nt. 1, erano la pura e semplice enunciazione, in edizione provvisoria e fuori commercio, della mia tesi. Pur avendone fatto ricerca, non ho ancora potuto vedere, alla data di licenziamento delle bozze (agosto 1943) l'annunciato volume dell'AMBROSINO (Milano 1940) sul tema.

²⁰ D. 1.3.16 (Paul. *sing. de iure singulari*).

hanno dedicato al nostro problema²¹. Essa imposta una contrapposizione tra norme giuridiche « comuni » e norme giuridiche « singolari » o « eccezionali » e la riporta, a prescindere da altri suoi elementi, al con-

²¹ Per le teorie proposte, v. *infra* n. 4-6 e note relative. Qui farò qualche citazione di opere generali, per dimostrare l'impaccio della dottrina rispetto alla definizione romana del *ius singulare* e le varietà singolari di formulazione. COVIELLO N., *Manuale di dir. civile, Parte generale*⁴ (Milano 1929) 16 s., distingue la norma di diritto comune da quella di diritto eccezionale (intesa come norma che « devia da principi fondamentali, ossia contraddice alle conseguenze che da questi deriverebbero, perché si riferisce a rapporti di vita che si allontanano anch'essi dai normali »); altra distinzione è quella tra norme di diritto comune e norme di diritto speciale, la differenza delle quali ultime rispetto alle norme eccezionali « si è affermata, ma non dimostrata » (formulazioni quasi letteralmente riprodotte da SCUTO, *Istituzioni di diritto privato* 1³ [Napoli 1941] 31 s.). Accettano in pieno l'insegnamento paolino molti autori, fra cui il DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*⁶ (Messina 1932) 1.50 s., che distingue tra diritto normale (o regolare, o comune, o generale) e diritto singolare (o anomalo, o speciale, o eccezionale), definendo quest'ultimo come « un diritto in cui la *ratio iuris*, ossia i principi fondamentali del diritto, non vengono applicati in tutte le logiche conseguenze, e ciò in vista di una particolare *utilitas* che consiglia la deviazione » (così pure DE RUGGIERO - MAROI, *Istituzioni di diritto privato*⁵ [Messina 1942] 15 s.; PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile* 1² [Milano 1935] 93 s.; MARTINEZ, *Principi di diritto civile italiano. Parte generale* [Napoli 1936] 20 s.; MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*⁵ [Padova 1942] 18). Nello stesso ordine di idee, ma diversificando il diritto speciale dal diritto singolare: PACCHIONI, *Diritto civile italiano* (Padova 1937) 11 s.; AZZARITI - MARTINEZ - AZZARITI, *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice* 1 (Napoli 1940) 22 s.; DUSI, *Istituzioni di diritto civile* 1² (Torino 1930) 37; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile* (Milano 1942) 13 s. Per il RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*² (Padova 1938) 26 s., il diritto eccezionale « si ha tutte le volte che per determinate circostanze, o per gruppi di persone, o località, o tempi, si stabiliscono delle norme particolari, diverse da quelle norme comuni che altrimenti si dovrebbero applicare ». Questa formulazione coglie perfettamente, secondo me, il vero concetto delle norme eccezionali (v. *infra* n. 7), salvo che, poco conseguentemente, il Ravà aggiunge subito che « analogo è il concetto romano del *ius singulare* », e spiega che « la caratteristica del diritto eccezionale sta in ciò, che la norma di diritto singolare o eccezionale non è un'applicazione di generali criteri giuridici ad una condizione particolare (come è il caso del diritto speciale), ma una vera deviazione dai generali principi del diritto, suggerita solo da una particolare esigenza od utilità »: col che la definizione paolina, da cui il chiaro autore aveva inizialmente prescisso, torna a imperare e, secondo me, ad intorbidare il concetto del diritto singolare. Per la dottrina tedesca, v. per tutti ENNECCERUS - NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*¹³ (Marburg 1931) 193 s., ove pure si definisce il diritto sulla falsariga della definizione di Paolo, distinguendolo dal diritto speciale, ma si aggiunge: a) « innerhalb des engeren Prinzips, das dem singulären Rechtssatz zugrunde liegt, ist aber Analogie gestattet »; b) « ferner kann die Bildung eines

trapposto logico tra regola ed eccezione: regola il diritto comune, eccezione il diritto singolare²².

Il valore pratico dell'antitesi così formulata apparirebbe da altri frammenti dei Digesti²³, principalmente da un altro passo di Paolo²⁴, ove si legge: « *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* ». In corrispondenza di questa formulazione, cui si ricollega tradizionalmente il significato di un divieto dell'analogia²⁵, stabilisce l'art. 14 delle nostre Preleggi²⁶ che le norme « che

zunächst singulären Rechtssatzes die Abänderung oder Aufhebung des früheren Prinzips anbahnen »: col che si viene a togliere, io credo, ogni rilievo pratico alla categoria del diritto singolare.

²² Non può discutersi che questa sia la interpretazione rigorosa, l'unica possibile della definizione paolina: v. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (tr. ital. di FADDA e BENZA, ristampa, Torino 1930) 184 («Regolare è quel diritto, che è conforme ai principi riconosciuti nel diritto; quando il diritto, per speciali motivi, contraddice a questi principi, sorge il diritto eccezionale»). Per altre definizioni meno rigorose, v. *infra* n. 9 e note relative. Qui è da notare, in linea generale, che la Pandettistica, presa fra la regola della indeducibilità a conseguenze del diritto singolare e la realtà, per cui risulta che le norme di diritto singolare furono sempre applicate per analogia, ha cercato di sfuggire al dilemma in due modi: o interpretando meno rigorosamente la definizione paolina, o (così il WINDSCHEID, *cit.*) interpretando meno rigorosamente il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* (il diritto eccezionale « non deve essere portato al di là dell'intendimento vero della disposizione»). Questa seconda via è quella prescelta dalla moderna dottrina civilistica tedesca (v. ENNECERUS-NIPPERDEY, *cit. retro* nt. 21), la quale non è impastoiata da una disposizione analoga a quella dell'art. 14 delle nostre Preleggi.

²³ Oltre al frammento di Paolo riportato nel testo, si sogliono addurre i seguenti passi: D. 1.3.15 (Iul. 27 dig.): *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*; D. 50.17.162 (Paul. 70 ad ed.): *Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*. Su questi frammenti v., rispettivamente, *infra* n. 20 e nt. 247.

²⁴ D. 1.3.14 = 50.17.141 pr. (Paul. 54 ad ed.), su cui *infra* n. 18 e 19.

²⁵ Il punto è pacifico, salvo che per coloro i quali, sulle tracce del WINDSCHEID (*cit. retro* nt. 22), cercano di interpretare la regola in modo da renderla praticamente innocua: v. sul punto ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, in *Ann. Macerata* 11-13 (Padova 1938-1939) estr. 190 s. Si osservi che dire, col WINDSCHEID, che « il diritto singolare non deve essere portato al di là dell'intendimento vero della disposizione » significa illudersi di aver potuto aggirare con una formulazione cauta il divieto di analogia: ma una disposizione che sia portata al di là del suo « intendimento vero » viene appunto applicata per analogia, dimodoché anche la formulazione del WINDSCHEID importa, implicitamente, che la non deducibilità *ad consequentias* significa la non riducibilità di una norma ai suoi principi al fine della regolamentazione di una fattispecie da essa non considerata.

²⁶ V. già art. 4 disp. prel. cod. civ. 1865: « Le leggi penali e quelle che

fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati »²⁷, non possono cioè andar soggette ad applicazione analogica²⁸.

restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi ». Per piú lontani precedenti, v. art. 8 tit. prel. cod. Due Sicilie, art. 6 tit. prel. cod. Estense. La norma è ignota tanto al *Code civil* quanto al *BGB*. In base alla formulazione dell'art. 4 si discuteva, sotto l'impero del codice abrogato, se fosse vietata la sola integrazione analogica o anche l'interpretazione estensiva (quest'ultima opinione si basava sui termini: « casi e tempi in esse espressi » e « non si estendono »). La questione può dirsi risolta dal nuovo codice: v. *infra* nt. successiva.

²⁷ Il divieto di applicazione analogica si estende anche alle norme penali e alle norme corporative (in ordine a quest'ultime esso è stato formulato nella edizione definitiva del nuovo codice civile, mentre mancava nel testo separato del libro I). Gioverà qui riportare il testo degli artt. 13 e 14 disp. sulla legge in generale. Art. 13 (*Esclusione dell'applicazione analogica delle norme corporative*): « Le norme corporative non possono essere applicate a casi simili o a materie analoghe a quelli da esse contemplati ». Art. 14 (*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*): « Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati ». Tre ordini di rilievo possono farsi a questo proposito: 1) che il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali è stato mantenuto (e chiarito come divieto della pura analogia: v. nt. 26), ad onta della opposizione di alcuni membri della Commissione parlamentare di esame del progetto definitivo, cui parve che « la disposizione avesse una scarsa utilità, soverchiata dalle questioni che fa sorgere » e che « si può escludere l'applicazione analogica, senza bisogno di ricorrere all'art. 4 (oggi 14), sulla base dell'art. 3 (oggi 12), quando dal testo della legge e dai suoi motivi si può riconoscere che si tratta di una legge speciale che, secondo la volontà del legislatore, non può estendersi a regolare altri rapporti giuridici all'infuori di quelli espressi » (*Relaz. Comm. parlam.* 728); 2) che la formulazione dell'art. 13 è indubbiamente migliore di quella dell'art. 14 per significare il divieto di applicazione analogica, e che in ogni caso la diversità di formulazione dei due articoli è deprecabile; 3) che la dottrina penalistica ritiene, nella sua grande maggioranza, che il divieto di analogia per le norme penali vada riferito alle sole norme penali cosí dette « incriminatrici », ma non sono mancate, secondo me a ragione, forti voci in contrario (v. principalmente TESAURO, *L'applicazione analogica della legge penale*, in *Riv. dir. Penit.* 1935, 447, PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale* [Roma 1942] 95 s.). Per una completa informazione sul punto, v. da ultimo VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale* (Milano 1942) 32 s., le cui opinioni, peraltro, non condivido: v. infatti GUARINO, *Rc.* a Vassalli, in *Ann. dir. comp.* 17 (1943) 83 ss.

²⁸ Dottrina ormai pacifica. Un punto da discutere è, tuttavia, se all'intenzione del legislatore, che vuole esclusa la pura applicazione analogica, ciò possa corrispondere in pratica, o se sia inevitabile che l'applicazione analogica si identifichi con l'interpretazione estensiva. V. in proposito *infra* n. 8 nt. 73.

Senonché, vien fatto di domandarsi, a questo punto, quali siano mai i criteri per stabilire che una norma giuridica, espressa o inespressa, ha carattere di regola nei confronti di un'altra, la quale rispetto alla prima ha invece carattere di « eccezione »; ed ancora, perché, in che senso, per quali mai ragioni teoriche o esigenze pratiche le norme eccezionali non possono essere sottoposte, come tutte le altre, al procedimento integrativo dell'analogia.

Queste sono, in brevi parole, le più essenziali questioni, che, coerentemente ai nostri propositi, dobbiamo cercare di analizzare sul piano dogmatico, prima che su quello storico, con assoluta indipendenza della prima dalla seconda ricerca.

4. — Un primo punto da mettere in chiaro è che, ammessa la legittimità di una « scienza del diritto », avulsa da ogni concreta e positiva sistematica di norme²⁹, si rivela impossibile, alla luce di essa, la formulazione di un concetto teoretico del diritto singolare, distinto ed antitetico rispetto al concetto del diritto comune³⁰.

Sul piano scientifico, le norme giuridiche altrimenti non possono definirsi che come estrinsecazioni di concetti logici; e, come tali, esse possono essere tutte sottoposte a quel procedimento logico di « riduzione » a princípi generali, espressi o inespressi, in cui si sostanzia l'analogia³¹. Una distinzione ontologica tra le norme giuridiche, a seconda che ammettano o non ammettano la riduzione a princípi generali, viene pertanto ad essere esclusa in partenza³². Tanto è vero che un autore

²⁹ Sul punto, variamente, BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto* (Torino 1934), CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (Milano 1937), LEONI, *Il problema della scienza giuridica* (Torino 1941), GUELI, *Diritto singolare e sistema giuridico* (Milano 1942) 13 s. Non è questo il luogo per discutere o per deliberare il problema della scienza del diritto: basti accettare come legittima l'esigenza di pensiero che vi sta a fondamento.

³⁰ V. sul punto GUARINO, *Rc.* a Gueli, in *Ann. dir. comp.* 17 (1943) 413 ss.

³¹ Sui caratteri dell'integrazione analogica v. le lucide pagine del CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile* 1 (Padova 1936) 112 s. (ove opportunamente si distingue tra autointegrazione ed eterointegrazione). V. anche, da ultimo, con maggiori precisazioni: GIANNINI M. S., *L'analogia giuridica*, in *Jus* 2 (1941) 519 s. (specialm. 525 s.) e 3 (1942) 41 s. (specialm. 72 s.), GUELI, *Diritto singolare* cit. 52 s. (specialm. 57 s.). V. anche, circa la differenza tra interpretazione estensiva e analogia, *infra* nt. 73.

³² Che teoricamente le norme giuridiche possano essere tutte sottoposte al procedimento di riduzione a princípi, mi pare un punto indiscutibile, molto felice-

recente³³, per salvare il concetto teoretico del diritto singolare³⁴, ha dovuto ricorrere all'espedito di dire che, razionalmente parlando, norme singolari son quelle di cui gli ordinamenti positivi vietano l'applicazione analogica³⁵. Teoria indubbiamente poco felice e affatto improduttiva, che è inutile indugiarsi a criticare³⁶.

mente e convincentemente ribadito dal GUELI, *cit.* 57 s. Il punto non è contestato dal BOBBIO, *Analogia cit.* 171 s., il quale mette in rilievo che l'analogia incontra soltanto dei limiti di fatto, il che si verifica quando la *ratio* di una determinata norma è così specificata, da rendere assolutamente improbabile che si verifichino in pratica fattispecie simili a quelle considerate dalla norma stessa. Secondo il GIANNINI, *Analogia cit.* 43 s. e 74 s., talvolta la mancanza del presupposto logico della estensione deriva proprio dalla natura della norma, donde egli ricava la regola che « potranno estendersi per analogia le norme che per il loro contenuto possono ricondursi ad un principio »: tali non sono, oltre alle norme che stabiliscono esse stesse un principio (es.: art. 1151 c.c. 1865 = 2043 c.c. vigente), le norme a fattispecie vaghe o indeterminate (es.: art. 1, n. 1 e 8, R.D. 14 novembre 1901 n. 466, sulle attribuzioni del Consiglio dei Ministri: deliberazioni di ordine pubblico e di alta amministrazione, deliberazioni relative ai conflitti tra i ministri) e soprattutto le « norme esclusive » o « norme a fattispecie esclusiva », le quali racchiudono « qualificazioni giuridiche esclusive di situazioni di fatto (astratte) esclusive, e quindi determinazioni di effetti esclusive » (es.: alcune norme sulla forma di certi atti e documenti, quali il testamento o la cambiale; norme organizzatorie e sulla competenza; norme « a carattere singolare, in senso assoluto », quali le esenzioni tributarie a titolo personale o le concessioni di pensioni di grazia). Ma la categoria delle norme esclusive, che il Giannini ha con tanto impegno e con tanta ingegnosità formulata, mi pare, in verità, frutto di un sofisma, mediante il quale si cerca di dare una giustificazione teorica astratta ad un fenomeno che può spiegarsi solo in maniera concreta, e cioè nel modo indicato dal Bobbio. Che poi le norme eccezionali non siano sempre norme esclusive e che anch'esse ammettano la integrazione analogica, cioè la riduzione a principi, è una affermazione del Giannini che mi trova consenziente (salva la riserva sulla stessa qualificabilità delle norme giuridiche come « eccezionali »).

³³ GUELI, *Diritto singolare cit.* 99 s. e specialm. 102 s.: il diritto singolare consiste 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 ».

³⁴ È in ciò — tengo a rilevarlo ancora una volta, per l'importanza che ha ai fini della dimostrazione storica — si dimostra la verità dell'affermazione che la definizione paolina domina ancora oggi la mente di chi si pone alla ricerca del concetto del diritto singolare.

³⁵ L'ANDRIOLI, *Codice di procedura civile e leggi processuali speciali*, in *FI.* 67 (1942) 4.45 nt. 1, giudica la teoria del Gueli un « interessante capovolgimento della tesi tradizionale ».

³⁶ Rimando alle osservazioni contenute nella mia recensione *cit. retro* nt. 31.

Quel che importa di mettere in rilievo è che la distinzione tra norme comuni e norme eccezionali è proprio solo un dato degli ordinamenti giuridici positivi, in particolare di quello italiano³⁷, e che pertanto essa va osservata e studiata sul terreno della dogmatica giuridica.

Il problema del diritto singolare è, dunque, nella ricerca della « qualifica » di una norma, naturalmente espressa³⁸, che si abbia sott'occhio: qualifica che porti a concludere che la norma è eccezionale, quindi inapplicabile per analogia³⁹. Se la norma dichiara esplicitamente il proprio carattere di eccezione ad altra norma o a principi generali, il problema è risolto *in limine*⁴⁰. Se, come più spesso avviene, la norma taccia in proposito, vien fatto di domandarsi perché mai essa non possa soggiacere alla regola generale, che è — nell'ordinamento positivo vigente⁴¹ — quella della analogia.

³⁷ V. *retro* nt. 26-28.

³⁸ Un equivoco in cui incorre, a mio avviso, il GUELI, *cit.* 48 s., è quello di ritenere che il caso veramente difficile, e nel contempo il caso più frequente, in cui sorge il problema del diritto singolare è che delle due norme di cui bisogna accertare la contrapposizione una soltanto sia espressa, ed in particolare sia inespressa la norma singolare. Ma in tal caso io credo che il problema del diritto singolare non sorga neppure: la norma eccezionale deve essere sempre espressa e deve portare già con sé elementi di qualificazione tali che inducano a subordinarla ad altre norme o principi, anziché a disporla accanto alle norme giuridiche comuni. Il vero e solo problema è, come tendo a mettere in rilievo nel testo, quello di accertare la qualifica « derogatoria » della norma, per poter concludere, eventualmente, che la norma non può essere applicata per analogia: ed è un problema (a parte l'opportunità o meno del divieto di analogia per le norme eccezionali) che non può risolversi altrimenti che ricorrendo ad un criterio quantitativo.

³⁹ Il problema della « qualifica » delle norme corporative e delle norme penali è invece risolto *ab initio* dalla stessa natura di queste norme: a meno che, per le norme penali, non si voglia aderire alla poco convincente illazione del VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* *cit.* 65 s., il quale ritiene che anche nell'ambito loro (e più precisamente nell'ambito delle norme penali non incriminatrici) debba farsi distinzione tra norme comuni e norme eccezionali.

⁴⁰ Questo era l'unico caso che avessero in mente quei membri della Commissione parlamentare (v. *retro* nt. 2), i quali si opponevano alla riproduzione dell'art. 4 cod. civ. 1865 nel nuovo cod. civ.; ma, in verità, è il caso meno frequente, così come non molto frequente è il caso di una norma che dichiara espressamente di non dover essere applicata per analogia.

⁴¹ Giustamente afferma il GUELI, *Diritto singolare* *cit.* 60 s., che il procedimento dell'analogia, portando a risultati di mera probabilità logica (non a risultati di certezza, quali li esige il diritto), deve essere esplicitamente autorizzato in ogni ordinamento positivo. Diversamente BOBBIO, *Analogia* *cit.* 87 s. e 100 s., secondo

5. — Molte e molte teorie divergenti sono state finora formulate, per l'identificazione del carattere eccezionale di una norma. Io ve le risparmio⁴². Mi basti osservare che — salvo qualche eccezione, di cui parleremo più diffusamente fra poco — esse sono tutte imperniate, sia pure in diverso modo, sulla definizione paolina del *ius singulare*: definizione che — mi si conceda di dirlo — parlando (come si parla) di una « contrarietà » al *tenor rationis*, non chiarisce un bel nulla, per l'ottimo motivo che non spiega qual sia il *tenor rationis*, la *ratio*, la ragion efficiente del diritto comune, e come si faccia per identificare quest'ultimo.

Non si può dire — come si usa — che la qualifica della norma eccezionale è data dalla sua qualità di eccezione, perché con ciò si involge una petizione di principio⁴³. Né si può credere di risolvere il problema affermando⁴⁴ che la norma di diritto singolare è, bensì, quella che regola in modo diverso da un'altra norma una data fattispecie, « ma, bisogna aggiungere, in forma derogatoria, cioè in modo che, se essa non fosse

cui l'analogia sarebbe un « ragionamento formalmente valido e sostanzialmente certo » tanto nella logica quanto nel diritto (v. le opportune critiche a questa concezione in GUELI, *cit.* 61 nt. 14).

⁴² Ampia esposizione in COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale* 1 (Modena 1915). Altre citazioni *retro* nt. 21. Aggiungo BOBBIO, *Analogia* cit. 163 s.; GIANNINI, *Analogia* cit. 64 s.; GUELI, *cit. passim*; VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* cit. 6 s.

⁴³ Nota giustamente il GUELI, *Diritto singolare* cit. 45, che una concezione eclettica fra le teorie qualitative e le teorie quantitative rappresenta la dottrina del COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare* cit. 78 s. (cui aderiscono senza riserve FERRARA F., *Trattato di diritto civile* 1 [Roma 1921] 87, VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* cit. 8 s.). Secondo il citato autore, tra norme giuridiche più ampie e norme giuridiche meno ampie (rispetto alle fattispecie previste) possono differenziarsi due ordini di rapporti: *a*) la norma giuridica meno ampia contiene tutte le statuizioni della norma giuridica più ampia, con in più qualche elemento che specifica l'ipotesi di fatto da essa regolata; *b*) la norma giuridica meno ampia esclude alcune delle statuizioni della norma giuridica più ampia, col risultato di diminuirne la portata regolamentativa e di interromperne la consequenzialità logica. Nel primo caso si ha un rapporto « norma superordinata-norma speciale », nel secondo un rapporto « norma superordinata-norma eccezionale ». Ora, a parte l'osservazione che questa teoria non può avere, per la sua estrema sottigliezza, eccessiva utilità pratica (così, giustamente, GUELI, *cit.* 47), vi è da notare che tutta la teoria del Coppa Zuccari poggia su di un presupposto fondamentale, che cioè la norma superordinata sia, rispetto alla norma speciale o a quella eccezionale, la più ampia: essa tenta, dunque, di dare alle teorie quantitative una giustificazione di cui non abbisognano. Quanto alla distinzione tra norme speciali e norme eccezionali, mi pare che, anche teoricamente, essa si regga su basi così sottili, che possono dirsi inconsistenti.

⁴⁴ V. BOBBIO, *Analogia* cit. 166.

intervenuta, quella fattispecie, che ora è regolata dalla norma eccezionale, non sarebbe stata una fattispecie non regolata o indifferente al diritto, ma sarebbe stata regolata dalla norma di diritto comune»⁴⁵. C'è del vero in questa affermazione⁴⁶, ma non nel senso postulato dai sostenitori dell'autonomia concettuale del diritto singolare⁴⁷: «singolare» verrebbe ad essere per essi, in fondo, ogni norma derogatoria di altra norma o principio giuridico, quindi anche la norma «speciale», che invece con tanta acribia si tenta, e ben a ragione, dai moderni dogmatici, di sottrarre al destino del divieto di integrazione analogica⁴⁸.

⁴⁵ Aderiscono pienamente a questa formulazione GIANNINI, *Analogia* cit. 65, VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia* cit. 10 s.

⁴⁶ V. infatti quanto noteremo *infra* n. 7.

⁴⁷ Significative sono le parole con cui il BOBBIO, *cit.* 166 s., cerca di prevenire le obiezioni e di dare alla sua affermazione un significato che sia ad esclusivo sostegno della teoria qualitativa: «Né si obietti che, una volta eliminato l'elemento quantitativo, il criterio della deroga non sia più sufficiente a dar rilievo a quella distinzione sopra il piano dogmatico, per la ragione che il rapporto di deroga a derogato, considerato come rapporto di successione temporale, sarebbe soltanto riconoscibile sul terreno storico. La verità è infatti che la priorità della norma derogata non è soltanto una priorità storica, ma anche e soprattutto una priorità logica, ed è storica proprio in quanto è logica; e che quindi la norma eccezionale è in rapporto di logica assai prima che di cronologica successione rispetto alla norma generale. Anzi aggiungiamo che, mentre è pensabile in sede storica un principio generale, che ponendosi faccia salvi i diritti precedenti nella stessa materia già fissati, i quali verrebbero a presentarsi come norme eccezionali anteriori al principio generale, in sede astratta non può assolutamente pensarsi ad una eccezione che stia logicamente prima della regola, perché una eccezione, che non presupponesse alcuna regola, non sarebbe più eccezione, ma regola essa pure». Mi permetterò di obiettare a questo ragionamento: 1) che indubbiamente sul piano storico è ammissibile che l'eccezione sia sorta prima della regola, ma anche sul piano storico, sin che la regola non era emanata, la così detta (*a posteriori*) eccezione non era eccezione, ma regola: essa cioè è diventata eccezione alla nuova norma soltanto dopo la introduzione della medesima; 2) che, sul piano logico, l'eccezione presuppone altrettanto indubbiamente la regola, ma se ci si limita a dire che la eccezione è un regolamento derogatorio rispetto alla regola, si deve concludere che eccezione è la norma di più limitata sfera di applicazione fra le due, a meno che non si voglia cadere nell'assurdo di dire che eccezione è la norma sorta posteriormente.

⁴⁸ Non occorrono citazioni. Una convincente spiegazione pratica della categoria del «diritto speciale» è quella fornita dall'ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi Ratti* (Milano 1934) 456 s., la cui tesi è che i diritti speciali non sono categorie dogmatiche, ma categorie storiche. Ma (come rileva anche il GIANNINI, *Analogia* cit. 65 nt. 3) risolvere in questo senso il problema del diritto speciale non ha importanza ai nostri fini, dato che non

Forse sembrerà che io sia stato troppo succinto nella esposizione e nella critica di queste teorie, che cercano un criterio qualitativo di differenziazione tra diritto singolare e diritto comune. Eppure, per quanto mi guardi attorno, non sembra che i loro sostenitori — pur così *suffisants* nei confronti di quei pochi che hanno osato sinora di fissare più realisticamente il problema⁴⁹ — abbiano, in sostanza, altri argomenti a sostegno della loro discutibile tesi⁵⁰. Segno evidente — mi sia concesso di ripeterlo — che la tradizione romana, visibile o non, li tiene inesorabilmente fermi ad un presupposto intangibile: quello che le norme « eccezionali » siano le norme *contra rationem iuris*⁵¹.

6. — Norme « eccezionali » vi sono, ma bisogna intendersi sul significato e sul valore dell'espressione⁵². L'eccezione non è qualcosa di concettualmente definito *a priori*, ma qualcosa di relativo e di contingente, qualcosa che deve essere rapportato, *a posteriori*, all'*id quod plerumque accidit*, che è certamente la regola. L'eccezione è quel poco che rimane da un canto, di non classificabile, di non armonizzabile con il resto, quando si impreda un'opera di classificazione e di armonizzazione in sistema di dati svariati di esperienza. Nozione di tutti i giorni, questa, che vale per tutti i campi, dalla morfologia alla chimica, alla medicina, al diritto: ma nozione esatta, l'unica veramente tangibile, sicuramente comprensibile.

È stato, io credo, da queste modeste, diciamo pure pedestri, consi-

spiega perché ai diritti speciali non si debba riferire il divieto di integrazione analogica.

⁴⁹ Si badi, ad esempio, alle seguenti parole del VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia* cit. 7: i « tentativi » dei sostenitori del criterio quantitativo « possono ritenersi superati dalle facili obiezioni della dottrina dominante ».

⁵⁰ I sostenitori del criterio qualitativo parlano di « relatività del diritto eccezionale », nel senso che una norma può essere eccezione verso un'altra e può rappresentare la regola verso una terza: v. GIANNINI, *Analogia* cit. 65 nt. 2 e citazioni ivi (adde: VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia* cit. 11 s.). Ma questa ammissione non mi pare che agevoli l'accettabilità della loro tesi.

⁵¹ A parte il caso del Gueli (v. *retro* n. 4 e nt. ivi), citerò quello del GIANNINI, *Analogia* cit. 64 s. (v. anche *L'interpretazione e l'integrazione* cit. 123 s.), il quale, mentre asserisce che l'impossibilità di essere sottoposta al procedimento dell'analogia non dipende dal carattere eccezionale della norma, ma dal suo carattere « esclusivo », accetta in pieno la distinzione tra norme comuni e norme eccezionali sotto il profilo (che non mi pare sostanzialmente diverso da quello tradizionale) del ricollegamento o meno ai principi.

⁵² V. GUARINO, *Rc. a Gueli* cit. 418 s.

derazioni, che han preso le mosse i sostenitori del criterio « quantitativo »⁵³, per sostenere che, rispetto alla norma comune, la norma eccezionale è quella e quella soltanto, che regola, in un dato momento storico, un minor numero di casi⁵⁴. E ciò sostenendo, essi non hanno voluto — come troppo facilmente si crede⁵⁵ — trasportare su un piano diverso la distinzione tradizionale tra diritto comune e diritto singolare,

⁵³ Due finissimi giuristi: CARNELUTTI, *Criterii d'interpretazione della legge sugli infortuni*, in RDCo. 2 (1904) 1.202 s. (ora in *Infortuni sul lavoro* 1 [Roma 1913] 3 s.), *Ancora sulla interpretazione della legge sugli infortuni*, ivi 2.563 s., Rocco Alfr., *Intorno ai caratteri del diritto commerciale obbiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile*, in *Studi Scialoja* 2 [Prato 1904] (ora in *Studi di diritto commerciale* 1 [Roma 1933] 51 s.), *Principi di diritto commerciale* (Torino 1928) 54 s. (ora anche *Diritto commerciale, Parte generale* [Milano 1936] 53 s.). V. anche SCIALOJA A., *Le fonti del diritto commerciale* (Perugia 1907) (ora in *Saggi di vario diritto* 1 [Roma 1927] 302 s.).

⁵⁴ Rocco Alfr., *Principii* cit. 61: « In sostanza, la qualifica di diritto singolare non esprime che un rapporto di eccezione a regola, nel quale una norma, comprendendo uno o più determinati rapporti che fanno parte di una categoria più generale, si trova con la norma generale comprendente tutti gli altri casi di quella categoria ».

⁵⁵ Così COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare* cit. 72 s. Giova esaminare in succinto le obiezioni che si son mosse al criterio quantitativo. Si è detto che la diversa quantità dei rapporti regolati è appunto una conseguenza del carattere comune o meno delle norme, ma può risponderci: 1) che, astrattamente, una norma comune, nel senso delle teorie qualitative, può ben regolare un minor numero di casi della corrispondente norma eccezionale; 2) che i sostenitori del criterio quantitativo non si riferiscono alla applicazione concreta delle norme, bensì alla loro sfera di applicazione espressamente predeterminata, in ordine alla quale è ben possibile parlare di maggiore o minore ampiezza (v. CARNELUTTI, *Sistema* cit. 122: eccezionale è « la norma che si applica espressamente a un minor numero di casi di quello a cui si applichi espressamente la norma contraria »). Si è anche detto che, per potersi parlare di maggiore o minore ampiezza del campo di applicazione di una norma bisogna non soltanto riferirsi alla sfera di applicabilità espressa, ma a tutti i rapporti che possono essere ricondotti sotto il regolamento della norma medesima, anche se non previsti; ma è evidente che, ciò dicendo, si commette l'errore di ritenere che nella sfera di applicabilità di una norma rientrino anche i rapporti che alla norma stessa possano essere ricondotti in virtù del procedimento analogico, rapporti che non fanno parte della sfera di applicazione di quella norma, ma della sfera di applicazione del principio inespresso da cui la norma stessa discende. Un'altra obiezione — quella per cui col criterio quantitativo si verrebbe ad eliminare la distinguibilità fra diritto eccezionale e diritto speciale — è veramente calzante, ma non è una obiezione valida, perché al giurista è lecito fare le sole distinzioni che il diritto gli concede di fare (diversamente GUELI, *Diritto singolare* cit. 43 s.).

ma eliminare, con molto buon senso, un equivoco secolare, che è stato a base del divieto di applicazione analogica posto dall'art. 14 delle nostre Preleggi in ordine alle così dette leggi eccezionali⁵⁶.

Può ben darsi che io difetti di logica, o di sottile capacità di distinguere, o di profondità ed acume scientifico; ma, nella mia spirituale pochezza, io mi schiero decisamente con la minoranza, lieto ed onorato di essere in assai buona compagnia.

Unicamente il criterio quantitativo può chiarirci, di fronte ad un determinato ordinamento positivo, dove sia la regola e dove sia l'eccezione. Ed è perciò appunto, che non deve ritenersi giustificato il generale divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali: perché esso tende a cristallizzare un ordinamento giuridico su basi assolutamente empiriche, a coartare il logico e naturale principio per cui ogni fattispecie deve essere sottoposta al regolamento che più le si adatta, che più le è proprio. Accertato che non vi sono norme concettualmente definibili come *contra rationem iuris*, crolla il fondamento stesso del divieto di analogia⁵⁷.

7. — Tuttavia è bene chiarire che, giusta quanto ho detto poco fa, se anche non vi è luogo ad identificare le norme eccezionali con quelle *contra rationem iuris*, norme eccezionali ve ne sono, e tale loro qualifica realmente si traduce nella conseguenza di una inestensibilità per analogia, entro certi limiti, delle norme stesse.

L'elemento di « qualificazione » delle norme eccezionali è dato, secondo me, unicamente e solo dalla loro sfera di applicazione⁵⁸. E in questo modo, io credo, che il criterio quantitativo ancor meglio si rivela l'unico possibile, perché vedremo subito che è anche l'unico capace di darci la vera percezione delle interferenze fra carattere eccezionale delle norme giuridiche ed applicazione delle norme stesse per analogia.

Requisiti fondamentali delle norme giuridiche — ripeto cose assai note, per quanto non unanimemente accette⁵⁹ — sono la astrattezza e

⁵⁶ V. in proposito le chiare parole del CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (Roma 1940) 149 s.

⁵⁷ S'intende che mi riferisco sempre al divieto generale di analogia. Libero il legislatore, quando creda che una norma presenti particolari caratteri di contrarietà ai principi generali dell'ordinamento giuridico, di disporre in ordine a quella singola norma il divieto di analogia.

⁵⁸ Sfera di applicazione espressa: v. *retro* nt. 55.

⁵⁹ Contro i requisiti di astrattezza e di generalità comunemente riconosciuti

la generalità⁶⁰. Ciò dato, risulta chiaro, in primo luogo, che non è norma giuridica quella che non consideri una ipotesi meramente astratta, nella quale cioè rientrino (e possano essere fatte rientrare per analogia) tutte le singole fattispecie concrete che corrispondano alla fattispecie tipica disegnata dal precetto: non è norma giuridica, in senso sostanziale, quello che i Romani chiamavano *privilegium* per eccellenza⁶¹, e che alcuni (si badi) chiamano oggi « diritto singolare »⁶². Da quanto ho premesso risulta anche chiaro, in secondo luogo, che, rispetto ad una norma avente la più illimitata sfera di applicazione possibile — nel tempo, nello spazio, nelle fattispecie previste⁶³ — si pone come gerarchicamente subordinata ogni altra norma che abbia una sfera di applicazione più limitata, comunque circoscritta⁶⁴.

Questa limitazione della sfera di applicazione di una norma giuri-

alle norme giuridiche, v. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto* (Fabriano 1930) 185 nt. 97 (ivi altre citazioni). Ma questa teoria, anche se fosse ammissibile, porterebbe addirittura all'esclusione del problema del diritto singolare: ed infatti l'Esposito parla di norme singolari esclusivamente nel senso di norme relative ad una persona determinata (cfr. *Norma giuridica*, in *NDI.*).

⁶⁰ Naturalmente, mi riferisco alle norme giuridiche in senso sostanziale. Inutili le citazioni. Si ricordi, quanto all'astrattezza, il passo di Cicerone, *de leg.* 3.19.44, citato *infra* n. 20, e, quanto alla generalità, il famoso detto di Papiniano in D. 1.3.1, *Lex est commune praeceptum* (l'insegnamento di quest'ultimo testo, che è certamente corrotto — v. *Index itp. ahl.* — può essere, per i nostri riguardi, pienamente accettato, anche in ordine al diritto romano classico). Sulla « tipizzazione » delle situazioni di fatto, caratteristica delle norme giuridiche, v. da ultimo BETTI, *Istituzioni* cit. 3 e i citati ivi a nt. 5, CARNELUTTI, *Teoria generale* cit. § 104.

⁶¹ Legge del caso, della persona, del rapporto singolo: v. *infra* n. 20.

⁶² Per esempio, ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*⁷ (Padova 1943) 303, CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principj generali del diritto*, in *RIFD.* (1941) estr. 63.

⁶³ La norma avente la più illimitata sfera di applicazione possibile è sempre da qualificarsi norma « generale », non universale, per il solo fatto che emana dallo Stato, cioè da un organismo sociale che, coesistendo con altri organismi equivalenti, subisce, ad opera di questa coesistenza, delle limitazioni. Inesatto è pertanto DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit. 1.29 (del resto, si tratta di pura inesattezza di espressione).

⁶⁴ Questo stesso concetto di subordinazione gerarchica tra le norme implica la relatività delle reciproche situazioni: una norma gerarchicamente subordinata ad un'altra può essere gerarchicamente sovraordinata rispetto ad una terza, meno ampia. In ogni caso, è solo in base al criterio esteriore della diversa ampiezza della sfera di applicazione, che può riconoscersi e stabilirsi, io credo, una gerarchia tra le norme giuridiche.

dica rispetto ad un'altra piú generale noi la possiamo riscontrare in tre ordini di ipotesi: *a*) anzitutto rispetto alla materia, cioè alle fattispecie astratte dalla norma previste: una materia che la norma sopraordinata regolava o potrebbe regolare viene disciplinata invece dalla norma subordinata in maniera diversa⁶⁵; *b*) secondariamente rispetto alla materia ed al tempo: una materia che la norma sopraordinata regolava e tornerà a regolare viene invece diversamente disciplinata, per un dato periodo di tempo, dalla norma subordinata⁶⁶; *c*) in terzo luogo rispetto alla materia ed allo spazio: una materia che la norma sopraordinata regola nella cerchia di un territorio piú ampio viene diversamente disciplinata, entro un territorio piú ristretto, dalla norma subordinata⁶⁷.

Quale che sia la loro piú specifica caratteristica — di norme « speciali », di norme « temporali », di norme « territoriali » —, le « norme limitate » (come io complessivamente le chiamo) presentano la nota comune di importare indiscutibilmente una deroga alle norme sopraordinate⁶⁸. Ecco, dunque, profilarsi con naturalezza e consequenzialità, almeno a mio credere, il concetto dogmatico della norma « eccezionale » (o « singolare » che dir si voglia), intesa come quella che impone un regolamento comunque diverso da quello adottato dalla norma comune (sopraordinata) ed ha inoltre una sfera di applicazione piú limitata. Voler distinguere tra regolamento diverso, cioè specifico, e regolamento antitetico, cioè

⁶⁵ Si guardi al tradizionale esempio dell'art. 114 c.c. (*ex art. 69 cod. civ. 1865*): la norma subordinata regola in maniera diversa il matrimonio, quando si tratti del re e dei principi reali. Questo fa sí che fra le norme generali sul matrimonio e quella eccezionale dell'art. 114 non vi sia conflitto, ma naturale distinzione di sfera di applicazione.

⁶⁶ Si pensi alla numerosa schiera delle leggi di guerra.

⁶⁷ Si pensi ai particolari ordinamenti ancora esistenti (es.: in ordine alla trascrizione dei trapassi immobiliari) nelle nuove province.

⁶⁸ In questo senso, ma solo in questo senso, ha valore la formulazione del Bobbio, riportata e criticata *retro* n. 5. Ed invero, se una norma posteriore ad un'altra ne invada interamente il campo di applicazione, noi ci troviamo di fronte al fenomeno dell'abrogazione tacita; se invece una norma, anteriore o posteriore ad un'altra, regola solo una limitata cerchia di rapporti rispetto ad essa, ci troviamo di fronte al fenomeno della derogazione alla seconda norma da parte della prima. E si badi che, mentre la norma piú ampia non ha bisogno di essere esplicitamente mantenuta in vigore dalla norma meno ampia emanata posteriormente (in quanto sussisterà automaticamente per la parte non derogata), la norma meno ampia cui succeda una norma piú ampia richiede, per poter sussistere, che quest'ultima la mantenga espressamente in vigore: il che conferma che, storicamente, l'eccezione è sempre posteriore alla regola.

opposto⁶⁹, è cosa vana, perché basta una qualunque divergenza di una norma più ristretta da una più generale per importare la deroga, cioè l'eccezione a questa per opera di quella⁷⁰.

8. — In funzione delle precisazioni concettuali or ora fatte, può essere qui delibato l'aspro problema dell'analogia.

Già da tempo si è sentito il disagio, nella dottrina e nella pratica, della sussistenza di un divieto generale di analogia del genere di quello sancito, per le norme giuridiche eccezionali, dall'art. 14 delle nostre Preleggi. Quando esso non si rivela inutile, per l'assoluta impossibilità pratica del verificarsi di una fattispecie concreta simile a quella astratta della norma giuridica così detta eccezionale⁷¹, questo divieto si rivela inopportuno, iniquo, dannoso⁷². *Similia similibus curantur* è un detto di saggezza antica che vale anche per la materia giuridica. E i due sistemi cui si è cercato di far ricorso per sfuggire alle inique conseguenze del divieto sono stati, come è noto, o l'exasperazione dell'interpretazione estensiva, sino a farla straripare oltre i limiti di ogni umana e giuridica ragionevolezza⁷³, o la configurazione di una categoria del « diritto spe-

⁶⁹ Così BOBBIO, *Analogia* cit. 168.

⁷⁰ Sin qui abbiamo parlato di norme, non di diritti, cioè di sistemi giuridici. Nei riguardi di questi si ripete l'alternativa «regola-eccezione» che abbiamo messo in luce per le singole norme: ed anche sotto questo punto di vista può dirsi che i sistemi giuridici non sono due soltanto (quello regolare e quello eccezionale) ma molteplici, teoricamente infiniti. Diritto eccezionale (speciale, temporale, territoriale) non è altro, infatti, che il complesso delle norme giuridiche comuni, ad alcune delle quali si sono sostituite altrettante norme giuridiche eccezionali (speciali, temporali, territoriali).

⁷¹ Concordo in ciò pienamente col BOBBIO, *Analogia* cit. 171, quando dice: «Che l'art. 69 cod. civ. (oggi art. 114) ... non possa essere esteso per analogia, non dipende dal fatto che esso rientra fra le norme colpite dal divieto dell'art. 4 (oggi art. 114 disp. sulla legge in generale), ma bensì molto più semplicemente dal fatto che non si dà e non si darà mai la condizione essenziale perché si applichi l'analogia: cioè la presenza di una fattispecie simile».

⁷² Basti pensare, per fare l'esempio più noto, al danno che ne derivava, sotto l'impero delle vecchie leggi (e che ne deriva anche, entro certi limiti, sotto l'impero del nuovo c.c.), per il diritto commerciale.

⁷³ V. BOBBIO, *Analogia* cit. 167 s. Il BOBBIO, *cit. passim* e specialm. 123 s., nega addirittura la possibilità di distinguere, in teoria ed in pratica, tra interpretazione estensiva e analogia, perché tanto l'una che l'altra consistono nel far sì che ad un caso non regolato esplicitamente si estenda una determinata disposizione, in forza di un *quid* comune ai due casi, della *ratio* della norma che si viene ad estendere. Contro questa concezione v. GIANNINI, *Analogia* cit. 1519 s.

ciale », autonoma e distinta rispetto a quella del « diritto eccezionale »⁷⁴. L'uno e l'altro sistema, a prescindere dai considerevoli servigi che hanno reso alla causa della libera espansione del diritto, sono tuttavia criticabili: il primo perché la interpretazione della legge ha i suoi confini ben netti e definiti, oltre i quali non è lecito andare; il secondo perché, come si è visto, diritto speciale altro non è che diritto eccezionale.

Ora, in verità, se noi fermiamo lo sguardo sulla categoria delle norme giuridiche limitate, vediamo subito che esse portano in se stesse, intrinseci ed invalicabili, i limiti della loro applicabilità. È cosa ovvia, che non merita una esplicita disposizione legislativa, il fatto che le norme giuridiche limitate non possono essere applicate oltre i confini di materia, di tempo o di spazio loro assegnati dal legislatore. D'altra parte, quando il legislatore non abbia tanto specificato la materia della norma da rendere praticamente impossibile che si verificino casi simili a quelli in essa previsti, allora è evidente che i casi simili a quelli previsti dalla norma eccezionale debbano essere attratti nel regolamento di quest'ultima e non nel regolamento del diritto comune⁷⁵.

Anch'io ritengo, in conclusione, che l'art. 14 delle nostre Preleggi si risolva in un gravissimo male per il nostro ordinamento giuridico e spero di aver mostrato, sia pure in pochi cenni, qual è l'equivoco dogmatico su cui esso si fonda. Tutte le norme di un ordinamento giuridico sono qualitativamente eguali, salvo a determinarsi fra esse delle differenze e dei rapporti di subordinazione in base al profilo della sfera di applicazione loro prefissa dal legislatore. L'inapplicabilità di certe norme per analogia non può dipendere che dalle norme stesse, cioè dal carattere estremamente specificato, o limitato che dir si voglia, delle fattispecie da esse previste. A prescindere da ciò, le norme giuridiche possono e debbono esplicare pienamente la loro funzione, sia in ordine ai casi in esse previsti che in ordine ai casi simili a quelli previsti.

e 2.72 s., il quale opportunamente nota che « la distinzione è sempre possibile, dato che nell'interpretazione estensiva il *quid* comune si trae direttamente dalla norma interpretata, nell'analogia dal principio o norma sopraordinata » e che « l'interpretazione estensiva inoltre è semplicemente una risultanza tecnica dell'atto interpretativo, mentre l'analogia dà luogo a un atto, avente propri caratteri giuridici nel seno del procedimento di applicazione del diritto ». Per quanto attiene alla pratica, bisogna tuttavia riconoscere che il Bobbio ha pienamente ragione.

⁷⁴ Basti rimandare agli autori citati *retro* nt. 21.

⁷⁵ Insomma, l'applicazione di una norma eccezionale in via analogica in tanto può dirsi esclusa in quanto il legislatore abbia esplicitamente o implicitamente posto dei limiti all'applicazione di quella determinata norma.

La nostra brevissima indagine dogmatica si chiude, dunque, con due constatazioni negative. La categoria del « diritto singolare », intesa come categoria di norme contrarie alla *ratio iuris*, non ha ragione di essere sul piano dogmatico. Così non ha ragione di essere, sul piano positivo, il divieto di analogia applicato alle norme singolari, che il legislatore italiano si è indotto a formulare per evidente influsso di una concezione dogmatica che abbiamo giudicata falsa e di una tradizione storica di cui passo subito ad analizzare il tenuissimo valore.

9. — Non dico cosa nuova se affermo che la tradizione romana del diritto singolare, pur traendo origine da espliciti frammenti della compilazione giustiniana, è soprattutto una costruzione della Pandettistica tedesca⁷⁶. Questa ha, infatti, solo nel secolo scorso, tratto dall'isolamento in cui si trovavano entro la grande congerie dei Digesti i pochi frammenti sul *ius singulare*, per formulare sulla base di essi tutta una complessa teoria.

Vero è che la definizione paolina più volte ricordata si trova nei Digesti, ma è anche vero che essa non figura, entro lo stesso sistema giustiniano, in quella posizione di primissimo piano che ci potremmo aspettare. Le Istituzioni, che con tanta compiacenza riferiscono ogni classificazione generale del diritto obbiettivo, non parlano tuttavia del *ius singulare*⁷⁷. Entro i Digesti la definizione di Paolo non si incontra nel tit. 1.1 (« *de iustitia et iure* »)⁷⁸, ma nel tit. 3 (« *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* »), dopo una serie di testi relativi alle lacune della regolamentazione scritta (leggi e senatoconsulti) ed alla opportunità o meno di colmarle col metodo dell'*ad similia procedere*⁷⁹,

⁷⁶ V. in proposito le osservazioni dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 8 nt. 1, circa il poco rilievo dato dalla dottrina del diritto intermedio al *ius singulare* ed ai *privilegia*. Una più accurata ricerca sul punto sarebbe, peraltro, estremamente opportuna.

⁷⁷ L'unico punto delle Istituzioni di Gaio, 3.114, in cui appare la locuzione *iure singularem* non è riprodotto nelle Istituzioni di Giustiniano: v. *infra* n. 14.

⁷⁸ Ivi si incontrano tutte le partizioni fondamentali per la dogmatica giustiniana: *ius publicum* e *ius privatum* (fr. 1.2), *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile* (fr. 1.3-4, 6 pr.), *ius (civile) ex scripto* e *sine scripto* (fr. 6.1), *ius civile* e *ius honorarium* (fr. 7).

⁷⁹ I fr. 1 (Pap.) e 2 (Marc.) sono dedicati alla definizione della *lex*. I fr. 3 (Pomp.), 4 (Cels.), 5 (Cels.), 6 (Paul.) chiariscono il concetto di legge in senso sostanziale: non si hanno *iura* (norme giuridiche) nei casi singoli, *nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*.

e dopo che un testo di Giuliano⁸⁰ è venuto a chiarire che *in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*, e prima ancora, l'altro frammento, già citato, di Paolo⁸¹ ha stabilito che *quod... contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*. Nel corso logico di questa successione di testi la definizione di Paolo appare per ultima, a suggellare il tutto con la dichiarazione di quel che debba intendersi per *ius singulare*⁸². Non pare, quindi, almeno per queste prime constatazioni, che la categoria *ius singulare* abbia un valore preminente nella compilazione, tanto più che rarissimi sono i frammenti in cui essa viene praticamente applicata e richiamata⁸³: si deve, tuttavia, subito aggiungere che la regola che vieta di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* ha l'indiscutibile valore di un

Il fr. 7 (Modest.) indica il contenuto delle norme di legge (*imperare, vetare, permittere, punire*). Il fr. 8 (Ulp.) ribadisce il carattere di generalità che deve essere delle norme giuridiche: *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*. Il fr. 9 (Ulp.) introduce, accanto alla *lex*, il concetto di *senatusconsultum* come fonte di produzione giuridica. I fr. 10-12 (Iul.) chiariscono ancora che leggi e senatoconsulti possono prevedere soltanto l'*id, quod plerumque accidit*, che pertanto *de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est* e che, quando sia certo il significato delle leggi e dei senatoconsulti, *is quid iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet* (perché, aggiunge il fr. 13, di Ulp., *bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*). Non può davvero affermarsi che vi sia molta coerenza in questo seguito di frammenti, né che sia da essi molto chiaramente esposta la dottrina dell'interpretazione. Si osservi, inoltre, come tutti i frammenti abbiano le più diverse provenienze e nessuno o quasi mostri di essere stato estratto da una sede generale (possono eccettuarsi, tutt'al più, i due primi). In ogni caso, è importante ricordare, a proposito del tit. D. 1.3, che già l'ARANGIO-RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Ann. Univ. Catt.* 2.33 estr. 34, ha sospettato che quel titolo sia stato preceduto da una compilazione postclassica a catena.

⁸⁰ D. 1.3.15.

⁸¹ D. 1.3.14 (che certamente, nel contesto originario — alterato o meno, non importa —, non si riferiva alle leggi ed ai senatoconsulti: libro 54 *ad edictum*).

⁸² Ed è di grande momento la constatazione seguente: che la regola *quod contra rationem rell.* non è estratta dal *liber singularis de iure singulari* di Paolo, ma dal libro 54 *ad ed.* del medesimo autore: ciò pare proprio fatto per confermare il sospetto, che formuleremo nel testo (*infra* n. 12), che la categoria *ius singulare*, se pur fu concepita dalla giurisprudenza classica (il che io escludo), non lo fu in vista della inapplicabilità per analogia delle norme di diritto singolare, ma a meri scopi di classificazione teorica, senza riflessi pratici.

⁸³ Otto in tutto, a parte la definizione paolina: vedili riportati ed esaminati *infra* n. 13-15.

principio di portata generale, per trovarsi riprodotta nel tit. 50.17 dei Digesti (« *de diversis regulis iuris antiqui* »)⁸⁴.

La categoria *ius singulare* rimane piuttosto negletta, anche dopo Giustiniano, in tutti coloro che per secoli e secoli si applicarono a glossare e a commentare gli insegnamenti delle Pandette⁸⁵. Solo a partire dal Savigny⁸⁶, ed attraverso le rimarchevoli precisazioni del Windscheid⁸⁷, il *ius singulare*, nettamente distinto dal *privilegium*, ha assunto l'alta importanza che tuttora immeritatamente riveste nella dogmatica moderna.

Ora, niuno può negare l'opera altamente meritoria della Pandettistica tedesca nella fondazione della moderna dogmatica giuridica, ma chi ricordi in quante e quali occasioni i pandettisti non hanno esitato a fare uso di un minimo appiglio testuale romano, per costruire tutta una audace castellatura dogmatica, assolutamente incompatibile con quello che fu il vero diritto romano, storicamente accertato⁸⁸; chi ricordi questo alto merito, ma anche questo demerito storicistico dei pandettisti, non può non esser tratto a sospettare che, forse, anche la teoria del diritto singolare sia un po' una « montatura » — *absit iniuria verbis* — pandettistica, e che — a volerla riesaminare storicamente — si possa avere anche la sorpresa di apprendere che essa fu ignota o diversamente nota al diritto romano puro, cioè al diritto dell'epoca classica.

Questo vago sospetto accenna a consolidarsi, per non dire che accenna a divenire certezza, quando si consideri il curioso incontro di contraddizioni che qui vengo a prospettare.

10. — A) La definizione paolina più volte ricordata dice essere il *ius singulare* caratterizzato da una contrarietà al *tenor rationis*, cioè — a

⁸⁴ D. 50.17.141 pr.

⁸⁵ La dottrina anteriore al Savigny, ed anche parte della dottrina posteriore, concepì l'unica categoria del *privilegia* (comprendendovi anche il *ius singulare*), accennando solo vagamente alla distinzione fra i due concetti: v. ORESTANO, *Ius singulare* cit. 8 s.

⁸⁶ *Sistema del diritto romano attuale* I (tr. it. Scialoja: Torino 1886) 83, 86. Per il Savigny il *ius singulare* è « diritto anomalo », cioè diritto non puro, commisto con elementi politici, mentre il *privilegium* è esenzione del singolo dall'osservanza del diritto. Come ben mette in luce l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 12, è stato appunto il Savigny a mettere sul tappeto il problema del « diritto » singolare.

⁸⁷ V. *retro* nt. 22.

⁸⁸ Gli esempi pullulano. Basti richiamarsi al più noto: quello della teoria del negozio giuridico, costruito dalla Pandettistica sulla base di elementi romanistici, ma di cui i Romani non videro che pochi e scarsi spunti.

quanto sembra logico intendere⁸⁹ — da una antitesi tra il suo proprio regolamento ed i principi informativi del diritto comune⁹⁰. Senonché, vi sono istituti esplicitamente definiti come *iuria singularia* o implicitamente riguardati come tali i quali, invece, non paiono presentare, almeno nella concezione romana (che è quella che qui particolarmente importa), carattere alcuno di eccezionalità rispetto al sistema del *ius commune*.

Si pensi da un canto ai *codicilli*, che un passo dei Digesti, attribuito dalla relativa *inscriptio* a Giuliano⁹¹, inquadra appunto nel *ius singulare*, ma di cui un passo delle stesse Istituzioni giustinianee⁹², tratto probabilmente dalle Istituzioni di Marciano⁹³, dice che Augusto in tanto li introdusse nel mondo giuridico, in quanto non vi si trovò nulla di *absonans a iuris ratione*⁹⁴ e che, in ogni caso, dopo pochissimo tempo, *iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*⁹⁵. Si

⁸⁹ V. retro nt. 22.

⁹⁰ V. tuttavia, per diverse interpretazioni, *infra* n. 11.

⁹¹ D. 29.7.2.2, riportato *infra* n. 13.

⁹² Inst. 2.25 pr.

⁹³ V. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere* cit. 2.377. V. tuttavia anche GUARINO, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, in *ZSS.* 62 (1942) 252 s. ove si sostiene che il passo originario di Marciano è stato rimaneggiato, soprattutto nel periodo introduttivo.

⁹⁴ ... *dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, cum diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*. Si obbietterà (e mi pare che appunto a ciò alluda l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 76 s.) che il passo è da interpretare nel senso che l'*usus codicillorum* fu introdotto *utilitatis causa* proprio perché *absonans a iuris ratione*, ma mi pare che il parere di Trebazio Testa non sia tale da dimostrare la verità di questa interpretazione. Potremmo ammettere la implicita risposta positiva al quesito di Augusto circa la contrarietà alla *ratio iuris* dei *codicilli*, se il testo dicesse: *Trebatius tamen*; ma il testo dice: *et Trebatius*, il che deve stare a significare che il parere di Trebazio suonò a riprova del fatto che l'*usus codicillorum* non era *absonans a iuris ratione*.

⁹⁵ Erta pertanto l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 76 s., quando sostiene che l'*usus codicillorum* esordì come *absonans a iuris ratione* (*ius singulare*), ma entrò ben presto, con Labeone, a far parte anch'esso del *ius commune*. Giuliano (se suo è il frammento di D. 29.7.2.2), un secolo dopo Labeone, dice che i *codicilli* sono *ius singulare*.

pensi, dall'altro canto, all'istituto del così detto *beneficium competentiae*⁹⁶, di cui si occupava, a quanto risulta da un'altra *inscriptio* dei Digesti⁹⁷, proprio il *liber singularis de iure singulari* di Paolo, ma che mi lusingo di aver dimostrato, in altra sede⁹⁸ (e non era poi molto difficile), essere stato, nell'epoca classica, un mezzo processuale di limitazione della pretesa dedotta in giudizio, non più contrario alla *ratio iuris* (cioè al principio fondamentale che l'obbligazione deve essere adempiuta esattamente ed interamente⁹⁹) di quanto lo potesse essere, ad esempio, la concessione di una *exceptio*, elidente, dati certi presupposti, tutta la pretesa dell'attore¹⁰⁰.

Strane incongruenze, che risultano documentate dagli stessi testi della compilazione giustiniana e che risultano di molto complicate dal fatto che altri istituti romani — come il *SC. Velleianum*¹⁰¹ o il *peculium castrense*¹⁰² — presentano realmente notevoli divergenze dal regolamento normale, ma tuttavia non appaiono in nessuna occasione definiti o considerati dalle fonti come *iura singularia*¹⁰³.

⁹⁶ Questa terminologia non è romana: v. da ultimo GUARINO, *Il beneficium competentiae del promissor dotis*, in *RISG.* n.s. 14 (1939) 156 nt. 9.

⁹⁷ D. 24.3.54, su cui v. *infra* n. 15.

⁹⁸ V. GUARINO, *Studi sulla taxatio in id quod facere potest*, in *SDHI.* 7 (1941) estr.

⁹⁹ V. Gai 3.168, Inst. 3.29 pr., su cui GUARINO, *Taxatio* cit. 8 s.

¹⁰⁰ V. GUARINO, *Taxatio* cit. 24 s.

¹⁰¹ Sul quale v., da ultimo, VOLTERRA, voce *Senatusconsulta*, in *NDI.* estr. 11 (n. 85 dell'elenco); detto senatoconsulto estese a tutte le donne, per qualunque sorta di intercessione, il divieto che due editti di Augusto e di Claudio (v. D. 16.1.2 pr.) avevano fatto alle donne maritate di intercedere per il marito. Cito il *SC. Velleianum* perché costituisce uno degli esempi abituali delle trattazioni pandettistiche e dei moderni manuali.

¹⁰² Sul quale v., da ultimo, GUARINO, *L'oggetto del « castrense peculium »*, in *BIDR.* 48 (1941) 41 s.

¹⁰³ Secondo il PEROZZI, *Istituzioni di dir. romano*² 1.106 nt. 2, « sarebbe opportuno che le discussioni intorno al diritto singolare rimanessero limitate ai casi, che i Romani esplicitamente qualificano come di diritto singolare. Perché non basta che a noi certe norme appaiono anomale; conviene anche vedere se le consideravano per tali gli antichi ». Diversamente pensa l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 38 s., secondo il quale « la determinazione se una norma sia di *ius singulare* si può e si deve compiere indipendentemente dal fatto che tale qualifica le sia attribuita dalle fonti ». Alla seconda concezione è facile opporre che in tal modo si viene ingiustamente a sovrapporre alla materia romanistica una categoria ricostruita secondo elementi di cui non possiamo essere sicuri se realmente siano atti a caratterizzare il *ius singulare*. Col Perozzi, peraltro, neanche si può pienamente consentire, perché, se è vero che dai soli casi esplicitamente definiti di *ius singulare* noi siamo autorizzati a trarre gli elementi necessari a valutare la defini-

B) La definizione paolina del *ius singulare* aggiunge che questo viene introdotto nell'ordinamento giuridico positivo *propter aliquam utilitatem*. Senonché questo requisito dell'*aliqua utilitas*, che tanto piacque a passati studiosi¹⁰⁴, si rivela, in sostanza, una nota caratteristica di qualunque forma di produzione giuridica: alla radice di qualunque norma di diritto vi è, vi deve essere una *aliqua utilitas*, a meno che non si voglia ammettere — *horresco suspicans* — che le norme giuridiche comuni sono introdotte nel sistema senza una speciale ragione, per speculazione teorica o per puro divertimento¹⁰⁵.

C) La definizione paolina dice che il *ius singulare* è introdotto nel sistema giuridico *auctoritate constituentium*. Si è molto discusso circa il valore di questa locuzione¹⁰⁶, ma si può essere per lo meno d'accordo che tra le fonti di produzione giuridica adombrate col termine *auctoritas constituentium* non rientri, di certo, almeno la consuetudine¹⁰⁷. Senonché, è sorprendente che istituti romani logicamente concepibili come *iura singularia* o esplicitamente definiti come tali risultino invece proprio di origine consuetudinaria.

zione paolina, tuttavia non si può fare a meno dall'essere colti da meraviglia, notando che altri casi in tutto simili a quelli non sono né definiti né trattati dalle fonti come *iura singularia*. (V. già sul punto GUARINO, *Sul « beneficium competentiae » dei « milites »*, in *RIL.* 77 [1938-1939] 401 ss.).

¹⁰⁴ All'*aliqua utilitas* si richiama il SAVIGNY, *op. loc. cit.*, per sostenere la sua teoria del diritto singolare come diritto anomalo. Il FADDA ed il BENZA, *Note a Windscheid* (Torino 1930) 4.35, hanno cercato di sottilizzare, dicendo che l'*utilitas* delle norme di *ius singulare* si differenzia da quella delle norme di diritto comune perché è « *aliqua* », cioè specifica, ma giustamente ha opposto il COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare* cit. 1.15, che ogni norma giuridica è determinata dall'impulso di una specifica utilità pratica.

¹⁰⁵ Si è voluto anche stabilire una identità tra l'*aliqua utilitas* della definizione paolina e l'*utilitas* cui spesso fanno riferimento le fonti, quando ci parlano della introduzione di nuove norme nel sistema, e si è voluto conseguentemente fissare una equazione tra le norme introdotte *utilitatis causa* e la contrarietà alla *ratio iuris*, cioè il *ius singulare*. Ma v., per la critica di questa opinione, *infra* n. 18 e 19.

¹⁰⁶ Rimando, per una informazione sul punto, ad ORESTANO, *Ius singulare* cit. 63 s.

¹⁰⁷ In questo senso può dirsi che tutti gli autori sono concordi: v. PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.105 nt. 5, ORESTANO, *Ius singulare* cit. 67. A me pare qualcosa di più, e cioè che la definizione di Paolo escluda, oltre la consuetudine, anche la giurisprudenza (v. le convincenti osservazioni del BONFANTE su *constituere* in *Scritti giuridici vari* 2 [Torino 1918] 126 s., ma v. tuttavia PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.106 nt. 1).

Si pensi, da un canto, al divieto di donazioni fra coniugi, esempio tipico (per quanto — ed è strano — non portato dalle fonti) di *ius singulare*¹⁰⁸, la cui derivazione consuetudinaria, da altri e da me sostenuta¹⁰⁹, trova oggi nuovi convinti assertori¹¹⁰. Si pensi, d'altro canto, all'istituto del *postliminium*, che un passo di Giavoleno definirebbe appunto come *ius singulare*¹¹¹, ma della cui origine consuetudinaria non vi è nemmeno luogo a dubitare¹¹².

Anche queste sono stranezze documentate delle fonti romane, che rendono più ardua l'impresa di adattarsi al concetto di un *ius singulare*, le cui applicazioni divergono radicalmente dalla definizione datane.

E) Esiste, rapportata alla definizione del *ius singulare*, una regola che dice: *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*. È una regola, come si vede, che valica i confini della definizione paolina, nel senso di farci intendere che, sia o non sia un istituto definito *ius singulare* dalle fonti, tutto ciò che è contrario ai principi informativi del sistema non può, non deve essere applicato per analogia. Senonché qui si rivela l'incongruenza più grave, perché è un fatto notissimo che gli istituti del diritto singolare romano sono stati tutti, qual più qual meno, oggetto di estensione per analogia.

Occorrono gli esempi? Ebbene, si pensi al *postliminium*, che, sorto in confini limitatissimi per mere esigenze di guerra¹¹³, divenne, con l'andar del tempo, un istituto complesso, che trovò applicazione per ogni cosa o persona, sia in pace che in guerra¹¹⁴; si pensi al *peculium castrense*, che, concepito come diritto di disporre (*inter vivos* e *mortis causa*) di determinati beni per il *filiusfamilias* militare¹¹⁵, fu esteso ad altre categorie di beni, ai *filiifamiliarum* non militari e divenne patrimonio separato ed autonomo di questi¹¹⁶; si pensi alla *taxatio in id quod facere po-*

¹⁰⁸ V., ad esempio, PEROZZI, *Istituzioni* cit. 1.105.

¹⁰⁹ V. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano* (Padova 1938) 6 s., GUARINO, *Adfnitas* (Milano 1939) 47 s.

¹¹⁰ V. SCHERILLO, *Le origini del divieto di donazioni fra coniugi*, in *Studi Solmi* (Milano 1941) 1.169 s. Ma v. tuttavia sul punto, con argomentazione poco convincente, BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni*, in *Trattato di dir. romano* dell'ALBERTARIO 10 (Milano 1943) 649 e specialm. 649 nt. 2.

¹¹¹ D. 41.2.23, riportato *infra* n. 13.

¹¹² Non occorrono citazioni. V. da ultimo DE VISSCHER, *Aperçus sur l'origine du postliminium*, in *Festschrift Koschaker* (Weimar 1939) 1.367 s.

¹¹³ V. in proposito lo scritto del DE VISSCHER, *cit. retro* nt. 112.

¹¹⁴ V. D. 49.15.5 (Pomp. 37 *ad Q. Mucium*).

¹¹⁵ V. Ulp. reg. 20.10 e GUARINO, *L'oggetto del castrense peculium* cit. 46 s.

¹¹⁶ GUARINO, *L'oggetto del castrense peculium* cit., ove in particolare si dimo-

test, che, ammessa dall'Editto pretorio in ordine a particolarissime ipotesi¹¹⁷, fu estesa a casi analoghi numerosi e svariati¹¹⁸; si pensi ancora al *SC. Velleianum*¹¹⁹, ai *codicilli*¹²⁰, alla *fideicommissaria libertas*¹²¹.

11. — Come si vede, il problema storico del diritto singolare presenta un viluppo di oscurità e di incongruenze da risolvere, che è ancora più grosso ed intricato di quello che forma oggetto del problema dogmatico¹²². Un viluppo che bisognerà pure, una buona volta, tentar di dipanare.

Ora è da notare che la romanistica moderna, pur rilevando alcune o tutte le stranezze da me or ora messe in luce, non ha ancora affrontato o voluto affrontare in pieno il problema storico del *ius singulare*¹²³.

stra che in diritto classico avvenne un ampliamento dell'originario oggetto del *castrense peculium* esclusivamente in forza di un'evoluzione giurisprudenziale.

¹¹⁷ E cioè in ordine al caso del socio (cui fu promessa la *taxatio* se convenuto dall'altro socio: LENEL, *Edictum perpetuum*³ 298) e in ordine ai figli emancipati, diseredati, astenutisi dall'eredità paterna (cui fu concesso di essere condannati in *id quod facere possunt*, se convenuti da chi fosse loro creditore in forza di una obbligazione sorta mentre erano *in potestate*: D. 14.5.2 pr.).

¹¹⁸ Ad opera della giurisprudenza furono ammessi numerosi altri casi di *condemnatio in id quod facere potest*, estendendo per analogia il caso editto del socio: v. GUARINO, *Taxatio* cit. 15 nt. 42.

¹¹⁹ Che la giurisprudenza classica abbia, almeno per qualche lato, applicato per analogia il *SC. Velleianum* è cosa notissima: v. per tutti JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*² (Berlín 1935) 217.

¹²⁰ Che anche i *codicilli* abbiano subito estensioni giurisprudenziali nel corso del diritto classico, risulta dalla semplice constatazione del caso originario da cui sorsero (v. Inst. 2.25 pr., già riportato) e dal contenuto ben più ampio che essi giunsero ad avere nel diritto classico (ogni sorta di disposizione *mortis causa*, almeno per i *codicilli testamento confirmati*, ad esclusione della istituzione di erede e della diseredazione): *infra* n. 14.

¹²¹ Sul punto v. *infra* n. 14.

¹²² FADDA e BENZA, *Note a Windscheid* cit. 4.34, concludevano pertanto la loro trattazione pandettistica, osservando che il *ius singulare* è qualcosa di ripugnante all'armonia del sistema, onde non può venir considerato come un principio fecondo e produttivo.

¹²³ Poche e vaghe, spesso contraddittorie nozioni si incontrano nei moderni manuali romanistici. V. BONFANTE, *Istituzioni di dir. romano*⁹ (Milano 1932) 14 s. (aderisce alla concezione del diritto eccezionale), PEROZZI, *Istituzioni* cit. I.103 s. (aderisce alla concezione del diritto anomalo: la più elaborata e feconda trattazione istituzionale in materia), PACCHIONI, *Manuale di diritto romano* (Torino 1935) 151 s. (aderisce alla concezione del DEARBURG, su cui v. *infra* nt. 144), DI MARZO, *Isti-*

Del *ius singulare*, in alcune pregevolissime trattazioni generali moderne¹²⁴, addirittura si tace, evidentemente perché esso non appare in alcun modo armonizzabile e con una visione ricostruttiva del diritto classico romano e con una visione dogmatica della parte generale del diritto. Altri, invece, ancora tentano di risolvere il problema, ma lo affrontano tuttavia di scorcio, ottenendo risultati parziali ed insoddisfacenti.

Molto sensatamente, ad esempio, si è sostenuto di recente dall'Arangio-Ruiz¹²⁵ che bisogna rinunciare ad intendere il *contra tenorem rationis* nel senso assoluto di antitesi tra la norma di diritto singolare ed il sistema, ma che il *ius singulare* rappresenta « una disposizione divergente dal sistema di un determinato ordinamento giuridico, non rispondente quindi alla *ratio iuris*, bensì suggerita da motivi di utilità pratica »¹²⁶. Ma questo è evitare, non superare le difficoltà del problema, che non ci si spiega ancora, in tal modo, perché mai solo alcune, e non tutte, le norme divergenti dal sistema siansi potute definire *iura singularia*, perché mai il concetto di « divergenza » sia stato reso da Paolo attraverso una chiarissima terminologia di « contrarietà » (*contra tenorem rationis, contra rationem iuris*) e perché ancora sia stato posto il divieto (praticamente inattuato) di *producere ad consequentias* le norme soltanto « divergenti » dal sistema giuridico comune¹²⁷. Bisogna rinunciare ad intendere il *contra tenorem rationis* nel senso assoluto di antitesi tra il *ius singulare* ed il

Istituzioni cit. 26 s. (concezione piuttosto vaga: « norme speciali per determinate categorie di persone, di cose o di rapporti »).

¹²⁴ È il caso caratteristico della fortissima ricostruzione dogmatica del BETTI, *Istituzioni* cit., e della accuratissima ricostruzione storica di JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht* cit. V. anche GIRARD-SENN, *Manuel de droit romain*⁸ (Paris 1929), SIBER, *Römisches Recht* 2 (Leipzig 1928).

¹²⁵ *Istituzioni di diritto romano*⁷ (Napoli 1943) 31 s. Aderisce esplicitamente a questa interpretazione della definizione paolina l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 15 s.

¹²⁶ Aggiunge l'ARANGIO-RUIZ, *cit.*, che « anche qui bisogna guardarsi dalla tentazione di interpretare alla lettera », ma che « è certo che, mentre nella norma comune gli elementi di equilibrio, che la inquadrano perfettamente nel sistema, saltano agli occhi dell'osservatore, nella norma di diritto singolare l'attenzione è immediatamente richiamata sopra le ragioni di utilità pratica che hanno consigliato di derogare ai principi: e ciò basta a spiegare le parole di Paolo ». In base a questa concezione, che sminuisce il valore diagnostico del *contra tenorem rationis* e potenzia l'intuizione giuridica dell'osservatore, diventa però singolare tutto il diritto pretorio rispetto al diritto civile.

¹²⁷ Del divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris*, in cui si concentra tutto l'interesse della categoria *ius singulare*, l'ARANGIO-RUIZ, *cit.*, non parla a questo punto: ma v. *infra* nt. 138.

diritto comune, ma bisogna anche rinunciare a credere che Paolo l'abbia inteso così o così si sia espresso per intendere un mero concetto di divergenza tra norme.

Altri romanisti, invece, hanno dato prova di apriorismo critico, che non ci sentiamo di condividere. Così il Biondi¹²⁸ e l'Orestano¹²⁹: cui è parso legittimo, e nel contempo sufficiente, denunciare, nella definizione paolina, l'emblema di *auctoritate constituentium*, per superare lo scoglio rappresentato dalle svariatissime fonti, anche non imperiali, donde gli istituti del diritto singolare romano sarebbero pervenuti¹³⁰. Ma *auctoritate constituentium* è per lo meno tanto inspiegabile che *contra tenorem rationis*: condannare l'una per indulgere all'altra espressione mi pare, in verità, estremamente arbitrario.

Da ultimo l'Orestano¹³¹ ha operato un commendevole sforzo (ma — a mio parere — ben poco felice nei risultati) per conciliare una visione storica del problema con i gravi intoppi del *contra tenorem rationis* e del divieto di *producere ad consequentias*. Le norme del *ius singulare* sono, per lui, tutte le norme a carattere innovativo introdotte nel sistema giuridico accanto alle norme preesistenti, cioè al *ius commune*¹³²; e il

¹²⁸ *Istituzioni di diritto romano* 1.90 s., cit. da ORESTANO, *Ius singulare* cit. 67 nt. 1. Va notato, peraltro, che nell'ultima edizione (lit.) delle sue *Istituzioni* (Milano 1940) il Biondi non mantiene più la congettura.

¹²⁹ *Ius singulare* cit. 67 s.

¹³⁰ Secondo l'ORESTANO, *cit.* 72, « sin dal periodo classico tutte le varie fonti creatrici di diritto potevano validamente formulare e introdurre nel sistema giuridico una norma di *ius singulare*. Nel periodo postclassico invece si tende ad escludere anche in questo campo l'azione della consuetudine. In quest'ordine di idee i compilatori del Digesto, per salvaguardare la loro opera legislativa da inquinamenti ed eccezioni... interpolano la definizione di Paolo in modo tale da eliminare del tutto la consuetudine e richiedono il requisito dell'*auctoritas constituentium*, che praticamente si riduce ad essere l'*auctoritas* imperiale, perché anche la giurisprudenza è esclusa ». Sono perfettamente d'accordo con l'Orestano tanto in ordine al diritto classico, quanto in ordine al diritto postclassico-giustiniano, ma ritengo che questo convincimento non possa bastare a giustificare l'atetesi di *auctoritate constituentium*.

¹³¹ *Ius singulare* cit. 24 s., 190 s. È sintomatica peraltro la incertezza con cui lo stesso Orestano prospetta questa sua teoria: essa varrebbe a chiarire il problema solo « nella maggior parte dei casi ».

¹³² A questa affermazione l'Orestano giunge, principalmente, argomentando dal *tenor rationis* e dall'*aliqua utilitas*: 1) « il contrasto della norma di *ius singulare* con la norma di *ius commune* non è un contrasto ideale con il principio astratto di questo... ma con il *tenor*, con la *ratio* della disposizione positiva » (p. 53); 2) circa l'*aliqua utilitas*, « la difficoltà dell'interpretazione cade se si considera... »

divieto di *producere ad consequentias* riguarda la norma singolare solo al momento della sua introduzione, ma « non colpisce la creazione di ulteriori norme che amplifichino il campo di applicazione del principio nuovo »¹³³; l'elevazione di questo divieto a regola generale, importante la inapplicabilità per analogia, fu opera di Giustiniano, che riservò a sé la creazione del *ius singulare*. Ma non è difficile obbiettare a quest'ultima, piuttosto artificiosa concezione che essa tiene, forse, ancor meno conto della lettera dei testi sul *ius singulare*, di quanto non ne abbia per la verosimiglianza dei processi storici da ricostruire¹³⁴. Noi non possiamo assolu-

che questa *utilitas* specifica è una *utilitas* nuova » (p. 57). Ma è ben facile mettere in rilievo le imprecisioni e le contraddizioni di questo discorso: 1) se *ratio iuris* e *tenor rationis* significano praticamente la stessa cosa (come riconosce l'ORESTANO, cit. 52), è erroneo interpretare *contra tenorem rationis* diversamente da « contrarietà alla *ratio* del sistema », ed è assolutamente fuor di luogo appellarsi a testi che parlano di *tenor senatusconsulti* (Paul. sent. 2.21A.18) o di *tenor legis* (D. 9.2.56) o di *tenor constitutionis* (Inst. 2.19.6), perché in questi testi la parola *tenor* assume un significato subordinato all'altro termine (*senatusconsultum*, *lex*, *constitutio*) che la specifica; 2) l'interpretazione di *tenor rationis* nel senso di *ratio* di una disposizione positiva vigente sarebbe potuta essere lontanamente plausibile, proprio se l'Orestano avesse affermato la netta differenza di significato tra *ratio iuris* e *tenor rationis* (il che egli non ha fatto, anche perché, di fronte al divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris*, si sarebbe dato la zappa sui piedi); 3) è ingiustificato interpretare l'*aliqua utilitas* nel senso di *utilitas* nuova, perché questa espressione non significa tanto, ma è estremamente più generica, ed è assolutamente fuor di luogo richiamare a sostegno di questa interpretazione D. 1.4.2 (*in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*), di cui basta la semplice lettura per dimostrare che non può a nulla servire, almeno ai fini della teoria dell'Orestano.

¹³³ « Avviene così che solo apparentemente il divieto viene violato quando l'amplificazione ha luogo; è che dietro un nuovo impulso si riprende quel processo di creazione che aveva già introdotto il principio di *ius singulare* » (204). Anche qui bisogna dire che le intuizioni dell'Orestano sono buone: indubbiamente l'*utilitas* che ha determinato l'introduzione di una norma nel sistema si esaurisce in questa norma, dimodoché ogni modificazione o ulteriore innovazione non può dirsi proveniente da quella determinata *utilitas*, ma da una *utilitas* nuova e distinta. Tuttavia, questa è una cosa, ed interpretare così il divieto di *deducere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* è una cosa tutta diversa, ed una cosa errata, perché è evidente che, se Paolo avesse pensato quel che afferma l'Orestano, non avrebbe proprio parlato.

¹³⁴ Va rilevato, da ultimo, che l'ORESTANO, cit. 59 s., tenta di conferire una grande importanza anche all'*introducendum est* della definizione paolina. *Introducendum est* dimostra che « nel momento della sua creazione la norma di *ius singulare* penetra nel sistema, viene in esso introdotta e da esso è ricetta e si colloca a fianco

tamente ammettere che gli elementi della definizione paolina — il *contra tenorem rationis*, l'*aliqua utilitas*, l'*introducendum est* — si debbano interpretare in maniera così arbitraria, da richiamare alla memoria il *bon mot* che fu detto a proposito della pronuncia inglese: in inglese si scrive « Birmingham » e si pronuncia « Liverpool ». Giusta ed acuta è l'esigenza di un superamento storico del problema del *ius singulare*, ed altissimo è perciò il merito dell'Orestano, che per primo l'ha formulata: ma, all'atto pratico, il superamento non può dirsi riuscito.

12. — Quando è così, non mi si accusi *a priori* di temerità, se sarò più reciso e deciso nel mio tentativo di superare storicamente le altrimenti insopprimibili asperità del problema. Il mio intento è di muovere guerra — se mi è lecito usare l'enfatica espressione — alla classicità della categoria dogmatica *ius singulare*, nonché, entro certi limiti che appresso chiarirò, allo stesso divieto generale di applicare per analogia le così dette norme *contra rationem iuris*.

Il rilievo già fatto, che non tutti gli istituti concepibili, alla luce della definizione stessa di Paolo, come *iura singularia* risultano nelle fonti definiti o considerati così¹³⁵, ché anzi gli esempi più cospicui — quali il *testamentum militis* e il *postliminium* e il *peculium castrense* e il *SC. Velleianum* — appaiono in tutte le epoche liberamente estesi in ogni direzione per analogia¹³⁶, invita a ritenere: 1) che la categoria *ius singulare*, se pure fu formulata dai giuristi dell'epoca classica, non ebbe in diritto classico alcun riflesso pratico preponderante, ma ebbe il puro carattere di una isolata definizione scolastica, e — mi si conceda di dirlo — assai poco felice, nonché in netto contrasto con tutto lo spirito della giurisprudenza classica, aliena quant'altre mai da classificazioni teo-

della norma comune»: del che non dubitiamo perché, stando alla definizione paolina, la norma di *ius singulare* deve essere certamente qualificata come norma di « diritto eccezionale » e non di « diritto anomalo ». Non vedo, quindi, come e perché l'*introducendum est* possa essere addotto a sostegno delle argomentazioni dell'Orestano. Se poi l'*introducendum est* è addotto per sostenere che la norma entra a far parte dello stesso sistema specifico costituito dalla norma positiva derogata, basterà richiamarsi: 1) al testo che dice essere stato il *ius honorarium* introdotto dai pretori, evidentemente nel sistema giuridico generale (D. 1.1.7.1); 2) al fatto che lo stesso ORESTANO, *cit.* 62, non può disconoscere che talvolta i principi di *ius singulare* non penetrano in un sistema specifico preesistente, ma danno luogo ad istituti nuovi, estranei a quel sistema (si pensi ai *codicilli*, rispetto ai testamenti).

¹³⁵ V. *retro* n. 10 A.

¹³⁶ V. *retro* n. 10 D.

riche e scolastiche di concetti¹³⁷; 2) che il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris*, se pure fu formulato nel diritto classico, non ebbe in esso il valore generale e preponderante che le Pandette gli attribuiscono almeno da un punto di vista formale, ma ebbe, forse, un significato piú limitato e meno assoluto¹³⁸.

Tutta la storia del diritto romano classico, dall'epoca quiritaria ai Severi, tutta la storia della giurisprudenza repubblicana e del Principato, tipicamente libera nell'uso piú audace della *interpretatio*, sta ad indicare qualcosa di piú, che il concetto del *ius singulare* ed il connesso divieto di applicazione analogica non furono assolutamente compatibili con le concezioni basilari del diritto romano puro, il quale ci presenta innumeri esempi di introduzione di nuovi istituti e di invasione, da parte di questi istituti, di tutto il mondo giuridico, con conseguente esautoramento degli istituti piú vecchi¹³⁹. Si pensi alla vastissima elaborazione giurisprudenziale dei formalistici e ristretti principi quiritari¹⁴⁰, si pensi al *ius gentium*¹⁴¹, si pensi soprattutto alla funzione esercitata dal *ius honorarium* nei riguardi del *ius civile*¹⁴². Tutto ciò non sta certo a significare che i Romani applicassero ciecamente ed irrazionalmente in qualunque direzione le norme ed i principi del loro diritto, ma sta ad indicare, peraltro, che essi non ebbero, non poterono avere il concetto generale di una eccezione contrapposta alla regola di una impossibilità di applicare per

¹³⁷ La renitenza della giurisprudenza classica verso le formulazioni teoriche astratte e la tendenza verso le medesime della giurisprudenza postclassica sono fra le cose piú note: v. sul punto SCHULZ, *Prinzipien des Römischen Rechts* (Berlin 1934) 33 s.

¹³⁸ In questo senso potremmo aderire, salve le risultanze dell'esame esegetico che sarà svolto *infra* n. 18 e 19, a quanto afferma l'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 39 nt. 1, che inserisce il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* tra i canoni di interpretazione a questo o a quel proposito formulati dai giuristi classici, avvertendo che la loro generalità può tollerare eccezioni. Tuttavia io credo che a questa osservazione in tanto si possa aderire, in quanto si rinunci ad accettare come classica e vera la categoria *ius singulare*.

¹³⁹ Non è possibile addentrarsi in questa sede nelle interessantissime discussioni che si svolgono in proposito. Rimando ad ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano* cit. *passim*, ed al recente libro del GROSSO, *Premesse generali* cit. 61 s.

¹⁴⁰ V. sul punto, da ultimo, con vasta elaborazione del tema, GROSSO, *Premesse generali* cit. 65 s.

¹⁴¹ Sul punto v. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 138 s.

¹⁴² Sul punto ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 157 s., GROSSO, *Premesse generali* cit. 111 s.

analogia la prima di fronte al predominio della seconda¹⁴³: la storia del diritto romano è, anzi, principalmente la storia delle eccezioni che diventano regole e delle regole primitive che, arginate e compresse dallo sviluppo delle successive eccezioni, si riducono con l'andar del tempo a divenire meri relitti, anomalie, rudimenti di epoche passate¹⁴⁴.

Occorre, allora, riesaminare criticamente le basi testuali su cui poggia la dottrina del *ius singulare* romano, onde accertare quanto vi sia in esse di classico, di puro, di genuinamente romano. E vedremo subito che esse sono molto più fragili di quanto ci si potrebbe aspettare.

13. — Col Perozzi¹⁴⁵, distingueremo i testi che parlano del *ius singulare* in due categorie: testi in cui l'espressione *ius singulare* viene usata relativamente alle persone o alle cose per cui vale un diritto eccezionale e testi in cui l'espressione *ius singulare* viene usata assolutamente (all'ablativo assoluto) senza indicare cioè una persona o una cosa per cui valga. Nel primo caso il riferimento alla categoria dogmatica del diritto eccezionale è più sicuro, mentre nel secondo caso è invece da dubitare che, almeno in taluni testi, la categoria dogmatica non venga richiamata, ma

¹⁴³ Più in generale, deve ricordarsi come il divieto di applicazione analogica sia rimasto certamente estraneo anche al diritto penale romano, che non conobbe né formulò mai il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. V. sul punto, da ultimo, SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates* (Leipzig 1936), LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrechte*, I. *Die Strafzumessung*, in *BIDR.* 40 (1938) 57 s., SOLAZZI, *D. 48.4.7.3 e l'analogia nel diritto penale*, in *Studi Massari* (Napoli 1937) estr., e anche VASSALLI G., *Nullum crimen sine lege*, in *GI.* 91 (1939) 4 estr. 11 s.

¹⁴⁴ È perciò che io qualificarei estremamente perspicua, per il tempo in cui fu formulata, la tanto bistrattata teoria del DERNBURG, *Pandette* (tr. it. Cicala) 1.1 (Milano 1906) 83 s. Il Dernburg distingue i diritti singolari dalle singolarità di diritto: i primi « escludono per una sfera di casi le regole comuni ed i principi comuni, per motivi particolari, sia di utilità, sia di morale, sia del pubblico bene », le seconde sono « un complesso di norme giuridiche, che appartengono alle rappresentazioni del passato, o che, formate per effetto di altre leggi, non concordano col sistema ». Per conseguenza, riteneva il Dernburg che Paolo avesse formulato la definizione del *ius singulare*, tenendo davanti agli occhi, unilateralmente, il secondo caso, e che alle sole norme di questa seconda categoria si dovesse riferire il divieto di *producere ad consequentias*. Ora, non che la teoria del Dernburg possa essere minimamente accettata (in questo senso, sono pienamente consenziente con la critica che ne fa l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 41 s.), ma è certo che il Dernburg ha visto storicamente almeno un lato del problema: quello che attiene alla infondatezza dei principi superati, alla impossibilità di applicarli per analogia.

¹⁴⁵ *Istituzioni* cit. 1.106 nt. 3.

si voglia soltanto mettere in evidenza il carattere particolare, singolare, di certe norme¹⁴⁶.

Vediamo anzitutto i testi della prima categoria:

a) Il primo frammento che viene in considerazione è quello famoso, in cui si contiene la definizione stessa del *ius singulare*¹⁴⁷. Ma siccome la questione verte proprio sulla classicità di questa definizione, noi lasceremo per un momento da parte il testo paolino, salvo a riprenderlo in esame in un momento più opportuno¹⁴⁸.

b) Un secondo frammento, attribuito alla penna di Giavoleno Prisco, parlerebbe di *ius singulare* in ordine all'istituto del *postliminium*.

D. 41.2.23.1 (Iavol. 1 *epist.*): *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

Non ripeterò qui un discorso già ampiamente svolto altrove¹⁴⁹, per dimostrare che il frammento di Giavoleno è profondamente alterato¹⁵⁰ e che, in particolare, indiscutibilmente spurio è il primo periodo di esso, ove si dice che *in his, qui in hostium potestatem pervenerunt in retinendo iura rerum suarum singulare ius est*. La *possessio*, cui si restringe il discorso nel resto del frammento, non era considerata dai classici un « diritto » reale, un *ius rerum suarum*, ma un mero rapporto di fatto tra il possessore e la cosa¹⁵¹; il *postliminium*, anche se non è certo abbia importato reviviscenza dei diritti dopo la prigionia o piuttosto quiescenza

¹⁴⁶ Vedremo, tuttavia, che alcuni testi della seconda categoria sono abbastanza chiaramente allusivi al *ius singulare*, mentre vi è un paio di testi della prima categoria in cui l'allusione è molto meno sensibile, e forse manca del tutto. Ma l'utilità di distinguere le due categorie, come vedremo, permane, perché ci aiuterà a chiarirci la genesi della concezione postclassica di un *ius singulare*.

¹⁴⁷ V. *retro* n. 3.

¹⁴⁸ V. *infra* n. 15.

¹⁴⁹ V. GUARINO, *Sul ius singulare postliminii*, in ZSS. 61 (1941) 58 s.

¹⁵⁰ Quanto alla sostanza, il frammento può essere così ricostruito (seguendo BESELER, in ZSS. 45 [1925] 205): *Qui in hostium potestatem pervenerunt possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

¹⁵¹ V. sul punto ALBERTARIO, *In tema di classificazione del possesso*, in *Studi di diritto romano* 2 (Milano 1941) 173 s., GUARINO, *Postliminium* cit. 69 nt. 37 bis.

dei medesimi durante la cattività¹⁵², non fu certo, sempre in diritto classico, un semplice *retinere iura sua* durante la schiavitù di guerra¹⁵³; in ogni caso, la singolarità delle norme sul *postliminium* non fu nel riservare al titolare fatto prigioniero i soli *iura rerum suarum* (proprietà e diritti affini), ma gli *omnia iura*, con esclusione dei soli rapporti di fatto (possesso, matrimonio)¹⁵⁴. D. 41.2.23.1 è, con ogni probabilità, un elaborato postclassico, e dalla penna del lettore postclassico, non da quella di Giavoleno, è certamente uscita l'infelice frase che inquadra malamente ed incompletamente l'istituto nella categoria dogmatica del *ius singulare*¹⁵⁵.

¹⁵² V. sul punto, in vario senso, BESELER, in ZSS. 45 (1925) 205, RATTI, *Studi sulla captivitas* 3, in *Ann. Macerata* 1927, estr. 100 ss.; GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in *Ann. Messina* 1 (1927) estr. 26.

¹⁵³ In questo senso è invece, per il periodo anteriore a Gaio, L'AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminio*, in *SDHI.* 5 (1939) 202 s., che difende pertanto la genuinità di D. 41.2.23.1 (salvo l'inciso *corporaliter*, già appuntato dal ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, ora in *Scritti giuridici* [Milano 1922] 184 s.). Ma v. *contra* GUARINO, *Postliminium* cit. 62 s.

¹⁵⁴ V. GUARINO, *Postliminium* cit. 76.

¹⁵⁵ V. GUARINO, *Postliminium* cit. 71 s. Chi tenga presente l'ipotesi del BESELER, in *Studi Bonfante* 2.72, per cui i *libri epistularum* di Giavoleno sarebbero un'opera apocrifa, troverà che essa è confermata dalle nostre conclusioni (ma v. tuttavia, sulla questione del carattere apocrifo dei *libri epistularum*, BERGER, in *BIDR.* 44 [1936-37] 96, e art. *Octavius Javolenus*, in *PWRE.* shv.). Mi corre l'obbligo, in questa sede, di rispondere ad un appunto indirettamente rivolto dal DI MARZO, *Istituzioni* cit. 34 nt. 1, il quale dice, a proposito della questione dibattuta fra me e l'Ambrosino: « Mi sembra che l'Ambrosino... sopravvaluti la importanza di D. 41.2.23.1, nel quale Giavoleno adopera la espressione *in retinendo*, perché ha la mente rivolta all'effetto ultimo del *postliminium*: i *iura rerum suarum* si ritengono perché si considerano come non mai perduti... Del tutto fuori strada è Beseler...: la sua ricostruzione del testo di Giavoleno accoglie Guarino..., attribuendo l'alterazione alle scuole postclassiche ». Ora io sono lieto che il Di Marzo concordi con me nel ritenere che l'Ambrosino sopravvaluti la importanza di D. 41.2.23.1, ma solo nel senso che non è sostenibile la tesi di una teoria giavoleniana per cui gli effetti del postliminio sarebbero consistiti in un *retinere iura sua*: l'interpretazione bonaria che il Di Marzo vuol dare dell'*in retinendo* di Giavoleno è invece da scartare nel più pieno dei modi, perché attribuisce ad un giurista serio una imprecisione di linguaggio che può essere solo di un cattivo, di un pessimo giurista. È indubitabile che, tra il Beseler e me, da un lato, e l'Ambrosino, dall'altro, qualcuno sia fuori strada: ma mi permetto di ritenere altrettanto indubitabile che una delle due opinioni sia quella vera e che fuori strada sia certamente il Di Marzo, che le combatte entrambe, sottovalutando in maniera inaccettabile la personalità di un giurista come Giavoleno.

c) In un testo di Salvio Giuliano la categoria *ius singulare* sembra essere applicata all'istituto dei *codicilli*. Ma vedremo subito che, anche in questo caso, il riferimento è quanto mai impreciso, che anche questo testo è stato rimaneggiato nella forma e nella sostanza da mano post-classica¹⁵⁶.

D. 29.7.2.2 (Iul. 37 dig.): *Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent...*

A prescindere dalla ridda di sospetti che genera il resto del paragrafo e l'intero frammento di Giuliano¹⁵⁷, la condanna del periodo su riportato non può che essere radicale¹⁵⁸. Il giurista classico non può aver detto che *quaecumque* siano stati scritti nei *codicilli* si debbano considerare come scritti nel testamento: ed invero i *codicilli testamento non confirmati* potevano contenere soltanto disposizioni fedecommissarie, mentre gli stessi *codicilli confirmati* non potevano contenere né l'istituzione di erede né la diseredazione¹⁵⁹. Indubabilmente sul discorso originario di Giuliano ha posato le sue mani inette uno studioso postclassico facilon e amante di astrazioni.

d) Ed ancora del *ius singulare* ci parlerebbe Gaio, in un frammento relativo al *testamentum militis*.

D. 29.1.2 (Gai. 15 ad ed. prov.): *De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari.*

Se aderissimo alla tesi del von Velsen¹⁶⁰, secondo il quale l'*edictum provinciale* commentato da Gaio sarebbe stato l'editto del pretore peregrino¹⁶¹, potremmo tranquillamente sbarazzarci, sulla traccia del citato

¹⁵⁶ V. GUARINO, *Pauli de iure codicillorum* cit. 249.

¹⁵⁷ V. *Index itp. ahl.* e SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (Milano 1939) 53 s.

¹⁵⁸ Buone osservazioni in proposito fa lo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit.

¹⁵⁹ Gai 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint; at is, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint.*

¹⁶⁰ *Das Edictum provinciale des Gaius*, in ZSS. 21 (1900) 73 s.

¹⁶¹ Ma v. tuttavia KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*² (München-Leipzig 1912) 20 nt. 9 e sulla questione dell'editto provinciale, da ultimo, BUCKLAND, *L'Edictum provinciale*, in *Rev. hist. de droit franç. et étranger* (1934) 81 s., e autori ivi citati.

autore, anche di questo frammento¹⁶². Ma a noi basta ritenere, con il Lenel¹⁶³, che siamo in presenza di una delle consuete introduzioni parafastiche ai capitoli dell'editto pretorio: che una *bonorum possessio ex testamento militis* sia stata promessa dai magistrati edicenti non è dubbio¹⁶⁴, che invece sia proprio di Gaio il ridondante e sostanzialmente poco corretto periodo introduttivo del suo commento all'editto *de bonorum possessione ex testamento militis*, questo è ben poco credibile¹⁶⁵. In ogni caso, è da tener ben presente, con lo Scharlach¹⁶⁶, che l'espressione *propria atque singularia iura* ha ben poco a che vedere con la nozione tecnica del *ius singulare*, quale ci verrebbe fornita dalla definizione paolina: essa adombra il carattere specifico, peculiare dei diritti che sorgono per i *militis* dalle concessioni di privilegio delle costituzioni imperiali¹⁶⁷. Siamo in tema di privilegi, non di diritto singolare, e terremo il debito conto di questa constatazione fra poco¹⁶⁸.

e) Un ultimo testo della prima categoria, che si suole citare in ordine al *ius singulare* è di Ulpiano.

D. 12.1.15 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam, nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis, quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.*

Anche la prima frase di questo frammento ben poco prova per il riferimento delle regole ivi espresse alla categoria dogmatica *ius singu-*

¹⁶² VON VELSEN, *cit.* 145: [*quod—observari*].

¹⁶³ *Edictum perpetuum* *cit.* 351 nt. 12.

¹⁶⁴ V. LENEL, *Edictum perpetuum* *cit.* 155 ed i testi ivi citati.

¹⁶⁵ Riporto la motivazione del VON VELSEN: « Der Satz *quod—observari* soll offenbar den Grund für das *separatim* enthalten, denn *ideo* steht vor *separatim*. Unmöglich aber kann die hervorragende Kenntnis des *proconsul* von den kaiserlichen Konstitutionen in dieser Materie den Grund für Aufstellung eines Sonderabschnittes im Edikt abgegeben haben: hier ist die Hand der Kompilatoren zu deutlich ». In verità la giustificazione dell'editto *de bonorum possessione ex testamento militis* non poteva essere più ingenua. Ridondante è l'espressione *propria atque singularia iura*. Non sottoscrivo invece l'idea della interpolazione dei compilatori: le *laudationes edicti* mi paiono piuttosto annotazioni di scuole postclassiche.

¹⁶⁶ *Das ius singulare im Römischen Recht*, in *Archiv für die civil. Praxis* 62 (1879) 455 nt. 11. Ma v. tuttavia PEROZZI, *Istituzioni* *cit.* 1.106 nt. 2.

¹⁶⁷ V. anche *infra* n. 17.

¹⁶⁸ V. *infra* n. 20.

lare, e ben lo ha visto il Perozzi¹⁶⁹. Qui non si parla di norme *contra tenorem rationis*, ma di norme particolari, caratteristiche, di norme che a prima vista potrebbero parer sorprendenti a chi pensasse che, per aversi mutuo, occorra anzitutto la proprietà nel mutuante della pecunia mutuanda¹⁷⁰. Ma a chi potevano parere sorprendenti queste deviazioni, questi ampliamenti dell'originario concetto del mutuo, se non ad una mentalità ristretta e confusa di studioso postclassico? Ulpiano ed i suoi contemporanei conoscevano ed applicavano largamente queste figure di mutuo in senso lato¹⁷¹; nel frammento sopra riportato vediamo anzi, e subito, procedere il giurista classico, con tutta naturalezza, ad una applicazione analogica del principio allora enunciato: *quod igitur in duabus personis recipitur, hos et in eadem persona recipiendum est*¹⁷². Io ritengo, pertanto, con il Beseler¹⁷³, insiticio tutto il periodo *singularia—creditam*, che è la nota di meraviglia di un lettore postclassico verso un principio ammesso pianamente da Ulpiano e dai giuristi dell'età sua¹⁷⁴.

14. — L'ultimo testo sopra esaminato¹⁷⁵ ci facilita il passaggio all'e-

¹⁶⁹ *Istituzioni* cit. 1.106 nt. 2.

¹⁷⁰ Cfr. Inst. 3.14 pr., D. 12.1.2.2.

¹⁷¹ Ne fornisce ampia dimostrazione l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 82 s., cui rimando. Non aderisco, naturalmente, alla conclusione dell'Orestano: essere il frammento in esame genuino anche nella frase *singularia—creditam*.

¹⁷² Secondo il KRÜGER, ahl., al frammento in esame va congiunto D. 17.1.10.4.

¹⁷³ *Beiträge* cit. 3.45: «Zu Ulpian's Zeit waren nicht mehrere Dinge *recepta*, sondern eins *receptum* und eins *recipiendum*». Adde: *circa pecuniam*, su cui *Vocab. iurispr. romanae* 1.774.18. Su *circa* v. anche GUARNERI CITATI, *Indice e Suppl.* 2 shv. Mi paiono, quindi, perlomeno esagerate le seguenti parole dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 82: «Ma il tenore di tutta la frase è così classico, così genuino tutte le parole che la compongono, così ricorrenti in altri casi, che difficilmente si può ammettere che essa sia effettivamente interpolata e non piuttosto dettata nell'originale di Ulpiano».

¹⁷⁴ Sulle discussioni del periodo postclassico relative a questo frammento, v. LONGO, *Natura actionis nelle fonti bizantine*, in *BIDR.* 17 (1905) 81 s. Può anche darsi che il *singularia quaedam* sia sintomo della stessa nota di meraviglia che appare in Steph. sch. ad D. 12.1.15 (Heimb. 2.611 sch. 5): τοῦτό ἐστιν τὸ θαυμαστόν, καὶ δοκοῦν ὡσπερ παρὰ κανόνα, ὅτι μὴδὲ ἀπαριθμήσεως γενομένης ἐπὶ δανείῳ μὴδὲ ἐπερωτήσεως κατὰ νοβάτιονα, τίχεται ὁ κονδικτικίος, ἦτοι ἡ μανδάτι ἀναδομένη [τὸν κονδικτικίον] (τοῦ κονδικτικίου) τὴν φύσιν..... (*Hoc mirabile est, et videtur quasi contra regulam, quod nec facta numeratione mutui nomine, nec stipulatione novandi causa nascitur condicticia, seu actio mandati, quae assumit naturam condicticiae...*).

¹⁷⁵ D. 12.1.15.

same e alla critica del secondo gruppo di frammenti, in cui incontriamo l'espressione *iure singulari*, ablativo assoluto, usato senza riferimento diretto a cose o persone che formano oggetto dei precetti del diritto singolare.

Abbiamo visto come in quel frammento la frase *singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam* è il segno di una confusa e contorta tendenza delle scuole postclassiche a classificare « singolari » le norme giuridiche a tutta prima, per esse, poco comprensibili, di una tendenza non ancora ben chiara, cioè, a configurare come « di diritto singolare » questi ed altri principi. La stessa tendenza si rivela e si concreta nei frammenti del secondo gruppo.

a) In tre frammenti di Papiniano questa progressiva formazione del dogma del *ius singulare* si coglie a vista d'occhio, ma aggiungeremo subito che essa non può essere ritenuta genuina, bensì prodotto di note marginali penetrate nel testo.

Si guardi anzitutto a:

D. 41.3.44.3 (Pap. 23 *quaest.*): *Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt.*

Non occorre spendere parole, credo, per ribadire la certezza della provenienza postclassica di *sed haec iure singulari recepta sunt*, già sostenuta dal Bonfante¹⁷⁶ e dal Perozzi¹⁷⁷. Come è avvenuto per D. 12.1.15, anche qui un lettore postclassico ha sottolineato la regola, per lui singolare, che ai fini della *successio possessionis* la cosa si considera posseduta dal chiamato all'eredità anche nel tempo in cui l'eredità era giacente, purché egli poi l'abbia accettata.

b) In un secondo testo di Papiniano, dello stesso libro 23 *quaestionum*, il lettore postclassico¹⁷⁸ fa a margine una nota perfettamente analoga ma ancora più allusiva alla categoria *ius singulare*.

D. 41.2.44.1 (Pap. 23 *quaest.*): *Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere...*

Papiniano non può avere scritto — e lo dico a prescindere dalle altre critiche che si sono mosse al frammento¹⁷⁹ — *utilitatis causa iure*

¹⁷⁶ Note al Windscheid cit. 5.495.

¹⁷⁷ Istituzioni cit. 656 nt. 5.

¹⁷⁸ Non è da escludere che si tratti dello stesso annotatore del brano precedentemente riportato.

¹⁷⁹ V. Index itp. ahl.

*singulari*¹⁸⁰. L'equazione è di mano di un annotatore postclassico, il quale va applicando il concetto di scuola del *ius singulare* un po' dovunque, e principalmente in margine ai testi in cui vengono enunciati princípi che gli paiono singolari o che il giurista classico afferma introdotti *utilitatis causa*.

c) In un terzo (ed ultimo) frammento papiniano parrebbe vedersi operare in pieno la categoria *ius singulare*, nel senso che un principio *iure singulari receptum* risulterebbe dichiarato inestensibile a casi e materie analoghi.

D. 40.5.23.3 (Pap. 9 resp.): *Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur*¹⁸¹: *quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa*¹⁸² *relicta porrigi non placuit*.

Dico subito che la seconda parte del testo (*quam sententiam rell.*), pur dicendo qualcosa di sostanzialmente esatto, non mi convince¹⁸³. In un frammento sostanzialmente genuino¹⁸⁴, che può dirsi esattamente parallelo al nostro, salvo che si riferisce alla *libertas testamentaria*¹⁸⁵, Giuliano, dopo aver affermato che *Sticho libertas competet, sed legatum non debetur*, spiega, a mo' di conclusione: *nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio (il testatore) tempus superesse videtur, quo impleto libertas contingeret*¹⁸⁶. Ora, se in materia di *libertas directa* la giurisprudenza ha potuto sacrificare al *favor libertatis* il regime severo del negozio sotto condizione, egli è perché, io credo, a ciò essa è stata spinta dal fatto che la stessa deroga si era ammessa in materia di fedecommissi; ed in questa

¹⁸⁰ V. in particolare SIBER, *Römisches Privatrecht* cit. 2.141.

¹⁸¹ Aloandro corregge *reddetur*.

¹⁸² Mommsen corregge *fideicommisso*.

¹⁸³ Il testo non mi risulta ancora attaccato dalla critica.

¹⁸⁴ D. 40.4.16 (Iul. 37 dig.): *Si ita scriptum fuerit: «cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto eique heres meus fundum dato» et Titius, antequam ad annum trigensimum perveniret, decesserit, Sticho libertas competet, sed legatum non debetur. nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videretur, quo impleto libertas contingeret [: circa legatum defecisse condicio visa est]*.

¹⁸⁵ Rimando alla buona difesa della genuinità sostanziale del passo, che si trova in ORESTANO, *Ius singulare* cit. 86, contro gli attacchi del Beseler, dell'Albertario e di altri.

¹⁸⁶ L'ultima proposizione, *circa legatum defecisse condicio visa est*, è molto probabilmente spuria: *circa* (v. retro nt. 173) e lo stile poco chiaro mi par che lo provino.

materia la deroga si era potuta facilmente ammettere per le peculiarità dell'istituto del fedecommesso, in ordine al quale la giurisprudenza operava con criteri informati ad una certa elasticità di vedute¹⁸⁷. Escluso è, dunque, che il principio riferito da Papiniano quanto alla *fideicommissaria libertas* fosse considerato dalla giurisprudenza classica come di *ius singulare* e quindi inapplicabile per analogia: il frammento di Giuliano ci rivela il contrario. D'altra parte lo stesso frammento di Giuliano ci chiarisce perché alla giurisprudenza classica *non placuit* di estendere la *sententia* enunciata da Papiniano ai *cetera fideicommissa*: ciò fu perché a quest'uopo sarebbe mancato il motivo del *favor libertatis*¹⁸⁸. Pertanto io sostengo che o la seconda parte del testo in esame non è di Papiniano ma di un suo tardo commentatore¹⁸⁹, o Papiniano ha parlato di una *sententia favore libertatis* (non *iure singulari*) *recepta*¹⁹⁰; e in questa seconda ipotesi è da credere che *iure singulari* sia stata una glossa esplicativa dell'originario *favore libertatis*, glossa entrata, in un secondo momento, a far parte del testo in luogo della espressione che il lettore postclassico intendeva chiarire¹⁹¹.

d) Considereremo per ultimo un paragrafo delle Istituzioni di Gaio, in cui pure compare l'espressione *iure singulari*.

Gai 3.114: *In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. nam adstipulatoris heres non habet actionem. item servus adstipulando nihil agit, quamvis ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirat. idem de eo qui in mancipio est magis placuit; nam et is servi loco est. is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat. ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione*

¹⁸⁷ V. *amplius* RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del dir. romano*, in *Mélanges Cornil* (Paris 1926) 2.341 s.

¹⁸⁸ Si noti, in ogni caso, che il testo non parla di impossibilità di *producere ad consequentias* il principio ammesso in ordine alla *fideicommissaria libertas*, ma dice che *non placuit* estendere quel principio ai fedecommessi in generale: v. anche SCHARLACH, *Ius singulare* cit. 451 s.

¹⁸⁹ Un argomento per ritenerlo sarebbe il fatto che qui si tratta di un responso pratico e che stupisce, pertanto, la frase *quam sententiam vell.*, che col caso pratico non ha nulla a che fare.

¹⁹⁰ Questa ipotesi, che avanzo per pura precauzione, è peraltro molto meno sicura della precedente.

¹⁹¹ Si sarebbe avuto, in sostanza, lo stesso fenomeno verificatosi in ordine all'*utilitatis causa* di D. 41.2.44.1 (*retro sub b*), salvo che, mentre ivi la sostituzione di *iure singulari* ad *utilitatis causa* non si è avverata, quivi *iure singulari* sarebbe subentrato al posto di *favore libertatis*.

exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. eadem de filia familias et quae in manu est dicta intellegemus.

Il regime dell'*adstipulatio* era indubbiamente caratterizzato da particolarità di regolamento, le quali dipendevano dal fatto che alla *adstipulatio* si applicavano, in concorso tra loro, norme relative alla *stipulatio* e norme relative al mandato¹⁹². Particolarità sí, ma princípi di diritto singolare no, perché l'*adstipulatio* non è in tutto una *stipulatio*, né da altra parte obbedisce in tutto alle regole del mandato¹⁹³. Per questi motivi, nonché per la inelegante struttura della frase¹⁹⁴, io ritengo che *in hoc—observantur* sia un glossema. Che i lettori postclassici di Gaio si compiaceressero dei riferimenti al *ius singulare* è dimostrato da un altro glossema, da un glossema paese, che si trova a margine dei frammenti antinoesi delle Istituzioni¹⁹⁵, in cui si cita appunto — come avremo occasione di ripetere — l'opera pseudopaolina *de iure singulari*¹⁹⁶.

15. — Possiamo trarre dal sin qui detto una prima conclusione, di carattere esegetico. Tutti i pochi frammenti giuridici in cui appare la menzione esplicita del *ius singulare* — fatta eccezione, per ora, per la definizione paolina — sono frammenti palesemente alterati o fortissimamente sospettabili¹⁹⁷.

¹⁹² In questo senso RICCOBONO, *Le applicazioni della « stipulatio »* (Roma 1934) 61 s., ORESTANO, *Ius singulare* cit. 79 s. Ma v. tuttavia SEGRÈ G., *Corso di diritto romano. Le garanzie personali* (Torino 1934) 34 s., SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1² (Napoli 1935) 73.

¹⁹³ In questo senso dice giustamente l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 80 s.: « Si hanno pertanto nella *adstipulatio* delle particolarità rispetto alle disposizioni positive che regolano i due istituti generatori, particolarità giustificate dalla doppia derivazione », ma inesattamente egli aggiunge che dette particolarità « per la posteriore formazione della *adstipulatio* vengono rettamente configurate da Gaio sotto l'aspetto dello *ius singulare* »: l'*adstipulatio*, per essere sottoposta ad un regolamento particolare, non è però *contra rationem iuris*. O, dunque, anche il periodo introduttivo di Gai 3.114 è spurio, o perlomeno è spuria la definizione paolina. Tuttavia io ritengo che tanto la frase introduttiva del paragrafo gaiano, quanto la definizione paolina non siano classiche; se Gaio avesse voluto soltanto accennare alle particolarità di regime della *adstipulatio* non avrebbe detto *iure singulari*.

¹⁹⁴ Sintomatica dello stile postclassico è la ripetizione a breve distanza di due *iure*: *in hoc... iure quaedam singulari iure...*

¹⁹⁵ PSI. 11.1182 (Firenze 1933), colonna F dell'*editio princeps*.

¹⁹⁶ V. *infra* n. 16.

¹⁹⁷ Quanto a Gai 3.114 (riportato *retro* nt. 14), quando anche non se ne

La mia constatazione esegetica rafforza di molto il sospetto che la teoria del *ius singulare* non abbia cittadinanza nel mondo giuridico dell'epoca classica, ma derivi invece dalle scuole giuridiche postclassiche. Ed infatti, contestata l'autenticità dei passi in cui alla categoria *ius singulare* indubbiamente si allude, accenna a tornare la piena armonia nel sistema del puro diritto romano, ove per chiari segni risulta che il problema del diritto singolare fu del tutto ignorato¹⁹⁸.

Senonché, mi si potrebbe a questo punto osservare che questa mia tesi della non classicità del *ius singulare* è gravemente, forse irrimediabilmente ostacolata dalla circostanza che, attraverso le *inscriptiones* di tre

voglia ammettere il glossema, s'ha da dire che esso è, perlomeno, ben poco allusivo alla categoria *ius singulare*.

¹⁹⁸ L'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 22 s., adduce altre « fonti nelle quali non ricorre l'espressione *ius singulare*, ma che ad esso si riferiscono ». Per alcune di queste fonti il riferimento è inammissibile: D. 25.2.1 (ove si parla dell'*iudicium singulare rerum amotarum*), D. 40.7.20.3 (in cui il riferimento non è neanche lontanamente visibile). Per altre fonti il riferimento è ammissibile e di esse ci occuperemo in prosieguo: D. 1.3.15 (v. *infra* n. 20), D. 1.3.14 (v. *infra* n. 18 e 19), D. 50.17.162 (v. *infra* nt. 247), D. 7.1.63, D. 24.3.54 (v. in questo numero, *sub b* e *sub a*). Quanto a D. 35.1.78 pr., riportato dall'ORESTANO, *cit.* 101 s., diremo che ivi la interpolazione di *iure communi* al posto di un originario *iure singulare* è una induzione gratuita del RICCOBONO (*Fasi e fattori* cit. 344 s.). Rimane da esaminare un testo di cui l'ORESTANO (*cit.* 22, 61 s., 77 s., 93 s.) fa moltissimo conto: D. 9.2.51.2 (Iul. 86 *dig.*): *Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest...* L'intero frammento giuliano, ed in particolare il brano su riportato, sono indiscutibilmente alterati (v. *Index itp.* e *Suppl.* I *abl.*) né l'Orestano lo contesta (*cit.* 78). L'Orestano, tuttavia, cerca di difendere la genuinità sostanziale del passo (*cit.* 61 nt. 1), affermando che « l'interpolazione a questo riguardo sarebbe stata del tutto superflua: i compilatori infatti avendo in mano il potere legislativo non avrebbero avuto ragione di indugiarsi a ricercare una giustificazione al loro operato, fondandola sullo *ius singulare* »: ma obietteremo che, siccome il passo appare a prima vista glossato in epoca pregiustiniana, queste parole dell'Orestano forniscono tutt'al più un ulteriore motivo per credere all'inquinamento postclassico e non triboniano. L'ORESTANO (*cit.* 93), prevedendo questa obiezione, dice peraltro anche che « queste parole, sia che fossero di Giuliano, oppure di un glossatore o di un commissario giustiniano, contengono una testimonianza preziosa ed eloquentissima, della cui verità ed esattezza, sino a prova contraria, non ci è lecito dubitare ». Senonché, ammesso che le parole del testo di Giuliano siano state scritte da un glossatore, è lecito dubitare, soprattutto in forza della dimostrazione che veniamo svolgendo in questo articolo, che il glossatore postclassico esprima un fenomeno reale ed innegabile in base a sue proprie concezioni e valutazioni, che furono estranee ai giuristi dell'epoca classica.

frammenti dei Digesti¹⁹⁹, ci risulta che un giurista classico, Paolo, non solo formulò la definizione che oggi tanto ci angustia, ma la formulò in una monografia *ad hoc*, in un *liber singularis de iure singulari*²⁰⁰.

Questa obiezione apparentemente grave merita qualche parola di risposta e di chiarimento. Ed anzitutto sia detto che i tre frammenti che ci rimangono, tramandati dalle Pandette, dell'operetta paolina sul *ius singulare* sono indiscutibilmente rimaneggiati, nella forma e nella sostanza.

a) Un primo frammento ci parla del così detto *beneficium competentiae*, cioè di un istituto di cui assolutamente non si capisce qual possa essere stata in diritto classico la singolarità, e che solo in epoca postclassica, con l'ammissione a favore del debitore del diritto di ritenere un *aliquid sufficiens ne egeat*, assumerà veramente carattere di *beneficium*²⁰¹. Si tratta di D. 24.3.54²⁰², un frammento di cui credo di aver ampiamente dimostrato, in altra sede, la totale rielaborazione postclassica²⁰³.

b) Viene per secondo un frammento addirittura paradossale, in cui è chiaro ed evidente il lavoro compiuto dal rielaboratore postclassico per spiattellarci un esempio di istituto di *ius singulare*.

D. 7.1.63: *Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest.*

Se io sono il pieno proprietario di un fondo, ne sono, naturalmente, anche l'usufruttuario, ma giuridicamente il mio usufrutto non esiste perché il *dominium* l'assorbe²⁰⁴. Questo è chiaro; ma stiamo a vedere cosa arzilogola il giurista postclassico. A spiegazione del fatto che il proprietario del fondo può costituire ad altri l'usufrutto del fondo stesso, egli dice — *nescio quid stultius* — il seguente paradosso, davvero « singolare »: *quod nostrum non est, transferemus ad alios* (quasi che l'usufrutto

¹⁹⁹ LENEL, *Pal. Paul.* n. 905-907.

²⁰⁰ Al *liber singularis de iure singulari* si richiama inoltre, come sappiamo (*retro* n. 14), un glossema in *PSI.* 11.1182.

²⁰¹ V. GUARINO, *Taxatio in id quod facere potest* cit. *passim*.

²⁰² D. 24.3.54. *Maritus facere posse creditur nullo deducto aere alieno, item socius, item patronus parensve: at is, qui ex donatione convenietur, omni aere alieno deducto facere posse intellegitur.*

²⁰³ V. GUARINO, *Beneficium competentiae dei milites* cit. 14 s.; *Taxatio* cit. 28. V. già, sul testo, i cit. dall'*Index itp.* e SOLAZZI, *Estinzione* cit. 228.

²⁰⁴ Per questa ovvia interpretazione cfr., da ultimo, GROSSO, in *SDHI.* 2 (1936) 403 che peraltro non segue nel ritenere genuino il testo. Inaccettabile l'interpretazione del BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del dir. rom.* (Città di Castello 1935) 54 s., contro cui v. anche HELDRICH, in *ZSS.* 58 (1938) 423.

non fosse nostro, solo perché è assorbito nella proprietà). Nessuno vorrà aggiudicare a Paolo, io spero, questo strampalato discorso ²⁶⁵.

c) Ed esaminiamo infine, spregiudicatamente, la famosa definizione paolina — terzo ed ultimo brano conservatoci del *liber singularis de iure singulari* —. Domandiamoci ora se essa sia l'espressione di un ragionamento chiaro, nitido, aperto, quale è presumibile che avrebbe dovuto essere quello di Paolo, o non piuttosto l'espressione di una concezione torbida ed equivoca.

D. 1.3.16 è un passo che non presta il fianco a soverchie critiche di forma ²⁶⁶, ma che in compenso si espone a tutta una ridda di osservazioni di sostanza, almeno per chi ritenga esatti i rilievi che sono venuto svolgendo sin qui in merito al diritto singolare ed alla insufficienza dogmatica della contrapposizione tra regola ed eccezione. L'indagine romanistica, applicata alle fonti di cognizione in nostro possesso, porta spesso a questo risultato: che un principio che pareva oscuro perché profondo, e profondo perché classico, può essere finalmente giudicato torbido perché vano, e vano perché non genuino, perché frutto della decadenza giuridica postclassica ²⁶⁷.

Quella definizione paolina che è stata il cruccio di tanti studiosi di problemi generali del diritto, oltre che di tanti romanisti, ci si manifesta, infine, come il portato di una rielaborazione scolastica postclassica, da cui sarebbe inutile pretendere la consequenzialità e la logica che giustamente esigiamo nei testi della giurisprudenza classica. Ed io non voglio escludere affatto che essa sia, almeno *in nuce*, genuina; non escludo cioè che essa sia stata realmente formulata da Paolo, in qualche suo commentario giuridico, per scolpire la categoria delle norme giuridiche puramente formali, dei precetti mancanti del requisito essenziale dell'astrattezza: la catego-

²⁶⁵ V. già sul testo PAMPALONI, in *BIDR.* 22 (1909) 124.

²⁶⁶ Si badi, tuttavia, alla vaga espressione *contra tenorem rationis*, che, oltre tutto, è ἀπὸξ λεγόμενον.

²⁶⁷ Non è — si creda — la comoda maniera di risolvere un problema e di eliminare delle difficoltà, ma è il risultato di una obbiettiva ricerca storica, volta a fissare i diversi piani prospettici della evoluzione giuridica romana nel quadro della compilazione giustiniana. E mi sia lecito credere, sino a prova contraria, che molto più obbiettiva è una ricerca condotta nel senso da me indicato, che non quella dell'Orestano, il quale è costretto a riconoscere (*cit.* 92 s.) che la categoria fu formulata da pochi giuristi classici ed applicata incompletamente e frammentariamente agli istituti (io aggiungerei: contraddittoriamente): tutto ciò dimostra invece che la categoria dogmatica *ius singulare* sorse sui margini delle opere classiche, ad opera della giurisprudenza postclassica.

ria che i Romani conobbero sotto il nome di *privilegium*. Il *privilegium*, sí, quello è veramente qualcosa di contrario alla *ratio iuris*, perché privo dei requisiti della norma giuridica; qualcosa di introdotto nel sistema *propter aliquam utilitatem*, per un contingente motivo politico; un istituto introdotto ormai, all'epoca di Paolo, *auctoritate constituentium*, dalle costituzioni imperiali²⁰⁸. Se Paolo ha definito il *privilegium*, come io ritengo possibile, ha detto qualcosa di sufficientemente esatto, e non è dato contestare, perciò, che la definizione utilizzata dalle scuole postclassiche per adombrare il torbido e malfermo concetto del *ius singulare* sia stata proprio scritta da lui²⁰⁹.

Ma è certo, a mio parere, che — abbia o non abbia il giurista classico formulato, in ordine ai *privilegia* imperiali, la definizione che in D. 1.3.16 troviamo riferita al *ius singulare* — questa definizione, in quanto rapportata al diritto singolare, non è del diritto classico, come non è del diritto classico la stessa categoria dogmatica del diritto singolare.

16. — Il *liber singularis de iure singulari*, dei cui residui ho tentato di dimostrare il carattere non genuino, rimarrebbe pertanto il solo argomento a favore della tesi, da me avversata, della classicità del *ius singulare*. Se Paolo ha dedicato un trattatello al *ius singulare* — mi si potrebbe opporre — è evidente che il *ius singulare* era ai suoi tempi qualcosa.

²⁰⁸ *Amplius* sul punto *infra* n. 20.

²⁰⁹ Io ritengo, pertanto, che il testo originario paolino possa essere così ricostruito: *Privilegium est, quod contra rationem iuris propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*. Ho corretto anche il *contra tenorem rationis*, che è espressione eccessivamente generica ed imprecisa. Si avverta tuttavia che la stessa espressione *contra rationem iuris*, ed ogni altra consimile, non è del tutto esente da sospetto. *Contra rationem iuris* appare in D. 1.3.14 (= D. 50.17.141 pr.), di cui sosterremo la derivazione postclassica *infra* n. 19. Interpolato è certamente *contra iuris formam* in D. 46.1.49.2 (v. i citati dell'*Index itp. ahl.*) e in D. 2.14.7.15 (già sospettato dal Fabro). Completato da mano postclassica mi pare anche D. 47.10.40 (Macer 2 *publ. iudic.*): *Divus Severus Dionysio Diogeni ita <re>scripsit: «Atrocis iniuriae damnatus in ordine decurionum esse non potes[it]. nec prodesse tibi debet error praesidium aut eius, qui de te aliquid pronuntiavit [, aut eorum qui contra formam iuris mansisse te in ordine decurionum putaverunt]»*. (L'ultima frase del rescritto è troppo generica ed ingenua, per poterla attribuire con sicurezza all'imperatore). Anche *contra iuris regulas* in D. 2.14.28 pr. non è genuino (v. gli autori citati dall'*Index itp. ahl.*). Non prestano il fianco ad appunti Ulp. 23.10 (*contra iuris regulas*) e D. 40.5.14.10 (*contra iuris rigorem*). Su D. 1.3.15 (*contra rationem iuris*) v. *infra* n. 20.

Ma che lo stesso *liber singularis de iure singulari* di Paolo sia una opera apocrifia, è mio saldo convincimento.

Già da tempo, e per altri riguardi, io ho sostenuto la tesi che le scuole giuridiche dell'epoca postclassica, accanto al lavoro di compendio e di alleggerimento delle più ponderose opere classiche, abbiano operato anche nel senso di escerpire dalle opere classiche quanto loro potesse servire per la confezione di monografie, di *libri singulares*, su argomenti singoli, cui i giuristi classici non pensavano o non potevano aver pensato²¹⁰. Di questo tipo di attività scolastica dell'epoca postclassica noi abbiamo le prove attraverso la stessa precisa testimonianza di Giustiniano, il quale — nella costituzione *Omnem*, § 1 — ci riferisce che, ai suoi tempi, le scuole giuridiche erano organizzate in modo che, nel primo anno di corso, si studiassero, accanto alle Istituzioni di Gaio, quattro *libri singulares: de re uxoria, de tutelis, de testamentis, de legatis*²¹¹. Il procedimento attraverso il quale queste elaborazioni scolastiche in *libri singulares* sono passate nei Digesti non ci interessa in questa sede²¹², ma ci interessa

²¹⁰ V. GUARINO, *Adfinitas* cit. 97 nt. 15, *Pauli de iure codicillorum* cit. 214 s. V. già, in questo senso, con visione parziale, SOLAZZI, *Rc. a Kübler*, in *BIDR.* 37 (1929) 95.

²¹¹ Const. *Omnem* (a. 533) 1: *Et antea quidem, quemadmodum et vestra scit prudentia, ex tanta legum multitudine, quae in librorum quidem duo milia, versuum autem tricis centena extendebatur, nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistra studiosi accipiebant, ceteris iam desuetis, iam omnibus inuis. in his autem sex libris Gaii institutiones et libri singulares quattuor, primus de illa vetere re uxoria, secundus de tutelis et tertius nec non quartus de testamentis et legatis connumerabantur: quos nec totos per consequentias accipiebant, sed multas partes eorum quasi supervacuas praeteribant.* Il seguito di questo paragrafo è molto interessante, perché dimostra ad usura, contro coloro che si affannano a negare l'immensa mole dei glossemi postclassici nei testi della compilazione, quanto invece le scuole postclassiche abbiano operato, in ogni senso, per semplificare, trascogliere e sintetizzare gli scritti dei giuristi classici. Per questi e per altri motivi (fra cui è della massima importanza il fatto che tutto o quasi tutto quello che ci è pervenuto della giurisprudenza classica al di fuori della compilazione giustiniana, ci è pervenuto attraverso altre compilazioni delle scuole postclassiche) io tengo per fermo che ormai, nel secolo di Giustiniano, le opere dei giuristi classici non erano note, salvo che a qualche erudito e a qualche bibliofilo, se non attraverso le rielaborazioni scolastiche, orientali e occidentali, dei secoli immediatamente precedenti.

²¹² D'altra parte, è cosa evidentissima — per fare l'esempio più noto — che i libri 30-32 dei Digesti, costituenti il titolo *de legatis et fideicommissis*, devono essere strettamente imparentati con il *liber singularis de legatis* di cui nella costituzione *Omnem*. Si pensa pertanto, oggi, con buon fondamento, che ai *Digesta* di

moltissimo la constatazione che, nel periodo di transizione dal diritto classico al diritto giustiniano, i bisogni della scuola avevano determinato una rielaborazione sistematica di tutta l'opera della giurisprudenza classica²¹³ e che alcune materie, alcuni argomenti passarono progressivamente a costituire l'oggetto di vere e proprie monografie specifiche, *libri singulares*. Su questa constatazione fondamentale io credo sia lecito basare l'ipotesi che una delle forme in cui si realizzò questo lavoro sistematico delle scuole postclassiche sia consistita nell'enucleamento di brani particolarmente significativi, ai fini del chiarimento dei dogmi che si venivano formando, e che intorno a questi nuclei si siano potute costruire vere e proprie operette di « estratti » adeguatamente raffazzonati: operette che presero il nome dell'autore classico cui si era attinto o particolarmente attinto²¹⁴.

Ora veniamo a Paolo. A guardare il lunghissimo elenco delle opere a lui attribuite²¹⁵, si rimane colpiti non solo dall'immensa congerie di questi scritti, ma in ispecie dalla moltitudine di *libri singulares*, che fanno corrispondenza con le materie trattate nei suoi già così ampi commentari giuridici²¹⁶. Il sospetto che molti di quei libri singolari siano opera di scuola diviene allora incoercibile²¹⁷. Ma, date queste premesse,

Giustiniano si sia pervenuti attraverso più o meno numerosi e complessi Predigesti: v. sul punto ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 377 s.

²¹³ Basti pensare, per convincersene, a qualcuna delle compilazioni, orientali o occidentali, a noi direttamente o indirettamente pervenute. I *Tituli ex corpore Ulpiani* (*Ulp. liber sing. regularum*), di cui non può dubitarsi che facciano parte elementi non ulpiani, le *Receptae Sententiae* di Paolo, le *Res cottidianae* di Gaio. V. su queste opere ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 354 s.

²¹⁴ Sull'attività delle scuole postclassiche v. PRINGSHEIM, *Beryth und Bologna*, in *Festschrift Lenel* (Leipzig 1921) estr.

²¹⁵ Basti pensare che Paolo è autore, fra l'altro, di 18 *libri ad Plautium*, di 26 *libri quaestionum*, di 23 *libri responsorum*, di 16 *libri ad Sabinum*, di 78 *libri ad edictum*: ma l'elenco delle opere non monografiche potrebbe continuare. V. LENEL, *Pal. sv. Paulus*.

²¹⁶ Ben 59 *libri singulares*: v. LENEL, *Pal. sv. Paulus*.

²¹⁷ E si noti che già molti di questi *libri singulares* sono stati giudicati apocriefi da svariati autori per ragioni svariate: v. sul punto FELGENTRAEGER, in *Symbolae Lenel* (Leipzig 1932) 338 s. Adde, per *Pauli variarum lectionum liber singularis*, GUARINO, in *SDHI.* 5 (1939) 468 s.; per *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, GUARINO, *Adfinitas* cit. 101 s. V. anche *infra* nt. 221. Inesattamente afferma però lo STEINWENTER, *Fundus cum instrumento* (Wien 1942) 39 nt. 5, che io ho segnalato, in *ZSS.* 62.216 ss. il carattere apocrifo di *Pauli de instrumenti significatione liber singularis*.

dobbiamo parlare di alcunché di piú di un sospetto in merito ad alcuni *libri singulares* paolini, esegeticamente assai poco saldi, i quali trattano di argomenti, a giudicare dal solo titolo, di un carattere teorico astratto, che non risponde per nulla alla concretezza di trattazione e di argomenti solita in Paolo e negli altri giuristi classici²¹⁸. Paolo sarebbe, in particolare, l'unico giurista romano, il quale avrebbe scritto un *liber singularis de iuris et facti ignorantia*²¹⁹, un *liber singularis de iure codicillorum*²²⁰, un *liber singularis de iure singulari*: tre *libri singulares*, oltre tutto, i cui frammenti a noi pervenuti sono per la massima parte paleissimamente rimaneggiati in epoca postclassica²²¹.

Non sorprenda, dunque, la mia affermazione che il *liber singularis de iure singulari* — cosí come è stato dimostrato per gli altri due or ora citati²²² — è una compilazione di scuola, e piú precisamente una compilazione di scuola postclassica.

E la diagnosi del processo scolastico che portò, nell'epoca postclassica, alla compilazione del *liber singularis de iure singulari* può essere confermata da qualche ulteriore riflessione. Si sa che, mentre numerosi passi dei Digesti danno concordemente per possibile una accettillazione parziale²²³, vi è un luogo delle Istituzioni di Gaio²²⁴ ove invece, sorprendentemente, si dice: *an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum est*²²⁵. I frammenti antinoesi delle Istituzioni riportano anch'essi, se pur con qualche modificazione, questo passo²²⁶, ma in piú essi sono

²¹⁸ V. sul punto SCHULZ, *Prinzipien* cit. 27 s.

²¹⁹ LENEL, *Pal. Paul.* n. 895.

²²⁰ LENEL, *Pal. Paul.* n. 895-899.

²²¹ Basta uno sguardo all'*Index itp.*, ahll. Adde, GUARINO, *Pauli de iure codicillorum* cit. 220 s.

²²² Per il *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, v. EBRARD, *Die Lehre von Rechtsschulen und Rechtsliteratur römischer Juristen im Lichte eines vorjustinianischen Digestentitels*, in *ZSS.* 45 (1925) 118; per il *liber singularis de iure codicillorum*, v. GUARINO, *Pauli de iure codicillorum* cit. 209 s.

²²³ V. D. 46.4.9 (Paul. 12 *ad Sab.*), 46.4.10 (Pomp. 26 *ad Sab.*), 46.4.13.1-2 (Ulp. 50 *ad Sab.*), 46.4.17 (Iul. 54 *dig.*).

²²⁴ Gai 3.172.

²²⁵ *Item quod debetur, pro parte recte solvitur: an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum (est)*. Sui tentativi della dottrina per spiegare le ragioni del dubbio circa la necessità dell'accettillazione totale, v. SOLAZZI, *Estinzione* cit. 256 s.

²²⁶ Il testo di PSI. 11.1182 è lacunoso, ma può ricostruirsi con sufficiente sicurezza cosí: *Item quod debetur pro parte recte solvitur: an autem in partem acceptillatio fieri potest, quaesitum.*

corredati da un interessante glossema marginale, in cui sono chiamati a sostegno del *quesitum est* due passi di Paolo: uno delle *sententiae* ed uno del *liber singularis de iure singulari*²²⁷. Queste due citazioni e soprattutto la seconda, sono molto caratteristiche, perché indirettamente confermano il criterio adottato dal compilatore postclassico del *liber singularis*: quello di andar scovando per ogni dove particolarità, singolarità del diritto, onde infarcirne l'operetta dedicata alla trattazione del *ius singulare*²²⁸. Spigolare negli scritti della giurisprudenza classica le *sententiae*, le *opiniones*, le *variae lectiones*, le singolarità è fra le manie scientifiche del periodo della decadenza²²⁹: lo mostra l'annotatore del Gaio antinoese, rilevando la singolarità del paragrafo sull'*acceptilatio* parziale²³⁰ e richia-

²²⁷ *Editio princeps*, pag. F, righe I-V: ἔδοξεν ὥστε λύ[εσθαι] εἰς μέρος τὴν ἐνοχὴν[v... *solutio*], ὡς ὁ Paul. β(βλίσω) β' [ἐν τῷ] τ(τλω) κθὲν τῇ ν' [*sententiarum*] [... ζητεῖται] & μέρη οὐ [... *an acceptellatione debita[rum rerum ...] dubitandum*. [ἀνάγνωδι τοῦ αὐτοῦ τὸ β(βλίσω)] *de iure sing[ulari] ... μετὰ ... ἐ]πι τῆς ἀρχῆ[ς]*.]. Condivido l'opinione dell'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49 s., che Paolo è stato chiamato in causa dal glossatore di Gaio, non per smentire, ma per confermare il *quesitum est* relativo alla possibilità dell'accettilazione parziale.

²²⁸ L'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49, rileva giustamente che l'annotatore postclassico ha scovato almeno un passo « in cui anche Paolo distingueva fra un'estinzione di obbligazione che è certa e un'altra in cui si discuteva, riproducendo in qualche modo l'impalcatura del § 172 » (sul punto: nt. 230), ma egli non si è chiesto perché l'annotatore postclassico ha dato tanto rilievo ad una questione che, se pure esistita — come egli fermamente crede (nt. 230) — negli scritti di qualche antico giureconsulto, era ormai ai tempi di Paolo (v. D. 46.4.9) ampiamente superata, e doveva essere quindi, ai tempi del glossatore dell'Antinoese, addirittura inconcepibile. Il perché di ciò io lo vedrei nella piccola mania di molti lettori postclassici di mettere in rilievo, dando prova di sottigliezza a buon mercato, questioni preziose e singolari, e più in generale nell'intento scolastico di mettere in luce le controversie (significativa a questo proposito è la glossa marginale di pag. D dell'*editio princeps*, e ancora di più la glossa di pag. C, che si riferiva probabilmente ad una controversia fra Sabiniani e Proculiani). Queste riflessioni confermano indirettamente lo spirito con cui lavorava il compilatore del *liber singularis de iure singulari*: scovare e mettere in luce aspetti sorprendenti, caratteristici, singolari del diritto romano, traendoli (attraverso una interpretazione tutt'altro che fine) dagli scritti dei giureconsulti classici.

²²⁹ Basti pensare al numero, che si va rivelando sempre più notevole, di compilazioni postclassiche di *opiniones*, *sententiae*, *variae lectiones*, ecc. attribuite da compilatori postclassici ai giuristi dell'epoca classica (e certamente solo in parte da essi derivanti): vedine l'elenco in FELGENTRAEGER, *cit.* 357 ss.

²³⁰ Un problema di notevole interesse è quello della genuinità di Gai 3.172. Si ritiene generalmente che questo paragrafo sia ispirato al ricordo di una regola antiquata (v. RABEL, in ZSS. 27 [1906] 332 nt. 1; PEROZZI, *Istituzioni cit.* 2.401

mando le complicazioni postclassiche in cui, prima ancora che da lui, questa singolarità era stata rilevata.

nt. 1; GIRARD, *Manuel* cit. 758; SIBER, *Römisches Recht* 2.268; MEYLAN, *Acceptilation et paiement* [1934] 36 s.: con variazioni dall'uno all'altro circa la identificazione dell'antica regola); l'opinione viene ora confermata dall'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49 nt. 4, il quale sostiene che siamo in presenza di un relitto della prima stesura del manuale gaiano (Cassio?). Tuttavia obietta il SOLAZZI, *Estinzione* cit. 256 s. e 258 nt. 7, che nessuno degli antichi principi che si sogliono citare spiega convenientemente il paragrafo gaiano, che questo presenta almeno una grave lacuna di sostanza (*pro parte recte solvitur*, ma bisognava aggiungere *debitori consentienti*), che è strano che Gaio non abbia cancellato il relitto della prima stesura, o che non abbia per lo meno provveduto a renderne più chiaro il dettato: egli ritiene pertanto che si possa legittimamente dubitare che il § 172 sia un glossema (v. già in questo senso, più precisamente, ma con debolissimi argomenti, KNIEP, *Gai institutionum commentarii* 3.2 [Jena 1914] 44 nt. 2), ed aggiunge che la coincidenza fra il Veronese e la pergamena egiziana dimostra tutt'al più che trattasi di un glossema abbastanza antico, risalente ad un manoscritto molto vicino all'originale. In verità, malgrado il forte argomento della coincidenza dei due manoscritti, anch'io ritengo che « il dubbio che il § 172 sia un glossema è... incoercibile » e mi orientano verso il dubbio le seguenti considerazioni: 1) è strano che l'annotatore dell'Antinoese, anziché tralasciare il § 172 (in quanto attinente ad una questione superata), lo abbia invece ampiamente glossato, ricercando con ogni diligenza altri testi in cui la questione si ripresentava (v. nt. 219); 2) ancor più strana appare la circostanza sovra esposta, se si pensa che le pag. A e B dell'Antinoese (ove compare il famosissimo *excursus*, mancante nel Veronese, sul *consortium*) non presentano alcuna glossa marginale, ma solo qualche piccolo glossema interlineare (lo stesso ARANGIO-RUIZ, *cit.* 4, spiega che « i brani aventi un mero interesse storico dovevano essere un po' trascurati nella scuola »); 3) è strano che Gaio alluda al dubbio circa la possibilità dell'accettilazione parziale (*quaesitum est*) e non lo risolva, come è suo costume, indicando l'opinione che ha finito per prevalere (v. invece *Inst.* 3.29.1). Ciò premesso, non è inopportuno notare (ed è un'acuta osservazione dell'ARANGIO-RUIZ, *cit.* 49 s., che ce ne fornisce il destro) che l'annotatore dell'Antinoese si richiama a passi in cui non si discute se sia possibile l'accettilazione parziale, ma di quali parti sia possibile l'accettilazione (α μέρος, non $\epsilon\lambda$ μέρος) e che in diritto classico l'accettilazione parziale non era sempre possibile, perché Ulpiano, ad esempio, nega giustamente che la si possa fare in materia di obbligazioni indivisibili (v. *D.* 46.4.13.1-2), e la casistica poteva e doveva certamente essere più complessa. Si potrebbe pertanto formulare, pur con ogni riserva, l'ipotesi che il § 172 sia proprio « l'appunto volante di un lettore, non il discorso preciso ed elegante di Gaio » (SOLAZZI, *cit.* 258) e che l'intento del lettore sia stato appunto di riferirsi alla casistica che si faceva dalla giurisprudenza classica in ordine all'accettilazione parziale. I giuristi classici discutevano, in questa o in quella occasione, se fosse possibile *in partem acceptum fieri* e le scuole postclassiche hanno rilevato la singolarità di queste controversie: di qui il possibile glossema del § 172, l'annotazione marginale della pag. F dell'Antinoese, la discussione del caso nel *liber singularis de iure singulari*.

17. — Aver dimostrato che la specifica categoria dogmatica *ius singulare* è il prodotto di una elaborazione dottrinale della decadenza non significa ancor aver dimostrato che al diritto classico fu estraneo un concetto della norma giuridica eccezionale, *contra rationem iuris*, non applicabile per analogia. Occorre vedere ora se il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris* sia stato realmente formulato in diritto classico, od in che senso e con quali riferimenti vi sia stato concepito.

A sfatare l'idea che i giuristi classici abbiano comunque avuto il sentimento di una antitesi produttiva di conseguenze giuridiche tra diritto comune e diritto eccezionale, io noterò anzitutto che l'espressione *ius commune*, che si incontra talvolta nelle fonti²³¹, non assume ivi, né per diritto classico né per diritto giustiniano²³², una significazione tecnica di « diritto regolare », ma vi sta unicamente a significare il sistema giuridico piú ampio, entro cui e rispetto a cui si pone una norma o un complesso organico di norme piú ristrette²³³. Vero è che nelle fonti romane ricorre non di rado una contrapposizione specifica tra *ius commune* e *ius militare*²³⁴, senonché, dimostrata la non classicità della categoria dogmatica *ius singulare*, questa contrapposizione non può dirsi *a priori* significativa. *Ius militare* — e ne vedremo meglio la genesi tra poco²³⁵ — è il regime giuridico proprio dei militari, riconnesso cioè ai privilegi concessi dagli imperatori alla categoria dei *milites*: la giustapposizione *ius militare - ius commune* non può essere intesa che in questo senso quantitativo²³⁶, così come in senso nettamente quantitativo si suole intendere, e giustamente, la giustapposizione tra *ius civile*,

²³¹ L'espressione si trova un po' dovunque nei testi della giurisprudenza romana, e ricorre soprattutto in tema di diritto ereditario (contrapposizione tra regime normale dei testamenti e regime eccezionale del *testamentum militis*). Rimando quindi, per le citazioni, ai Vocabolari.

²³² Nemmeno per diritto giustiniano. Ciò risulta dai molti testi conservatici nei Digesti e, piú perspicuamente, fra l'altro da: Inst. 1.10.7: ... *si adhuc noverca est, id est si adhuc patri tuo nupta est, communi iure impeditum tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest*...

²³³ V. sul punto, con opportunissime considerazioni, PEROZZI, *Istituzioni* cit. 106 s. V. anche ORESTANO, *Ius singulare* cit. 24 s.

²³⁴ V. ad es., Paul. *sent.* 3.4A.3, D. 28.3.7, D. 29.1.3, D. 29.1.11 pr.

²³⁵ V. *infra* n. 20.

²³⁶ Giustamente osserva a questo proposito il PEROZZI, *Istituzioni* cit. 170: « Si tratta dunque sempre di opposizione tra il diritto di alcuni (i soldati) e il diritto di tutti gli altri ».

cioè *ius proprium civitatis*, e *ius gentium*, cioè *ius commune omnium hominum*²³⁷. Come il *populus Romanus* vive, a detta di Gaio²³⁸, *partim suo proprio, partim communi omnium iure*, così (e solo in questo senso) può dirsi che i militari vivono parte *iure militari* e parte *iure communi (omnium civium)*²³⁹. Il *ius militare* non è un complesso di norme *contra rationem iuris*, ma un regime giuridico particolare ai militari, rispetto a cui l'analogia è pensabile ed ammessa, purché, s'intende, non si varchi il confine di fatto rappresentato dall'ambiente dei *militēs*, per il quale esso è stato formulato²⁴⁰.

Ma vi è un altro punto da chiarire. Le fonti romane non difettano di luoghi, in cui l'introduzione di nuove norme è motivata da una *utilitas* particolare, che appunto ne ha consigliato l'adozione²⁴¹: potrebbe pensarsi, e si pensa difatti, che l'*utilitatis causa* o le locuzioni consimili, mediante cui si giustificano dai giuristi romani alcune innovazioni, siano espressione, anche, di una impossibilità di estendimento analogico delle nuove norme, come del resto inviterebbero a ritenere alcuni dei frammenti dianzi esaminati, se non ne avessimo dimostrato l'alterazione²⁴². Senonché il richiamo all'*utilitas*, che le fonti talvolta fanno, altro non è che la indicazione dell'*occasio* della norma nuova, della ragion pratica per cui un nuovo regime è stato adottato²⁴³. *Utilitatis causa* è l'indica-

²³⁷ Le citazioni mi sembrano superflue. V. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 25. s.

²³⁸ Gai 1.1.

²³⁹ A dimostrare in maniera definitiva ed insuperabile che l'espressione *ius commune* non ha un significato tecnico di contrapposizione al *ius singulare* (o *militare*, o *fisci*, ecc.), basta ricordare questo frammento: D. 4.4.12 (Gai. 4 *ad ed. provinc.*): *Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoverti debet: scilicet quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. haec si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur senatus consulti auxilio*. Nel conflitto tra le disposizioni del SC. Velleiano e le norme relative ai minori, le prime vengono qualificate *ius commune*: eppure il SC. *Velleianum*, anche se non qualificato mai *ius singulare* dalle fonti, è indiscutibilmente un esempio notevole di *ius singulare*.

²⁴⁰ V. *retro* n. 8. L'esempio più caratteristico di applicazione analogica nell'ambito del *ius militare* è — come si è visto (*retro* n. 10) — il *peculium castrense*.

²⁴¹ Esempi: Gai 3.109 (*propter utilitatem*), Paul. *sent.* 5.2.2 e 5.10.2 (*utilitatis causa*). V. inoltre i luoghi citati nei Vocabolari.

²⁴² V. D. 41.2.44.1 (*retro* n. 14).

²⁴³ Una convincente prova del fatto che l'introduzione di una norma *utilitatis causa* non implica il carattere di singolarità della norma stessa, né tanto meno l'impossibilità di *producere* la norma *ad consequentias* è apprestata dal seguente

zione generica dei « motivi » di un nuovo regolamento, che equivale alla indicazione specifica dei motivi stessi²⁴⁴; nulla di piú, assolutamente nulla di piú di questo²⁴⁵. L'*utilitas* è strettamente connessa con la norma nuova di cui ha consigliato l'adozione, ma la sua funzione si esaurisce con l'atto stesso per cui la nuova norma fa il suo ingresso nell'ordinamento giuridico: dal momento in cui la norma è nata l'*utilitas* ha esplicato la sua funzione, dimodoché non può escludersi affatto che una nuova e diversa *utilitas* si formi, la quale consigli l'estensione della norma a casi e materie analoghe²⁴⁶. Un diritto che, come il romano, ammette e dichiara con tanta frequenza che nuove norme, regolamenti divergenti da altri precedenti sono stati introdotti *utilitatis causa* è un diritto evidentemente contrario, e non favorevole, alle limitazioni di estensibilità dei suoi princípi²⁴⁷.

passo di Gaio: Gai 3.160: *Item, si adhuc integro mandato mors alterutrius [alicuius] interveniat, id est vel eius, qui mandarit, vel eius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum; sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo, qui mihi mandaverit, ignorans eum decessisse executus fuero mandatum, [posse me] <possem> agere mandati actione . . . et huic simile est, quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam solverit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii solvisset, quam cui solvere deberet.*

²⁴⁴ Es.: il *favor libertatis* (v. D. 40.4.16, riportato *retro* n. 14 sub *c*, in nota).

²⁴⁵ In questo senso, e solamente in questo senso, può essere citato D. 1.4.2 (su cui *retro* nt. 132): ove si mette in luce la ovvia necessità che una qualche *utilitas* debba essere alla radice della introduzione di nuove norme nel sistema, specificando che questa *utilitas* deve essere evidente.

²⁴⁶ Possiamo quindi anche sottoscrivere le parole dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 58: « L'*utilitas* di cui parlano i giuristi in relazione alle norme dello *ius singulare* o in genere alle norme nuove è . . . un'*utilitas* innovativa che perciò si distingue da quella piú generica *utilitas* che essi riconoscono essere inerente al processo formativo di tutto il diritto ». Ma aggiungiamo subito (v. del resto *retro* nt. 132) che i giuristi romani dell'epoca classica non hanno affatto parlato di questa *utilitas* in relazione alle norme del *ius singulare*, ma in relazione alle norme nuove in generale: anzi il fatto che essi ne abbiano parlato in relazione alle nuove norme in genere (v. D. 1.4.2) smentisce che essi abbiano potuto vedere nell'*aliqua utilitas* un requisito caratteristico del supposto *ius singulare*.

²⁴⁷ È tempo di sbarazzarci di un frammento che si suole citare a sostegno della tesi della indeducibilità a conseguenze delle norme di *ius singulare*: D. 50.17.162 (Paul. 70 *ad ed.*) *Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*. Molte illazioni arbitrarie si sogliono basare su questo frammento. Si dice anzitutto che vi è equivalenza, se non identità, fra le norme introdotte *utilitatis causa* e quelle introdotte *propter necessitatem* (v. ad es. ORESTANO, *Ius singulare*

18. — Tuttavia non si può tralasciare di tener conto dell'opinione di un illustre romanista, l'Albertario²⁴⁸, il quale riconnette proprio alle norme introdotte nel sistema *utilitatis causa* il divieto di *producere ad consequentias* le norme *contra rationem iuris*²⁴⁹.

Rileggiamo anzitutto il frammento paolino:

D. 1.3.14 = D. 50.17.141 pr. (Paul. 54 ad ed.): *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*²⁵⁰.

Il passo, estratto dal libro 54 del commentario editale di Paolo, è stato dal Lenel²⁵¹ disposto, nella palingenesi di quel libro, nel corpo del lungo brano che ora si legge in D. 41.2.1.2—*fin.*, e più precisamente tra i paragrafi 16 e 17: esso appare, nella palingenesi leneliana, un po' isolato, un po' sconnesso rispetto al discorso del paragrafo 16, ma non par dubbio che proprio al discorso di questo paragrafo si rife-

cit. 56): asserzione, come si vede, assolutamente campata in aria. Si equipara, in secondo luogo, il divieto di *trahere in argumentum* al divieto di *producere ad consequentias*: altra asserzione con poco fondamento, ché fra l'una e l'altra espressione non vi è la minima congruenza. Potremmo, dunque, concludere che il passo in esame non interessa affatto la teoria del *ius singulare*, se non ci corresse l'obbligo di segnalare che esso è, con tutta probabilità, spurio. *Argumentum* è significativo (v. GUARNERI CITATI, *Indice shv.*), ma ancor più significativo è l'indizio fornito da *necessitas*, parola cara ai postclassici, che sogliono usarla in senso generale da ogni momento, ma sempre fuor di proposito (v. i citati dal GUARNERI CITATI, *Indice shv.*; adde KOSCHAKER, *L'alienazione della cosa legata*, in *Conferenze romanistiche Pavia* [Milano 1940] 92, 164 s.). Parlare di principi *propter necessitatem recepta* è ridicolo ed antigiuridico, perché privo di significato plausibile, dato che le norme giuridiche non si creano per necessità, ma per libera determinazione. Non è possibile dire a ché cosa volesse riferirsi l'autore postclassico di questo peregrino principio perché l'*inscriptio* dei Digesti è sicuramente errata (v. LENEL, *Pal.* 1.785, KRÜGER).

²⁴⁸ I *problemi possessori relativi al servus fugitivus*, in *Pubblicazioni Università Cattolica* (Milano 1939), ora in *Studi cit.* 2 (Milano 1941) 271 s.

²⁴⁹ Bisogna osservare, tuttavia, che, in *Il diritto romano* (Messina 1940) 96, l'ALBERTARIO parrebbe smentire egli stesso la sua audacissima tesi: « Sarebbe erroneo credere che l'*utilitas* venisse considerata soltanto nelle norme di *ius singulare*, mentre tutto il diritto privato, secondo la definizione ulpiana, *ad singulorum utilitatem pertinet*: gli è, invece, che in esse l'*utilitas* spicca più evidente ».

²⁵⁰ Il testo parallelo (D. 50.17.141 pr.) presenta delle varianti: *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*. Su dette varianti v. *infra* n. 19 in nota.

²⁵¹ *Pal.* Paul. nt. 657.

risca²⁵². L'Albertario²⁵³ ha invece voluto riconnettere il nostro frammento al paragrafo 14, ove si parla di princípi accolti *utilitatis causa* in tema di possesso per mezzo del *servus fugitivus*. Se il ricollegamento fosse sicuro, è certo che la nostra tesi subirebbe un grave colpo; ma il ricollegamento non è sicuro, anzi — a mio modestissimo avviso — è sicuro che il ricollegamento è sbagliato.

Non è questo il luogo per esaminare e discutere i gravi e delicati problemi possessori relativi al *servus fugitivus*²⁵⁴. Mi sia consentito, tuttavia, di esprimere il mio netto dissenso dalla tesi dell'Albertario, secondo cui, di contro alla presa di posizione negativa di Nerva e Pomponio, altri giuristi (Cassio, Giuliano, Paolo e Ulpiano)²⁵⁵ si indussero ad ammettere il possesso del *servus fugitivus*, ma *utilitatis causa*, per uno scopo particolarissimo, al solo effetto dell'usucapione. Questo suggestivo e brillante tentativo di ristabilire la pace e la coerenza in una grave controversia dei giureconsulti classici, mediante la tesi che tutti fossero perfettamente d'accordo nel senso che al *servus fugitivus* non si estendesse il principio *possessio animo retinetur*²⁵⁶, salva l'eccezione

²⁵² V. anche KRÜGER nell'edizione dei Digesti (ma con una contraddizione: mentre in nota a D. 1.3.14 riconnette il testo a D. 41.2.1.16, in nota a D. 41.2.1.14 richiama D. 1.3.14).

²⁵³ *Problemi possessori* cit., specialmente 284 s.

²⁵⁴ Vastissima letteratura, suscitata dal magnifico e controllatissimo studio del ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, in BIDR. 30 (1920) 1 s., ora in *Scritti giuridici* cit. 3.94 s. (sul *servus fugitivus*, v. in particolare 143 s.). Per il Rotondi vi fu divergenza fra i giuristi classici: Nerva figlio (D. 41.2.1.14), seguito da Pomponio (D. 6.2.15), avrebbe negato il possesso sul fuggitivo e *per fugitivum*, mentre Cassio, Giuliano Paolo (D. 41.2.1.14 cit.) e Gaio (D. 40.12.25) avrebbero ammesso il possesso *per fugitivum* e quindi (logico e necessario presupposto) la conservazione del possesso *solo animo* anche sul fuggitivo. Questa è anche l'opinione dominante: v. per tutti JÖRS-KUNDEL, *Römisches Recht* cit. § 65.1 nt. 4, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 227 nt. 1, 278.

²⁵⁵ Per le adesioni a questa tesi, v. le citazioni in ALBERTARIO, *Problemi possessori* cit. 273 nt. Contro la tesi dell'Albertario sono, fra altri, il RABEL, *Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre*, in *Studi Riccobono* cit. 4.220 s., e il CARCATERRA, *Il servus fugitivus e il possesso*, in AG. 120 (1938) 158 s. (La tesi di quest'ultimo — in verità poco convincente — è che tutti i giuristi classici furono d'accordo nel riconoscere la *possessio* del *servus fugitivus*, salvo che Cassio, Giuliano e Gaio ammisero anche la *possessio per servum*: la limitazione dell'acquisto del possesso *per servum* ai soli fini dell'usucapione sarebbe stata introdotta dai commissari triboniani). V. anche GUARINO, *Postliminium* cit. 60 nt. 11.

²⁵⁶ Come è notissimo, il principio *possessio animo retinetur* fu ammesso dalla giurisprudenza classica in ordine ai *saltus hiberni et aestivi*: v. ROTONDI, *Possessio* cit. 114 s.

consapevolmente postulata da alcuni nei riguardi del compimento della usucapione, si frange contro il linguaggio inequivocabile dei testi²⁵⁷. Ed invero tutto il ragionamento dell'Albertario si basa su di una esegesi di D. 41.2.1.14, nella quale è impossibile poterlo seguire.

D. 41.2.1.14 (Paul. ad ed.): *Per servum, qui in fuga sit, nihil posse non possidere Nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ideoque interim etiam usucapi, sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus, Cassii et Iuliani sententia est.*

Anche se, in questo testo, *licet—usucapi* non fosse genuino²⁵⁸, inesatta sarebbe la conseguenza che ne trae l'Albertario, e cioè che Paolo ammise il possesso *solo animo* esclusivamente al fine dell'usucapione. Vero è invece il contrario: al fine dell'usucapione fu introdotto nel sistema il principio *possessio animo retinetur* anche riguardo al *servus fugitivus*²⁵⁹; e l'Albertario è costretto implicitamente a riconoscerlo, quando ammette che, sempre in ordine al *servus* in fuga, lo stesso principio trovò applicazione perlomeno in un altro caso, e cioè

²⁵⁷ Oltre i testi citati *infra*, nt. 259, si confrontino principalmente D. 41.3.15.1 (Paul. 15 ad Plaut.) (v. anche su questo frammento le buone osservazioni del CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 177), D. 7.1.12.3 (Ulp. 17 ad Sab.), D. 40.12.25.1 (Gai. ad ed. pract. urb. tit. de liberali causa), D. 41.2.50.1 (Hermog. 5 iuris epit.).

²⁵⁸ In questo senso, ALBERTARIO, *Problemi possessori* cit. 279, e, prima di lui, KNIEP, *Vacua possessio* (Jena 1865) 146 nt. 1. Conformi: DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwebswille bei Antretung der Erbschaft* (Weimar 1934) 34 nt. 1, BESELER, in ZSS. 55 (1925) 479, RABEL, *Besitzverlust* cit. 225. V. invece, *contra*, CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 169 s.

²⁵⁹ Inattaccabili mi sembrano i seguenti due testi di Paolo: Paul. sent. 2.31.37: *Servus, qui in fuga est, a domino quidem possidetur, sed dominus furti actione eius nomine non tenetur, quia in potestate eum non habet.* Paul. sent. 4.14.3: *Quotiens numerus servorum propter legem Fufiam Caniniam ineundus est, fugitivi quoque, quorum semper possessio animo retinetur, computandi sunt.* Gli unici appunti che l'ALBERTARIO, *Problemi possessori* cit. 279 s., può muovere ai testi sopra citati, per giustificare l'atetesi, rispettivamente, di *a domino—sed* e di *quorum semper—retinetur*, sono il carattere di superfluità di questi incisi e, soprattutto, il « definito e preciso orientamento » derivante dalla sua interpretazione di D. 41.2.1.14. Ma la prima osservazione è inesatta e sarebbe comunque insufficiente, mentre il secondo appunto si basa a sua volta sull'affermazione (contestabilissima) di alterazioni sostanziali in D. 41.2.1.14, il che porta a doverlo senz'altro respingere. V. anche CARCATERRA, *Servus fugitivus* cit. 178 s.

anche relativamente all'*interdictum utrubi*²⁶⁰. All'Albertario preme, evidentemente, di minimizzare il principio *possessio animo retinetur* e pertanto egli ragiona così²⁶¹: «essendo un principio di *ius singulare*, vuol dire che il principio di *ius commune* era per l'appunto la perdita del possesso del *servus fugitivus*»; ma con questo ragionamento egli dà per dimostrato proprio quello che era da dimostrare²⁶². Né mi pare ammissibile la restituzione che egli propone dell'ultimo periodo, restituzione che si risolve in un sovvertimento ingiustificato di esso: *possessionem autem per eum non adquiri, nec esse condicionem eius similem conditioni eorum, quos in provincia habemus, Cassii et Iuliani sententia est*²⁶³. La verità è che in questo testo, non in tutto limpido²⁶⁴, appare tuttavia abbastanza chiaro che Paolo, dopo aver enunciato il parere di *Nerva filius*, è subito passato ad indicare il motivo di pratica utilità

²⁶⁰ Si confronti il seguente testo di Ulpiano: D. 44.3.8 (Ulp. 1 reg.): *In accessione temporis et id tempus, quo in fuga sit servus, domino eius procedere verum est. In accessione temporis è dichiarato interpolato dallo ZANZUCCHI, La successio e l'accessio possessionis, in AG. 72 (1904) estr. 123 (aderisce il ROTONDI, Possessio cit. 147). V. in senso contrario ALBERTARIO, Problemi possessori cit. 288, CARCATERRA, Servus fugitivus cit. 167. Non mi pronuncio sull'interpretazione dell'ALBERTARIO, cit. 287 (v. contra CARCATERRA, cit. 168): mi basta rilevare che manca del tutto la prova che, nel nostro caso, «si tratti della somma di due possessi distinti, quasi che il periodo della fuga costituisca un possesso autonomo del servo su se stesso».*

²⁶¹ *Problemi possessori cit. 279.*

²⁶² E cioè che la regola del compimento del tempo per l'usucapione sia una regola considerata eccezionale dai giuristi classici, quindi inapplicabile per analogia. Si noti inoltre che per l'Albertario il concetto di diritto singolare si identifica con quello di diritto anomalo, sostenuto dal Savigny, cioè di diritto estraneo al sistema: è perciò che egli considera la norma singolare relativa al *servus fugitivus* come norma che non deve essere presa in considerazione per ritenere che, sia pure in un singolo caso, il principio *possessio animo retinetur*, applicato al *servus fugitivus*, facesse parte del regime giuridico del possesso: ma questa concezione del *ius singulare* è contraria alla definizione stessa di Paolo, di modo che, anche se si voglia seguire l'Albertario nel ritenere che la regola sancita in D. 41.2.1.14 è di *ius singulare*, si deve pur sempre concludere che il principio *possessio animo retinetur*, nel diritto classico, si applicava dalla giurisprudenza anche al *servus fugitivus*.

²⁶³ Come nota giustamente il DULCKEIT, *op. loc. cit.*, in questa ricostruzione l'*autem* avversativo non si spiega.

²⁶⁴ Così, giustamente, ROTONDI, *Possessio cit. 149 s.*, che peraltro appare particolarmente stupito dall'impersonalità di Paolo, «che non si pronuncia né per un'opinione né per l'altra».

per cui la maggioranza dei giuristi accolse, anche in ordine al *servus fugitivus*, il concetto della *possessio animo retenta*; dopo di che il giurista ha anche enunciato il parere largheggiante²⁶⁵ di Cassio e di Giuliano²⁶⁶, parere cui mi pare che implicitamente aderisca²⁶⁷.

È appunto quest'ultimo periodo che dimostra chiaramente, io credo, come il principio *quod contra rationem iuris rell.* non si leghi affatto al paragrafo 14²⁶⁸.

19. — Il principio *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* si riconnette, invece, al successivo paragrafo 16 del frammento paolino²⁶⁹, come il Lenel ha esattamente veduto²⁷⁰. Ma aggiungo subito che esso si riconnette ad un discorso manifestissimamente non genuino²⁷¹. Valga la lettura e l'esegesi del passo a dimostrarlo.

D. 41.2.1.16 (Paul. 54 ad ed.): *Veteres putaverunt non posse nos per servum hereditarium adquirere, quod sit eiusdem hereditatis...*

Dopo quest'esordio, della cui sostanziale classicità non si può

²⁶⁵ *Licet—usucapi* non è, dunque, un glossema innovativo, ma una glossa riassuntiva.

²⁶⁶ Vero è che in D. 47.2.17.3 (Ulp. 30 ad Sab.) Giuliano sembrerebbe ammettere il possesso del *servus fugitivus* soltanto *ad usucaptionem*, ma il testo è indubbiamente inquinato (v. *Index itp.* ahl., CARCATERA, *Servus fugitivus* cit. 183). In ogni caso il vero pensiero di Giuliano risulta anche da D. 7.1.12.3 (Ulp. 17 ad Sab.). Non è giusto, quindi, dire con l'ALBERTARIO, cit. 284, che il secondo frammento deve essere inteso con la limitazione sostanziale portata seco dal primo.

²⁶⁷ A prescindere dal fatto che il parere di Paolo ci è ben noto attraverso i frammenti riportati *retro*, non condividerei l'opinione del ROTONDI (*retro* nt. 264) che Paolo non esprima, in D. 41.2.1.14, il suo parere.

²⁶⁸ Ad ogni modo, basterebbe pensare che il principio introdotto *utilitatis causa* per l'usucapione fu ammesso dalla giurisprudenza anche in ordine alla protezione interdittale, per convincersi che il giurista classico non può aver detto, almeno in ordine a quel principio, che esso non è tale da potersi applicare per analogia.

²⁶⁹ Gioverà riportarlo qui per intero: D. 41.2.1.16 (Paul. 54 ad ed.): *Veteres putaverunt non posse nos per servum hereditarium adquirere, quod sit eiusdem hereditatis, itaque agitur, num haec regula longius producenda sit, ut, si plures servi legati sint, per unum an possint ceteri possideri, idem tractatus est, si pariter empti vel donati sunt, sed verius est ex his causis posse me per unum reliquorum adquirere possessionem.*

²⁷⁰ V. *retro* n. 18.

²⁷¹ Già il PRINGSHEIM, *Beryth und Bologna* cit. 250, ha segnalato la derivazione scolastica (postclassica) di *itaque—possessionem*. Il KRÜGER ritiene interpolato il frammento da *sed verius* alla fine.

dubitare, perché confermato da testi insospettabili²⁷², io presumo che il frammento abbia seguito dicendo che il *servus hereditarius*, così come il *servus pignori datus* (di cui parla il paragrafo 15)²⁷³, *ad unam tantum causam videtur possideri, ad usucapionem*. Non affermo che il seguito del discorso sia stato proprio di Paolo, anziché di un commentatore postclassico, come forse è più probabile²⁷⁴, ma la necessità di ammettere che il discorso continuasse così scaturisce dalla lettura dei rimanenti periodi del testo giustiniano, che solo ad un discorso del genere di quello da me ipotizzato possono riconnettersi:

... itaque agitur, num haec regula longius producenda sit, ut, si plures servi legati sint, per unum an possint ceteri possideri. idem tractatus est, si pariter empti vel donati sunt...

Con queste frasi, di indubbia derivazione postclassica²⁷⁵, si pone il quesito se la *regula* dianzi sancita (la quale, come ormai deve esser chiaro, altro non poteva dire, che quanto da me supposto) *longius producenda sit*. La riconnessione a questo discorso del famoso divieto di *producere ad consequentias* mi par che si imponga, per ragioni di sostanza e per indizi di forma²⁷⁶:

... quod ... contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias ...

Così è che, finalmente, ci è dato di spiegare, con un forte grado di probabilità, non solo la derivazione specifica di *quod contra rationem iuris receptum rell.*²⁷⁷, ma anche la sua origine postclassica, che è

²⁷² Cfr. D. 29.2.43 (Iul. 30 dig.), D. 41.1.18 (Ulp. 4 ad Sab.).

²⁷³ D. 41.2.1.15: *Per servum corporaliter pignori datum acquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem), nec creditor, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum acquirat, quamvis eum possideat*. V. su questo testo i citati dall'*Index iip. ahl. Adde STINTZING*, in *Arch. civ. Praxis* 109 (1912) 363 nt. 3 (contro cui però ROTONDI, *Possessio* cit. 145 nt. 2, che ritiene intruso solo *corporaliter*). Io ritengo insiticio l'inciso *ad unam—usucapionem*: v. *infra* nt. 274.

²⁷⁴ A questa opinione mi induce il fatto che lo stesso principio è enunciato perlomeno in altri due testi senza la limitazione *ad unam tantum causam videtur possidere, ad usucapionem* (v. *retro* nt. 272). Probabilmente un lettore di Paolo, suggestionato dalla limitazione che si incontra in D. 41.2.1.14 (*sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem*), la ha applicata, sia pure in maniera diversa, nei successivi §§ 15 e 16.

²⁷⁵ V. *retro* nt. 271. Basti pensare ad *agitur* e a *tractatus*.

²⁷⁶ Degna del massimo rilievo è la coincidenza fra *longius producere* e *producere ad consequentias*.

²⁷⁷ Un altro discorso è come più precisamente *quod contra rationem rell.* si

confermata, se pur ve n'è bisogno, da un indizio di forma: *consequentia*, termine sospettabile e sospettato²⁷⁸. Il principio in esame era un inciso di tutto un discorso postclassico, volto a valutare il pro ed il contro circa l'estensibilità della *regula* da me ricostruita in via di ipotesi: è probabile che esso suggellasse con una netta negativa la questione postclassica e che Giustiniano, volendo invece risolvere affermativamente la questione stessa, lo abbia enucleato, per disporlo in D. 1.3.14 ed in D. 50.17.141 pr., a titolo di formulazione generale, lasciando penetrare nel testo un altro glossema²⁷⁹, e cioè:

... *sed verius est ex his causis posse me per unum reliquorum acquirere possessionem*²⁸⁰.

20. — Le considerazioni sin qui fatte circa l'origine della formulazione *quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* sono certo delle ipotesi, e ci tengo ad insistere su ciò, affinché il tormento di una ricerca obbiettiva non sia scambiato con la

incardini nel testo di D. 41.2.1.16. Io penso che il glossema postclassico continuasse con le parole indicate in D. 1.3.14: *quod vero contra rationem rell.* L'avversativa *vero* concludeva negativamente la *quaestio* postclassica: Giustiniano, escerpando da questo brano la frase *quod vero contra rationem rell.*, la ha lasciata immutata quando si è trattato di trascriverla nel tit. 1.3 (perché ivi la frase doveva conservare, rispetto al discorso dei paragrafi precedenti, la sua funzione avversativa), mentre ha eliminato il *vero*, quando si è trattato di riferire la stessa frase, a titolo di *regula iuris antiqui*, nel tit. 50.17.

²⁷⁸ V. BESELER, in *Studi Bonfante* cit. 2.71 e *Beiträge* 5.43 s. Il Beseler, esaminando D. 1.3.14, si limita a correggere *consequentias* in *consequentia* (come si legge in D. 50.17.141 pr.), ma io ritengo (anche per le ragioni esposte *retro* nt. 277) più esatta la lezione *consequentias*. Del resto, sia detto per inciso, *producere ad consequentias* (o *consequentia*) è un'altra di quelle espressioni postclassiche (come *trahere in argumentum*) che nella loro ampollosità esprimono ben poco, ed in maniera molto imprecisa. Cfr. BESELER, in *ZSS.* 47 (1927) 373 (su *trahere aliquid ad aliquid*).

²⁷⁹ Sarei piuttosto per il glossema che per l'emblema, perché lo stile di *sed verius est rell.* non è quello delle interpolazioni giustinianee. Non è improbabile che l'originario testo di Paolo fosse contornato da più di un glossema, in cui si esprimevano pareri contrastanti, né è improbabile che il glossema di *sed verius est rell.* sia stato apposto a margine (cioè dove Giustiniano l'ha trovato) dopo che già l'altro glossema si era incorporato nel testo.

²⁸⁰ È indubitabile che questa frase glossata sia di provenienza diversa da quella della glossa *itaque—donati sunt*. Lo stile lo dimostra chiaramente: nel secondo glossema l'annotatore postclassico parla, infatti, in prima persona.

smania del nuovo e dell'originale. Ma nessuno potrà affermare che queste ipotesi siano campate in aria, né tanto meno che esse non rispondano ad una retta interpretazione dello spirito del diritto romano classico. L'indeducibilità a conseguenze delle norme *contra rationem iuris*, cioè la inapplicabilità per analogia delle medesime, è una concezione torbida delle scuole postclassiche, che non venne neanche lontanamente in mente ai giuristi dell'epoca classica. In particolare, è pensiero postclassico, non classico, quello della singolarità dei principi *utilitatis causa recepta*²⁸¹ e quello della inapplicabilità per analogia di detti principi²⁸².

Con ciò il compito che mi ero prefisso può dirsi esaurito²⁸³. Ma non sarà male aggiungere al già detto qualche ulteriore parola per dimostrare in ordine a quali precetti la giurisprudenza classica realmente non esercitò opera di applicazione analogica e, secondariamente, in base a quale processo (presumibilmente) avvenne che si formò, nel diritto postclassico, il dogma del *ius singulare*.

La chiave di tutto il problema sta nell'istituto del *privilegium* e nella storia dell'evoluzione di detto istituto, molto convincentemente ricostruita, nei suoi tratti essenziali, dall'Orestano²⁸⁴.

Storicamente, l'origine dell'istituto del *privilegium* si pone come quella di un comando emanato nei confronti di una persona singola, sia a suo danno che a suo vantaggio²⁸⁵. E l'ordinamento giuridico quiri-

²⁸¹ V. *retro* n. 14 sub *b*.

²⁸² V. *retro* n. 14 sub *c*.

²⁸³ Non vi è bisogno di indugiarsi, ai fini di questo lavoro, sul termine e sul concetto di *beneficium*. Come concetto assoluto, *beneficium* indica semplicemente « comodo », « vantaggio », che si dà o che si riceve: si tratta di un concetto, dunque, buono ad essere applicato a qualunque concezione (diritto subbiettivo, interesse, privilegio, ecc.). Come termine, *beneficium* viene adoperato nelle fonti, classiche e postclassiche, svariate volte, ma con significato variabile, dal privilegio al diritto subbiettivo. Non vi sono testi, per quanto io sappia, che stabiliscano una equazione fra *beneficium* ed *ius singulare*: ciò basta, io credo, a far ritenere fondatamente che lo studio della parola *beneficium* non può essere produttivo di conseguenze ai fini dello studio del concetto di *ius singulare*. V. sul punto, con argute osservazioni, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 32 s.; v. anche ORESTANO, *Ius singulare* cit. 16, 131 nt. 1, GUARINO, *Beneficium competentiae del promissor dotis* cit. 159 nt. 17 e *Il beneficium separationis dell'heres necessarius*, in ZSS. 60 (1940) 208.

²⁸⁴ *Ius singulare* cit. 106 s.

²⁸⁵ Solitamente si dice che i privilegi furono, originariamente, soltanto disposizioni sfavorevoli a singole persone (*leges in privos latae*): v. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 32. Ma bisogna distinguere la parola dal concetto: terminologica-

tario manifesta una tale avversione contro simili statuizioni, prive del carattere di astrattezza proprio delle norme giuridiche, che una disposizione delle leggi delle XII tavole vieta addirittura di irrogare privilegi (*privilegia ne inroganto*)²⁸⁶, e Cicerone, che le riferisce²⁸⁷, esclama, a proposito dei *privilegia: quo quid est iniustius, cum legis haec vis sit: scitum et iussum in omnes?* La genesi del privilegio come comando non normativo²⁸⁸ e *contra rationem iuris* non potrebbe essere più chiara.

Ma la realtà storica indusse sempre più spesso i comizi, e più ancora il senato, e molto di più gli imperatori alla emanazione di norme di privilegio, soprattutto nel senso del riconoscimento di determinate esenzioni dall'osservanza delle norme generali del diritto a favore di determinati enti o persone²⁸⁹. Augusto si decise ad annullarli, per assumere in avvenire su se stesso e sui suoi successori il compito di emanare nuove concessioni²⁹⁰. Da questo momento i privilegi si moltiplicarono in ogni direzione e tesero ad identificarsi con le costituzioni imperiali da cui promanavano; ma rimase loro proprio il carattere mera-

mente, sino a Cicerone ed oltre, si parlò, in ordine alle norme favorevoli, di *iura praecipua* (ORESTANO, *Ius singulare* cit. 109), ma concettualmente il *privilegium* era anche la norma favorevole ad una singola persona. Invero, quando Cicerone (*de leg.* 3.4.11) dice essere i privilegi *leges in privos latae*, non è lecito tradurre, come si suole, l'« in » con « contro », perché subito dopo Cicerone spiega che la *vis legis* consiste nello *scitum et iussum in omnes* (dove « in » non si può certo tradurre ancora una volta « contro »): *lex in privos lata* significa, dunque, norma emanata nei riguardi di singoli individui (sul significato di *privus*, v. Gell. *N.A.* 10.20, Fest. sv. *privus*, Isid. *etym.* 18). A conferma di questa interpretazione, basti leggere l'altro passo di Cicerone, *pro domo* 17.43, ove non può sostenersi che, nell'espressione « *leges privatis hominibus irrogari* », il *privatis hominibus* sia necessariamente un *dativus incommodi*.

²⁸⁶ *Lex XII tab.* 9.1 (?): v. RICCOBONO, *FIRA*. 1² (Florentiae 1941) 64.

²⁸⁷ *De leg.* 3.19.44: ... *leges praeclarissimae de XII tabulis translatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat* ... *In privatos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium; quo quid est iniustius, cum legis haec vis est, scitum et iussum in omnes?* V. anche Cic. *de leg.* 3.4.11, *pro domo* 17.43 (*Vetant leges sacratae, vetant XII tab. leges privatis hominibus irrogari, id est enim privilegium*), *pro Sest.* 30.65.

²⁸⁸ Cioè come comando privo dell'essenziale requisito dell'astrattezza (e quindi della generalità): v. *retro* n. 7.

²⁸⁹ V. ORESTANO, *Ius singulare* cit. 108 s.

²⁹⁰ V. *CIL.* 10.8038, *CIL.* 2.1423: sul punto, MOMMSEN, *Droit public romain* (tr. franc. del GIRARD) 5.2³ (Paris 1895) 439, ORESTANO, *Ius singulare* cit. 110.

mente personale, specifico della concessione²⁹¹, onde leggiamo in un testo di Ulpiano, che definisce la *constitutio personalis*²⁹²:

(*Constitutiones*) *quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulset vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit personam non egreditur.*

Si vede chiaro, sin da questo momento, come sia esatta la mia tesi²⁹³, per cui la definizione paolina del *ius singulare*, se genuina ed in quanto genuina, si riferiva esclusivamente alle statuizioni di privilegio, cioè alle norme giuridiche puramente formali emanate per motivi meramente politici dalle costituzioni imperiali. E non si creda che, almeno, la teoria del *ius singulare*, di cui abbiamo negato *in toto* la classicità, possa essere ristretta sino a ricomprendere soltanto le norme giuridiche eccezionali introdotte dalle costituzioni degli imperatori, perché anche a quest'ultima difesa della classicità del *ius singulare* si opporrebbero validamente gli stessi argomenti che abbiamo enunciato contro la tesi della categoria generale del diritto singolare²⁹⁴ e perché, inoltre, è assolutamente sicuro che la giurisprudenza classica mai non si allontanò dalla concezione del *privilegium* come precetto non normativo. Se si incontrano dei testi in cui la terminologia *privilegium* pare adombrare un concetto corrispondente a quello del *ius singulare*, questi testi risultano alterati²⁹⁵, e se si incontrano dei testi in cui la terminologia *privilegium* si applica ad istituti giuridici, come il *testamentum militis*²⁹⁶,

²⁹¹ Cito due passi giustamente richiamati dall'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 113: D. 40.5.36.2 (Marcian. 16 *fideic.*): *Nihil facit ad interpellandam iurisdictionem eius, qui de fideicommissa libertate cognoscit, privilegium cuiusque vel civitatis vel corporis vel officii, in quo quisque est, vel condicio personarum.* D. 50.1.10 (Marcian. *sing. de delator.*): *Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit.*

²⁹² D. 1.4.1.2. (Ulp. 1 *instit.*).

²⁹³ V. *retro* n. 15.

²⁹⁴ V. *retro* n. 10.

²⁹⁵ Rimando per questo punto all'ampia dimostrazione dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 140-187, cui sostanzialmente aderisco. La frequenza dell'uso atecnico di *privilegium* (e di *praerogativa*: v. ORESTANO, *cit.* 130 s.) nelle costituzioni imperiali del periodo postclassico ed in testi giurisprudenziali evidentissimamente interpolati è la riprova della mia tesi, che l'origine del *ius singulare* è da ricercarsi appunto nell'istituto del *privilegium*.

²⁹⁶ In D. 29.1 (*de testamento militis*) e in D. 37.13 (*de bonorum possessione ex testamento militis*) si incontra quattro volte il termine *privilegium*, ma in tre frammenti esso è certamente stato portato nel testo da glossemi o interpolazioni: D. 29.1.20.1, D. 29.1.21, D. 29.1.41 pr. (v., da ultimo, ORESTANO, *Ius singulare*

ciò è perché essa si richiama alle origini di questi istituti, che furono origini di privilegio²⁹⁷.

Solo nel diritto postclassico il significato tecnico del termine *privilegium* accenna a corrompersi²⁹⁸, tanto che lo vediamo adattato anche ad istituti che indiscutibilmente di privilegio non sono e non sono mai stati²⁹⁹. Parallelamente a questa corruzione postclassica del concetto e della terminologia dei *privilegia*, sorse e si affermò il concetto, la terminologia, la teoria del *ius singulare*, che le scuole postclassiche andarono applicando malamente e disordinatamente a tutti gli istituti che ai loro occhi si presentassero con caratteristiche di singolarità, quindi (secondo la loro empirica concezione) di contrarietà alla *ratio iuris*.

In diritto romano classico le norme *contra rationem iuris* erano, dunque, le statuizioni di privilegio, che portavano connaturata in se stesse la inapplicabilità a casi simili e materie analoghe, e che nel contempo escludevano di poter essere interpretate — ciò proprio per le

cit. 120 s.). In un quarto frammento il termine *privilegium* è genuino, ma si riferisce all'origine di privilegio del *testamentum militis*: D. 29.1.24 (Florent. 10 inst.): *Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: « Id privilegium, quod militantibus datum est... »*. In CI. 6.21 (*de testamento militis*) *privilegium* si incontra in due costituzioni di Alessandro Severo, cioè dell'ultimo periodo classico: CI. 6.21.6 e CI. 6.21.7. Anche se detti frammenti non sono alterati (nel senso dell'alterazione v. ORESTANO, cit. 122), non provano, data l'epoca in cui le costituzioni sono state emanate, per il diritto classico, almeno sino ad Ulpiano. V. tuttavia D. 26.7.40 e D. 28.6.15, ambedue di Papiniano, 6 resp., i quali giustificano l'affermazione dell'ORESTANO, cit. 122, che i classici hanno fatto, comunque, un uso assai limitato di *privilegium*, ed hanno usato questa parola pensando all'origine di privilegio dell'istituto del *testamentum militis*.

²⁹⁷ Anche il *peculium castrense* ebbe origini di privilegio, da una costituzione di Augusto (v. Ulp. reg. 20.10), ma il termine *privilegium* non si incontra, applicato ad esso, per quanto mi risulta, nei testi classici (i quali parlano di *ius*). La ragione della differenza di terminologia in ordine ai due istituti è da ricercarsi nella naturalezza con cui la concessione di Augusto relativa ai *fili familias* fu accolta dalla giurisprudenza classica, che vedeva in essa il riconoscimento di una pratica già da lungo tempo diffusa e che tendeva a stabilire una sensibile analogia fra il *peculium castrense* e il *peculium profecticum*: v. sul punto GUARINO, *L'oggetto del castrense peculium* cit. 70 s.

²⁹⁸ Va rilevato, tuttavia, che sin dal periodo classico non mancano esempi di uso atecnico del termine *privilegium*: si pensi ai *privilegia exigendi* (es.: D. 42.5.24.1). V. sul punto le osservazioni dell'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 32, e dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 125 s.

²⁹⁹ Per una ampia esemplificazione, rimando alle già citate pagine dell'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 140 s.

loro peculiari caratteristiche — alla stregua delle vere norme giuridiche. È a questa origine di privilegio delle norme sul *testamentum militis*, che si avviarono a diventare vere norme giuridiche soltanto a partire da Nerva³⁰⁰, che probabilmente si riferisce la nota sentenza di Giuliano riportata in D. 1.3.15³⁰¹.

D. 1.3.15 (Iul. 27 dig.): *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*³⁰².

Non è l'espressione della impossibilità di applicazione analogica del *ius militare* che viene enunciata in questo frammento, ma — come giustamente ha intuito il Perozzi³⁰³ — ivi è formulata la impossibilità di applicare al *ius militare* (e, aggiungo io, con riferimento alla sua fase originaria di privilegio) i princípi giuridici che valgono per i cittadini non militari.

Nel diritto postclassico, essendo impallidite sino a sparire le note differenziali tra il *privilegium* e il *ius*, le scuole crearono il concetto di *ius singulare* e il divieto di analogia, che Giustiniano accolse e sistemò nei suoi *Digesta*, dando loro il rilievo generale che non avevano avuto ai margini delle opere classiche, ma tuttavia non sopravvalutandone il valore e la fecondità³⁰⁴. Più che altro, nel *Corpus iuris*, la regola della

³⁰⁰ V. GUARINO, *Sull'origine del testamento dei militari* cit. *passim*.

³⁰¹ LENEL, *Pal. Iul.* nt. 402 (27 dig.).

³⁰² Anche questo testo non è in tutto insospettabile: si pensi alla genericità di espressione del *sequi regulam iuris*. Ma, prescindendo dalla questione della sua alterazione, mi sia concesso di rilevare che esso non esprime niente di dissonante dalla concezione classica, quale io l'ho ricostruita. Il *testamentum militis* si avviò ad entrare nel mondo del diritto soltanto a partire da Nerva (v. *retro* nt. 300) e Giuliano scriveva in un'epoca in cui, molto probabilmente, il processo di amalgamazione dell'istituto nel campo del diritto obbiettivo non era ancora del tutto compiuto. Si aggiunga quanto abbiamo rilevato *retro*, ntt. 296 e 297, circa la maggior lentezza e difficoltà che il testamento dei militari incontrò per essere concepito come vero e proprio istituto giuridico. Si ricordi infine il seguente frammento ulpiano, pure relativo al *testamentum militis*: Ulp. *reg.* 20.10: *... Idque testamentum, quod miles contra iuris regulam fecit, ita demum valet, si vel in castris mortuus sit vel post missionem intra annum*.

³⁰³ *Istituzioni* cit. 1.107 nt. 3. Erra l'ORESTANO, *Ius singulare* cit. 190 nt. 1, quando afferma che interpretando in questo modo il passo di Giuliano « esso conterrebbe una affermazione in parte ingenua, in parte inesatta »: bisogna ricordarsi, invece, che il passo di Giuliano si riferiva originariamente al *testamentum militis*, istituto di cui era ancora presente, nella mente del giurista, la natura originaria di privilegio.

³⁰⁴ Son proprio di Giustiniano le famose parole: *Humani iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit* (Const. *Tanta Δέδωκεν* 10).

inestensibilità per analogia delle norme eccezionali è posta per l'avvenire, per coloro che saranno chiamati ad interpretare e ad applicare il diritto della compilazione: ed è un segno ulteriore della riluttanza di Giustiniano ad ammettere che, dopo di lui, il diritto romano potesse ulteriormente evolversi e mutarsi per opera della giurisprudenza e delle scuole ³⁰⁵.

21. — È tempo, oramai, di concludere.

L'insoddisfamento in cui ci lascia l'analisi dogmatica della categoria « diritto singolare » trova riscontro nei risultati di un riesame obbiettivo ed indipendente della formazione di questa categoria. Al diritto singolare manca un solido « *ubi consistam* » dogmatico, e manca del pari un solido « *ubi consistam* » storico.

Costruita dalla Pandettistica tedesca sulla base di elementi romanistici di non accertato valore, la teoria del diritto singolare è stata causa di una formulazione positiva dannosa ed iniqua, quale quella del divieto di analogia per le norme « eccezionali », accolto dal nostro ordinamento positivo. Ma questa nostra, necessariamente succinta, ricapitolazione storica può servire a chiarire e a confermare la diagnosi dell'equivoco dogmatico, che è alla radice della disposizione dell'art. 14 delle nostre Preleggi. Onde, se questa mia breve ricerca fosse riuscita — come mi auguro — convincente, potrei anche conchiuderla con la speranza che non sia per rimanere vana esercitazione di critica dogmatica e storica.

Ma un'altra speranza io nutro. E cioè di aver dato una prova del credo metodologico che ho pronunciato all'inizio di questa mia conversazione. Il diritto romano deve esser studiato solo ed esclusivamente per se stesso; e potrà forse servire, in tal guisa, molto meglio che in altra maniera a chiarire il senso ed a fugare gli equivoci dei dogmi giuridici moderni.

Se volessimo utilizzare della materia romanistica quel tanto che ancor oggi può servire come materiale di costruzione per i moderni edifici dogmatici, noi faremmo peggio di quei barbari, che diroccarono i magnifici templi di Roma per utilizzarne i marmi e le pietre nelle loro rozze bicocche: *quod non fecerunt barbari, facient Barberini*. Ma se

³⁰⁵ Si ricordi, a questo proposito, il famoso divieto di ogni elaborazione dottrinale sui testi dei Digesti che Giustiniano pose con le costituzioni *Deo auctore* (a. 530) 12, e *Tanta-Δέδωκεν* (a. 533) 21.

ricordiamo, invece, che dall'amore per le antiche forme del Brunelleschi e di Donatello (i quali si aggiravano — come dice il Vasari³⁰⁶ — con religioso fervore tra le rovine dell'antica Roma, cercando di penetrare le leggi che avevano presieduto alla confezione dei suoi monumenti e delle sue opere d'arte), se ricordiamo che da quel loro amore per le antiche forme, lungi dal derivare il commercio degli antiquari, scaturì la mirabile rinascita artistica del Quattro e del Cinquecento, possiamo concludere che il diritto di Roma merita di essere studiato per se stesso e che lo studio di qualsivoglia suo capitolo è e deve essere fruttuoso in quello del nuovo diritto e nell'approfondimento di ogni suo problema.

POSTILLA PRIMA: IN TEMA DI COSTITUZIONE DELL'« USUSFRUCTUS ».

1. In una recente, egregia monografia in tema di *usufructus*¹ torna per l'ennesima volta alla luce una vecchia *crux interpretum*:

D. 7.1.63 (Paul. *sing. de iure sing.*): *Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest.*

L'interpretazione corrente del testo è che il proprietario della cosa, costituendo l'usufrutto sulla cosa stessa, viene a cedere ad altri (cioè all'usufruttuario) un diritto (l'usufrutto) che non è suo (per il noto principio *nemini res sua servit*)². Contro questa interpretazione si schiera oggi il Bretonne³, preceduto tuttavia da altri⁴, tra cui il Biscardi⁵, anzi addirittura l'Anonimo⁶, sostenendo che il testo significhi che il nudo

³⁰⁶ *Opere* (edizione milanese) 2 (Firenze 1906) 357.

* In *Labeo* 10 (1964) 46 ss.

¹ BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto* 1 (1962) 188 ss.

² Per tutti: ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (1856) 41 ss. Altra bibliografia in BRETONNE (nt. 1) 189 nt. 110. *Adde*: GROSSO, in *SDHI.* 2 (1936) 403; HELDRICH, in *ZSS.* 58 (1938) 423.

³ *Cit.* (nt. 1) 189 ss.

⁴ Cfr. BRETONNE (nt. 1) 189 nt. 113.

⁵ *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano* (1935) 53 ss.

⁶ B. 16.1.63 (H. 2.189): Παῦλ. καὶ τὸ μὴ ἂν ἐμὸν ἑτέρῳ παραχωρεῖν δύναμαι. τὴν γὰρ χρῆσιν τοῦ ἀγροῦ μου, ἣν ἕτερος ἔχει, παραχωρεῖν ἄλλῳ δύναμαι. Si noti che l'Anonimo parla di *χρῆσις*, cioè di un istituto che corrisponde solo approssimativamente all'usufrutto, ma che è concepito, nell'ambiente ellenistico, come proprietà temporanea, quale non era certamente l'usufrutto nel diritto romano clas-