

# RIDA

REVUE  
INTERNATIONALE  
DES DROITS  
DE L'ANTIQUITÉ

63<sup>2016</sup>



Presses Universitaires de Liège

### **(Anciens) Directeurs de la RIDA**

Fernand De Visscher (1952-1964), Jacques Pirenne (1952-1964), Lucien Caes (1965-1977), René Dekkers (1965-1976), Roger Henrion (1965-1988), Maurice Michaux (1965-1985), Aristide Théodoridès (1978-1994), Jacques Henri Michel (1986-2012), Roger Vigneron (1989-2002), Huguette Jones (1997-), Jean-François Gerkens (2003-), Gilbert Hanard (2011-).

### **Rédacteur en chef**

Jean-François Gerkens, rue du XIII Août 89, BE – 4050 Chaudfontaine

### **Comité de rédaction**

Alonso (J.L.), Paseo Manuel de Lardizábal 2, ES – 20018 San Sebastián  
Ankum (J.A.), Kennemerweg 24 (App. 21), NL – 2061 JH Bloemendaal  
Cascione (C.), via Aniello Falcone 376, IT – 80127 Napoli  
Chevreau (E.), 53, Rue de l'Amiral Mouchez, FR – 75013 Paris  
Démare-Lafont (S.), 12, Place du Panthéon, FR – 75005 Paris  
Dimopoulou (A.), Rue Akadimias 45, EL – 10672 Athènes  
Famerie (E.), Place du 20 août 7, BE – 4000 Liège  
Masi Doria (C.), via Niccolò Tommaseo 2, IT – 80121 Napoli  
Modrzejewski (J.), 7, allée des Mouille-Bœufs, FR – 92290 Châtenay  
Pichonnaz (P.), Beaugard 11, CH – 1700 Fribourg  
Pugsley (D.), Rockhaven, St. George's Well, Cullompton, Devon, UK – EX 15 1AR  
Ruelle (A.), Boulevard du Jardin Botanique 23, BE – 1000 Bruxelles  
Rüfner (Th.), Universität Trier, DE – 54286 Trier  
Urbanik (J.), Jaracza 3/10, PL – 00-378 Varsovie  
Wallinga (T.), Sint Jacobsplaats 132, NL – 3011 DD Rotterdam

### **Envoi de manuscrits**

Jean-François Gerkens, Université de Liège  
Quartier Agora, Place des Orateurs 1  
Bâtiment B33 (boîte 11), BE – 4000 Liège  
jf.gerkens@ulg.ac.be

### **Diffusion et vente**

#### **Editions De Boccard**

4, rue de Lanneau, FR - 75005 Paris (France)  
Tél. +33 1 43 26 00 37 / Fax +33 1 43 54 85 83 / <http://www.deboccard.com>  
Information, abonnement et commandes : [orders@deboccard.com](mailto:orders@deboccard.com)

# Table des matières

**Éditorial**, par Jean-François GERKENS ..... 7

## **Droit des papyrus**

Lothar THÜNGEN, *Neuedition von PL II/38 aus einem griechischen  
Index zu Papinians libri definitionum* ..... 9

## **Droit chinois**

Geoffrey MACCORMACK, *Physical Injury and Insult in Early Chinese  
Law with Comparative Annotations from Other Early Laws* ..... 43

## **Droit romain**

Carlos AMUNATEGUI, *Market and Ownership in Iron Age Latium* ..... 79

Maria Vittoria BRAMANTE, *A proposito di D.12.1.3 (Pomp. 27 ad  
Sab.): per una interpretazione del concetto di bonitas* ..... 109

Rachele HASSAN, *Bees, Slaves, Emperors, Tyrants: Metaphors of  
Constitutional Change in Rome Between the Republic and the  
Principate* ..... 143

Aldona Rita JUREWICZ, *Bürgschaft eines Sklaven für seine Herrin?  
Bemerkungen zur fidepromissio servi in TP. 59  
(=TPSulp. 58=TPN 48)* ..... 161

Carmen LÁZARO GUILLAMON, *El silencio del demandado en el  
proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo “quien  
calla, otorga”* ..... 177

Lyuba RADULOVA, *Iura sepulcrorum nella Moesia Inferior: la  
realizzazione di un fenomeno romano in un ambito greco-trace* ..... 197

Carlos SARDINHA, *Rechtsvergleichendes zur Sicherungsübereignung  
in der antiken Vertragspraxis* ..... 213

Jop SPRUIT, *Aulus Gellius als Richter. Eine Betrachtung zu Gellius,  
Noctes Atticae XIV, 2* ..... 227

**Droit byzantin**

Marko PETRAK, <i>Nobile hoc Romani Imperii monumentum: Laudes imperiales in Byzantine Dalmatia</i> .....	263
--	-----

**Droit romain aux temps modernes**

Osvaldo SACCHI, <i>La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?</i> .....	279
Ipek SOGUT, <i>Precautions against interventions creating environ- mental effects in Roman Law and its reflection of Turkish Law</i> .....	311

**Chroniques**

Procès verbal du X <sup>e</sup> prix Boulvert .....	327
Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Paris</i> .....	335
Ouvrages reçus par la direction .....	379

# Éditorial

Jean-François GERKENS

Voici déjà le troisième volume de la RIDA dans son nouvel emballage... auquel nous espérons que les lecteurs se sont désormais habitués. Après un numéro 62 (en hommage à Jacques Henri Michel) finalement paru en janvier 2017, cette année pourrait bien devenir l'année des trois RIDA, dès lors que d'après nos prévisions (faut-il écrire espoirs ?), le numéro 64 devrait encore paraître avant la fin de l'année 2017.

Le présent numéro comporte les rubriques habituelles, avec un retour d'une chronique de la SIHDA plus complète que dans le numéro précédent, incluant à nouveau les résumés de la plupart des conférences prononcées. Comme le lecteur peut l'imaginer, la différence vient ici en partie de la discipline des conférenciers et des organisateurs de la SIHDA. J'ai dès lors fourni une traduction en français de tous les résumés dont je disposais.

Rendez-vous est maintenant donné pour la 71<sup>e</sup> session de la SIHDA à Bologne et Ravenne, dont le thème central sera : La liberté et les interdictions dans les droits de l'Antiquité. Elle se tiendra du 12 au 16 septembre 2017. Dans l'espoir de vous y rencontrer nombreux, je souhaite à chacun une bonne lecture !

Chaufontaine, le 15 juin 2017  
Jean-François Gerkens



# La *regula iuris* e i casi *perplexi* di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?

Oswaldo SACCHI

Seconde Université de Naples

*L'imperatore può emanare le leggi ma non può  
eliminare la causa e la verità delle cose*\*.

## 1. Le *regulae* dei giuristi romani

Le *regulae* sono astratte statuizioni di diritto, formulazioni di principi, che nel gergo dei giuristi si considerano alla stregua delle *definitiones* (in greco ὅροι). Appaiono raccolte in opere ritenute, insieme a quelle di *differentiae*, *sententiae* e *opiniones*, antitetiche alle altre di diritto casistico<sup>1</sup>.

Nel Digesto giustiniano il giurista più antico a cui viene attribuita un'opera di *Regulae*, forse scritta per diretta influenza di Labeone, fu Nerazio Prisco (sotto Traiano e Adriano, *Regularum libri XV*<sup>2</sup>); l'ultimo Licinio Rufino, a sua volta allievo di Ulpiano, morto dopo il 228 d.C.

Risultano in ogni caso aver scritto opere di *regulae* in senso stretto Sesto Pomponio (sotto Antonino Pio, un *liber regularum*, ma si dubita<sup>3</sup>); Gaio (dopo

---

\* R. BACHOFF VON ECHT, *Bachovius augmentatus i.e. Notae et animadversiones ad Hieronymi Treutleri disputationes*, II, Coloniae Agrippinae, 1653, p. 26.1

1. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 307 ss. e *passim*. Sul diritto casistico dei giuristi romani si vd. bibl. di rif. in L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 16 ss., 21 ss., 59 ss.; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976; ID., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, p. 65 ss., 107 ss. a cui *adde* anche i saggi di cui in ID., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, in part. p. 175 ss. Ancora U. VINCENTI, *Giustizia e metodo. Contro la mitologia giuridica*, I, Torino, 2005, p. 3–88; L. FRANCHINI, «Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law'», *Diritto@Storia* 10 (2011–2012), p. 1–13 (anche sul web).
2. *Index Flor.* VIII,1; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, II, Lipsiae, 1889, I, p. 774; SCHULZ, *o.c.* (n. 1), p. 308, n. 4.
3. *Index Flor.* XI,8; LENEL, *o.c.* (n. 2), II, p. 85; SCHULZ, *o.c.* (n. 1), p. 308, n. 5.

Antonino Pio, dei *Regularum libri III* e un *liber regularum singularis*, ma si dubita<sup>4</sup>); Cervidio Scevola (sotto Marco Aurelio e successori, *Regularum libri IV*, opera forse autentica<sup>5</sup>); Giulio Paolo (età dei Severi, *Regularum libri VII* e un *liber singularis*, che forse è un riassunto postclassico<sup>6</sup>); Domizio Ulpiano (sotto Caracalla un *liber singularis regularum* da cui parrebbe siano stati tratti i cd. *Tituli ex corpore Ulpiani*<sup>7</sup>); Elio Marciano (dopo Caracalla dei *libri regularum*<sup>8</sup>); Erennio Modestino (dopo Caracalla dei *libri regularum*<sup>9</sup>); e Licinio Rufino (lo stesso<sup>10</sup>).

Sulle *regulae iuris* molto è stato scritto<sup>11</sup>. Inquadrabili forse nell'ambito di una letteratura anomalista<sup>12</sup>, le regole dei giuristi romani si possono considerare come

- 
4. LENEL, *o.c.* (n. 2), I, p. 251; SCHULZ, *o.c.* (n. 1), p. 309.
  5. LENEL, *o.c.* (n. 2), II, p. 285; SCHULZ, *o.c.* (n. 1), p. 309. Così C. FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, Milano, 1885, p. 81.
  6. SCHULZ, *o.c.* (n. 1), p. 311.
  7. Così C. FERRINI, *Il Digesto*, Milano, 1893, p. 90, ma già FERRINI, *o.c.* (n. 5), p. 92. Sul punto però vd. ora M. AVENARIUS, «Il “liber singularis regularum” pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le “Insitutiones” di Ulpiano», *Index 34* (2006), p. 455–477.
  8. FERRINI, *o.c.* (n. 7), p. 91.
  9. FERRINI, *o.c.* (n. 7), p. 92.
  10. *Ibidem*.
  11. Mi limito qui a ricordare almeno per un primo approccio con rif. bibl. A.B. SCHWARZ, «Das strittige Recht der römischen Juristen», in *Festschrift Fritz Schulz*, II, Weimar, 1951, p. 201–225 ora in trad. it. come «Il diritto controverso dei giuristi romani», in A. LOVATO (éd.), *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari, 2011<sup>2</sup>, p. 171 ss.; P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln/Wien, 1970, p. 20; M. KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien/Köln/Graz, 1986; V. GIUFFRÉ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante “conversione” in diritto romano*, Napoli, 1965; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli, 1966; S. RICCOBONO, sv. «Regulae iuris», *NNDI* 15, Torino, 1968; M. KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien/Köln/Graz, 1986; A. KACPRZAK, «“Regulae” et “maximae”», in W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA (éd.), *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges a la mémoire de H. Kupiszewski*, Varsoviae, 1996, p. 145–153; D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 2007; M. BREONE, «*Ius controversum* nella giurisprudenza classica», in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CDV, *Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche*, Memorie, Serie IX, vol. XXII, fasc. 3, Roma, 2008, p. 757–879; C. MASI DORIA, «Principii e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico», in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Atti di un incontro di studio*, Trani, 22–23 maggio 2009, Bari, 2011, p. 19–41.
  12. Mi induce a pensarlo il confronto tra i Πιθανῶν Βιβλία di Labeone e la definizione di *regula* in D. 50.1.17 (Paul. 17 *ad Plautium*). Mi permetto di rinviare su questo anche a un mio studio destinato agli scritti in onore di Alessandro Corbino dal titolo «*L'ars hermenēumatis* dei giuristi romani tra propensione analogista e anomalista nel diritto».



l'inizio della prima scolastica giuridica romana; uno dei tanti effetti dell'illuminismo ellenistico<sup>13</sup>.

La *regula* (è ovvio) può essere però anche una via per capire il metodo dei giuristi romani e la recente ripubblicazione della tesi di dottorato discussa da Leibniz il 5 novembre 1666 per conseguire il baccalaureato *in utroque* all'Università di Altdorf<sup>14</sup> — avendogli rifiutato l'Università di Lipsia il titolo di dottore per il senso di rivalità suscitato nel corpo accademico<sup>15</sup> — permette di analizzare (sebbene *ex post*) la *regula iuris* dal punto di vista della tecnica ermeneutica in relazione al riscontro oggettivo di fatti e diritti fra loro incompatibili. Da presidio di *verità nel diritto* — si vedrà in che modo e in che senso — almeno da Leibniz in poi si è pensato che la *regula iuris* potesse valere per la soluzione dei casi giuridici come una sorta di algoritmo della giusta decisione<sup>16</sup>.

La realtà è che nel *De casibus* (1666) — ma ancora di più nella *Nova methodus* (pubblicata l'anno successivo) — Leibniz dimostra che il metodo euclideo (atto a “provare” che una data fattispecie sia vera o falsa<sup>17</sup>) è inadeguato per valutare le

- 
13. Interessante prospettiva in O. SPENGLER, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale* [ed. it. R. Calabrese Conte, M. Cottone, F. Jesi], Milano, 2008 [*Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Welthistorische*, vol. I, *Gestalt und Wirklichkeit*, München, 1918; vol. II, *Welthistorische Perspektive*, München, 1922], p. 744 ss. e *passim*.
  14. E.J. AITON, *Leibniz. Una biografia*, [tr. it. a cura di M. MUGNAI], Milano, 1991 [Bristol/Boston, 1985], p. 30; C.M. DE IULIIS, «I casi perplessi. Il metodo geometrico e la topica», in G.W. VON LEIBNIZ, *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, saggio introduttivo, traduzione e note di Carmelo Massimo de Iuliis, Milano, 2014, p. XVIII–158, in part. si vd. p. V, n. 2, d'ora in poi il *De casibus perplexis in iure* di Leibniz secondo tale edizione sarà citato come *De casibus* più il paragrafo § indicato a numeri romani; più la pagina di riferimento in numeri arabi preceduta dal nome del curatore in parentesi tonde.
  15. DE IULIIS, *I casi perplessi in diritto*, o.c. (n. 14), p. V, n. 2.
  16. B. LEONI, «Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz», *Riv. fil.* 38 (1947), p. 74; T. ASCARELLI, «Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica», in *Testi per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1960, p. 35; A. GIULIANI, sv. *Prova*, in *Enciclopedia del diritto* 37, Milano, 1988, p. 528; U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, 2008<sup>2</sup>, p. 64–67; DE IULIIS, *I casi perplessi in diritto*, o.c. (n. 14), p. IX.
  17. Già i giuristi romani usavano la parola *casus* per indicare “un fatto che riguarda il diritto”. Leibniz ne dà la seguente definizione: «un caso è in genere l'antecedente di una proposizione ipotetica; invero, adattando alla giurisprudenza, tale antecedente si dice fatto, il conseguente diritto e si definirà un fatto riguardo al diritto». Cf. *De casibus* § II (de Iuliis 33). Per l'uso di tale parola nei testi giuridici antichi vd. D. 2.1.19 pr. (Ulp. 6 *fideicommissorum*); 9.4.28 (African. 6 *quaestionum*); 10.4.12.4 (Paul. 26 *ad edictum*); 50.16.122 (Pomp. 8 *ad Quintum Mucium*). Per l'uso di *species* D. 2.1.16 (Ulp. 3 *de omnibus tribunalibus*); 9.2.5.3 (Ulp. 18 *ad edictum*); 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sabinum*); 25.4.4 (Scaev. 20 *digestorum*); 26.7.5.7 (Ulp. 35 *ad edictum*); 26.7.39.2 (Papin. 5 *responsorum*); 27.9.2 (Paul. *libro singulari ad orationem divi Severi*). Un esempio di “fattispecie” è in D. 26.7.5.7 (Ulp. 35 *ad edictum*): *huiusmodi speciem*. Per tutto *De casibus* § III (de Iuliis 33–36). Sulla differenza tra “problemi di fatto” e “problemi di diritto” si vd. ora T. GIARO, «Verità fattuale e verità normativa nell'argomentazione dei giuristi romani», in

leggi divine e umane dove invece la *volontà sta in luogo della ragione*<sup>18</sup>. L'unico modo per risolvere il caso perplesso (dove le tesi contrapposte sono egualmente fondate) sarebbe di procedere (come voleva anche Cicerone<sup>19</sup>) con «l'integrazione del diritto positivo con il diritto di natura»:

*De casibus* § 11

Poiché, se appunto l'interpretazione è incerta, ci si deve avvalere delle regole della ragione naturale, e anche se militino uguali regole e presunzioni a favore di entrambe le parti, bisogna giudicare contro colui che si basa contro qualche legge positiva che, pur allegata, non può provare del tutto [le sue pretese]. Così è evidente che, in effetti, ogni controversia è sempre decisa in base al puro diritto naturale e delle genti, con cui nessun caso rimane perplesso<sup>20</sup>.

Questo rimette tutto in discussione perché se esistono dei casi oggettivamente irrisolvibili con l'ausilio della sola logica formale (*more geometrico*) allora il problema del giudice e del giurista positivo, ossia la cd. "questione del giusto", cioè individuare «quale tra le possibili soluzioni del caso da decidere, compatibili con la lettera della legge e con la logica complessiva dell'ordinamento, si approssima maggiormente alla giustizia, [ossia] soddisfa meglio la giustizia»<sup>21</sup>, può essere risolto solo con la legge (ossia con un comando imperativo), ovvero con un criterio esterno a questa a cui, il giudice o il giurista, devono poter attingere.

L'applicazione del metodo — diremmo noi logico-deduttivo — è quindi indispensabile per inquadrare la fattispecie, ma non è sufficiente da solo per risolvere i casi giuridici (come dimostra Leibniz per i casi perplessi). In queste circostanze occorre trovare allora la soluzione attingendo a un criterio esterno all'ordinamento positivo che può essere ipostatizzato nel diritto naturale, in una regola o anche in un'altra fonte non scritta come l'*aequitas*, il *mos*, l'*usus*, la *consuetudo*, etc.<sup>22</sup>.

C. CASCIONE – C. MASI DORIA (edd.), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli, 2013, p. 361 s.

18. Insiste a ragione su questo aspetto DE IULIIS, *I casi perplessi. Il metodo geometrico*, o.c. (n. 14), p. XVIII.
19. *Cic. part. or.* 130.
20. Tr. it. da *De casibus* § XI (de Iuliis 62). Recentemente S.J. BRAMS, *An Algorithm for the Proportional Division of Indivisible Items*, New York, 2014, professore di scienze politiche al Department of Politics di NYU, esperto di teoria dei giochi e di calcolo probabilistico, ha proposto suscitando molto entusiasmo in America un algoritmo della giustizia (*Algorithmical justice*) in grado di risolvere, o quantomeno di ridurre drasticamente, le ipotesi di conflitto potenzialmente insorgenti in tema di divisione di beni patrimoniali infungibili. Casi tipici sono quelli che insorgono tra i coniugi in caso di divorzio e/o tra parenti in caso di divisione di beni ereditari. Chissà che un giorno, un giudice, mettendo in un computer le comparse delle parti non possa calcolare la soluzione del caso. Mai dire mai.
21. L. MENGONI, «Interpretazione e nuova dogmatica», in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 80, n. 30.
22. In *Cic. Top.* 31 il retore ripartisce il *ius* in legge, costume e coscienza dell'equo. Minimizza l'importanza di tale fonte A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1990<sup>5</sup>, p. 459.

Questo criterio può essere pensato come un'idea di diritto conforme a un'ideale di giustizia (il *ius naturae* dei giuristi romani) che può essere nello stesso tempo un'astrazione e un dato reale; perché l'uomo può percepirlo a livello emozionale (quindi soggettivo) ma anche in modo sufficientemente condiviso (quindi oggettivo). Come astrazione esso fu pensato dai giuristi romani come un principio di "verità nel diritto" che tuttavia era sottoposto costantemente a verifica da parte degli stessi giuristi (*ius controversum*). Quando si raggiungeva un risultato sufficientemente condiviso esso diventava *ius receptum*<sup>23</sup> e così veniva ipostatizzato in una *regula* a cui Labeone sembrerebbe aver riconosciuto valore normativo<sup>24</sup>; mentre il giurista Sabino gli riconobbe forse una funzione soltanto retorica<sup>25</sup>.

## 2. Il *De casibus perplexis in iure*

Veniamo allora ai casi *perplexi* di Leibniz. L'accesso al testo di quest'opera è oggi molto facilitato dall'ottimo lavoro di riedizione di Carmelo Massimo de Iuliis<sup>26</sup>. La tesi di dottorato del filosofo tedesco precede di un anno la pubblicazione della *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* che è come detto del 1667 ed è uno studio insieme teorico e casistico che propone una rassegna di celeberrimi casi perplessi del diritto romano e comune<sup>27</sup>.

Leibniz definisce *perplexus* quel caso che è *intricatus, involutus, implexus*<sup>28</sup>, dal greco ἄπορον, ossia ciò "che non ha uscita" [in latino "cieco" (Verg. *Aen.* 5.588; 6.734), da cui "intestino cieco" o "vicolo cieco"] in base a un frammento del giurista Africano dove è trattata l'ipotesi del legato di un fondo conferito sotto la condizione della non applicazione della *lex Falcidia*. Il giurista romano definisce la questione "perplessa" come i "dialettici" l'avrebbero chiamata ingannevole (*Dixi τῶν ἀπόρων hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur*):

23. Sulla nozione di *ius receptum* o *inductum* e la trasformazione del *ius controversum* in *ius receptum* vd. ad esempio Gai. 3.82; 3.160; D. 1.3.14; 1.3.32; 2.1.14; PS. 5.2.2 Gell. 12.13.3. Su questo cf. con rif. bibl. FRANCHINI, *o.c.* (n. 1), p. 4 e n. 17.

24. Cf. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, p. 114 ss.; P. STEIN, «Sabino contra Labeone. Due tipi di pensiero giuridico», *BIDR* XIX (1977), p. 66.

25. D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plautium*) su cui vd. SCHIAVONE, *o.c.* (n. 24), p. 111 ss.; STEIN, *Sabino contra Labeone, o.c.* (n. 24), p. 66.

26. *Retro*, n. 14.

27. Sul rapporto tra il filosofo e il diritto vd. ora M. ARMGARDT, «Leibniz as legal scholar», in *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*, Fundamina Editio specialis, Pretoria, 2014, p. 27–38.

28. Leibniz ne tratta in *De casibus* § IV (de Iuliis 36 s.). In Lucr. 4.621 troviamo *flexus* come "sinuoso".

D. 35.2.88 pr. (Afr. 5 *quaestionum*)

*Qui quadringenta habebat, trecenta legavit: deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac condicione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset: quaeritur, quid iuris est. Dixi τῶν ἀπόρων hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur*<sup>29</sup>.

*Perplexitas* deriva da *plicātilis* (“pieghevole”) che è caratteristica tipica delle cose in apparenza duttili ma in realtà molto resistenti<sup>30</sup>. Come il nodo legato strettamente con filo di ferro, pieno di aculei e maneggiabile solo coi guanti, costruito da Machiavelli e chiamato Principe, che Francesco Vieta non seppe sciogliere, portandolo a concludere in un suo famoso apologo che sono davvero difficili da trattare gli intrighi (dove violenza frode e altre cose simili s’intrecciano) con cui si ingannano i popoli<sup>31</sup>. In Lucrezio il verbo *plico* è usato per indicare l’avvolgersi di qualcosa su se stessa<sup>32</sup>. Ancora, Celio, rivolgendosi a Cicerone usa l’espressione “difficile nodo” (*incideramus enim in difficilem nodum*) per dire di una situazione complicata<sup>33</sup>. Accursio infine chiamava il caso perplesso “dubbio circolare”<sup>34</sup> da cui l’espressione “quadrare il cerchio” attribuita da Leibniz allo scrittore seicentesco Matthias Berlich<sup>35</sup>. Il giovane filosofo conclude che un caso perplesso è un caso difficile perché dato da una concordanza (*copulationes*) di fatti e diritti fra loro incompatibili<sup>36</sup>.

- 
29. Per l’inquadramento storico-giuridico di questo frammento vd. già A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1992<sup>9</sup>, p. 488, con ragg. di bibl. in n. 41.5. Ora V. SCARANO USSANI, *L’utilità e la certezza*, Milano, 1987, p. 164 ss.; R. D’ALESSIO, «La Graeca vox nella giurisprudenza del Principato», in C. CASCIONE – C. MASI DORIA – G.D. MEROLA (edd.), *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, I, Napoli, 2013, p. 119–141, in part. 137.
30. Plin. *n.h.* 10.86.
31. La metafora è nell’apologo 48 di J.V. ANDRĒA, *Mythologia Christiana*, Argentorati, 1618, Manip. 1 riportato da DE IULIIS, *I casi perplessi in diritto*, o.c. (n. 14), p. 37, n. 18.
32. Lucr. 4.828: *seque in sua membra plicantem*.
33. Cic. *ad fam.* 8.11 (aprile o maggio del 50 a.C.).
34. ACCURSIO, *ad Digestorum liber XX, tit. 4, Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt*, in *Corpus iuris civilis Iustinianei, cum commentarii Accursii et aliorum* (Lugduni, 1708) t. I, in part. 1922–1923. Traggio da DE IULIIS, *I casi perplessi in diritto*, o.c. (n. 14), p. 39, n. 21.
35. Cf. M. BERLICH, *Conclusiones practicabiles, secundum ordinem constitutionum divi Augusti, electoris Saxoniae*, Francofurti et Coloniae, 1643, *Concl.* 72, *Singularia quaedam circa concursum creditorum*, n. 6. Traggio da DE IULIIS, *I casi perplessi in diritto*, o.c. (n. 14), p. 39, n. 22.
36. Così DE IULIIS, *I casi perplessi. Il metodo*, o.c. (n. 14), p. VII. Esso va distinto dal caso dubbio (da “due”) come la specie dal genere. Si vd. per questo *De casibus* § V (de Iulius 40). Il caso dubbio rileva quando in un’alternativa nessuno dei due casi trova ragione e non si sa quale tra le due possibilità scegliere (*ibidem*). Nel caso perplesso invece entrambe le soluzioni appaiono con ragioni di fatto e di diritto parimenti fondate (*ibidem*). Macroscopica quindi la differenza rispetto all’opera del giurista ebreo Maimonide che nel 1200 scrisse la *Guida dei perplessi* per offrire a dei giuristi dei criteri di scelta tra ragioni di verità speculativa e di fede. Sulla differenza

Leibniz si augura allora *che tutti i casi possano essere risolti in base al solo diritto integrando il diritto positivo col diritto di natura*<sup>37</sup>. La sua tesi conclusiva è che il metodo logico speculativo non dev'essere inteso come una ricerca — attraverso il *calculus ratiocinator* — della norma implicita nel sistema che può dare la soluzione del caso<sup>38</sup>. Se le *regulae iuris* risultassero contraddittorie o insufficienti, occorrerebbe infatti “fare dei distinguo” e trovare quindi la soluzione del caso usando il buon senso<sup>39</sup>. Il metodo della dimostrazione geometrica di per sé non appare quindi utilizzabile in teologia e in giurisprudenza. Il perché è ribadito dallo stesso Leibniz nella *Nova methodus*:

NM. II, § 4 (de Iuliis 49)

a Euclide non si dà credito perché afferma, ma perché prova, cosa che è inappropriata nelle leggi divine e umane, dove la volontà sta in luogo della ragione<sup>40</sup>.

---

tra l'uso di “perplesso” in Leibniz e in Maimonide vd. l'ampia discussione in DE IULIIS, *Il casi perplexi. Il metodo, o.c.* (n. 14), p. VII ss.

37. Come si vede qui Leibniz ricalca esattamente il pensiero di Cicerone espresso in *part. orat.* 130: *Atque haec communia sunt naturae atque legis, sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur.*
38. *De casibus* § 11: «*Nos speramos ex mero jure decidi omne casus posse*» (de Iuliis 7). Leibniz all'inizio dei suoi studi sembra essere certo di poter usare la logica formale per risolvere le controversie giuridiche come è dimostrato dai paragrafi della *Nova methodus* II, § 56 (de Iuliis 132); 57 (de Iuliis 135) e 58 (de Iuliis 136) [cf. G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza (Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae)*, a cura di Carmelo Massimo de Iuliis, Milano, 2012, p. CLVI–198, d'ora in poi citato con l'acronimo NM seguito dall'indicazione del libro (I o II) in numeri romani; seguito dal numero del paragrafo in numeri arabi più il nome dell'editore e la pagina di riferimento in numeri arabi tra parentesi] dove troviamo un modello esemplare della possibilità di ridurre a sistema *tituli* del Digesto (D. 3.3 *De procuratoribus et defensoribus*), del *Codex* (C. 6.51 *De caducis tollendis*) e delle *Novellae* (Nov. III *De Monachis*), astraendone i principi generali dedotti in regole *affinchè alla base di tali regole sia possibile desumere tutte le norme del titolo* [NM § 56 (de Iuliis 133) = «*ut omnes tituli Leges ex nostris regulis liceat derivare*» (de Iuliis CXXIII)]. Questa convinzione sembra essersi evaporata col tempo nello stesso Leibniz se è vero che se ne perde traccia nelle riflessioni postume (pubblicate la prima volta nel 1765) affidate ai *Nouveaux essais sur l'entendement humain* del 1704 che si trovano ora in M. MUGNAI – E. PASINI (edd.), *Leibniz, Scritti filosofici*, I–III, Torino, 2000<sup>2</sup>. In G.W. VON LEIBNIZ, «Lettera a G. Wagner» [1969], in F. BARONE (ed.), *Leibniz, Scritti di logica*, Bologna, 1968, p. 508–509, il filosofo tedesco non crede più che la sola logica possa bastare a risolvere i casi giuridici in tutte quelle ipotesi dove non si dispone di tutti i dati della fattispecie a causa delle difficoltà che si possono incontrare per le lacune dell'ordinamento, della contraddittorietà delle norme o delle sentenze, ovvero per la esistenza di opinioni dottrinali antitetiche. Vd. per tutto C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza, o.c.* (n. 38), p. X.
39. *De casibus* § 23 (de Iuliis 90 ss.) e, per il testo originale, si vd. *De casibus* § 2 (de Iuliis 3): «*similia sunt controversiis Juriconsultorum distinctione expediendis*».
40. Scrive E. DE ANGELIS, *Il metodo geometrico nel Seicento*, Firenze, 1964, p. 9–10 che sarebbe stato Euclide a servirsi della terminologia aristotelica (posto che la composizione degli *elementa* è posteriore allo Stagirita) e non, viceversa, Aristotele a trasferire la terminologia matematica all'arte della logica come erroneamente afferma E. WEIGEL, *Analysis Aristotelica ex euclide*

Se, come afferma Wittgenstein, «nessuna situazione possiede, in quanto tale, il potere coercitivo di un giudice assoluto»<sup>41</sup>, possiamo capire cosa intenda Leibniz quando dice che il metodo “geometrico” (oggettivo) che serve a dare prova di qualcosa, non può accordarsi con le leggi divine e umane (cioè la teologia e il diritto) dove la *volontà sta in luogo della ragione*. Il filosofo intende dire che nelle une, come nelle altre, l’elemento volontaristico (soggettivo) è preponderante<sup>42</sup>.

Leibniz critica così anche tutti gli altri criteri che l’esperienza giuridica ha escogitato nel tempo per arrivare alla soluzione dei casi difficili, se non proprio “impossibili”, da risolvere. Sono tutti noti: il *non liquet*, la sorte, una regolata discrezionalità, il punto dell’amico<sup>43</sup>.

I *casus perplexi* sono tuttavia altrettanto interessanti perché dimostrano quale è il limite di una concezione meramente positivista del diritto. Inoltre, vengono discussi con testimonianze del Digesto e usando *topoi* della retorica giuridica tradizionale che sono un vivido esempio dell’importanza e dell’utilità scientifica del diritto romano anche per il giurista contemporaneo.

In generale si può dire che tutta l’esposizione è costruita intorno a tre nuclei principali: I) il caso di Protagora ed Evatlo (che Leibniz qualifica tecnicamente come una fattispecie di *pluris petitio*, risolvibile con un distinguo e quindi ritenuta non propriamente perplessa)<sup>44</sup>; II) le ipotesi in cui due o più parti pretendono in base a una disposizione perplessa dove troviamo trattati: il caso della schiava Arescusa<sup>45</sup>; le disposizioni circolari (incompatibili o identiche<sup>46</sup>); il concorso

---

*restituta* sect. 2, c. 2, *De def. gramm.*, n. 4 che esercitò na considerevole influenza anche su Leibniz. Secondo DE ANGELIS, *Il metodo geometrico, o.c.*, p. 1: «si parla di metodo geometrico in quanto gli elementi di Euclide vengono considerati come il modello della dimostrazione scientifica, e di metodo matematico in quanto la geometria è una parte della matematica». Traggio da DE IULIIS, *I casi perplessi in diritto, o.c.* (n. 14), p. 31, n. 3.

41. L. WITTGENSTEIN, «Conferenza sull’etica», in *Lezioni e conversazioni sull’etica, l’estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, Milano, 1967, p. 12.
42. Almeno per il giovane Leibniz, appare dunque eccessiva la critica in R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 537 che dalla celebre affermazione [in *Opera omnia*, vol. IV, Genève, 1768, ep. 1, 254 da Orestano citato in *u.o.c.*, p. 537, n. 32: «*Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum Romanorum iurisconsultorum scripsit comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditas*»] deduce che Leibniz avrebbe postulato «che i giuristi romani avessero costruito un “sistema” giuridico con procedimento deduttivo, analogo a quello geometrico, partendo da un nucleo di principi fondamentali posti assiomaticamente e sviluppati sino alle ultime conseguenze». Sulla cd. “fase matematica” del Giusnaturalismo vd. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, 2, Torino, 2010, p. 26 ss.
43. *De casibus* § VII-X (de Iuliis 41–61).
44. *De casibus* § XVI (de Iuliis 72–75).
45. *De casibus* § XVII (de Iuliis 75–77).
46. *De casibus* § XVIII (de Iuliis 78).

perplesso di pretese<sup>47</sup> (con esempi in tema di libertà<sup>48</sup> e tutela<sup>49</sup>); III) infine, i casi perplessi in materia di *concorso nel possesso* su un bene indivisibile<sup>50</sup> o divisibile<sup>51</sup>, dove, come sottospecie, Leibniz contempla l'ipotesi della perplessità nel *concorso tra creditori* (tra cui anche il conflitto tra la dote e le ipoteche)<sup>52</sup>; nelle dispute sul *diritto di precedenza su un seggio nelle sessioni*<sup>53</sup>; e l'ipotesi della perplessità nel *concorso perplesso all'eredità ab intestato*<sup>54</sup>. Vediamo più in dettaglio.

### 3. Il caso di Protagora ed Evatlo

Il caso di Protagora ed Evatlo, portato innanzi al tribunale degli Aeropagiti, è uno dei *topoi* della speculazione retorica di ogni tempo. Ne parlano Gellio, Apuleio (*flor.* 3) e Quintiliano<sup>55</sup>.

Nei *Prolegomeni dei retori* di Ermogene lo stesso episodio è narrato avendo come giudice Gerione e come protagonisti i siculi Corace e Tisia<sup>56</sup>. Spiega Gellio che si tratta di un caso che i latini chiamavano *reciprocum* (cioè convertibile o ritorcibile) perché poteva venire in rilievo tutte quelle volte (*a quo dictum est*) che un argomento si poteva ribaltare in senso contrario e quindi usare contro colui che se ne era servito per primo (*cum argumentum propositum referri contra convertique in eum potest, a quo dictum est*). Il vizio del caso reciproco è che la tesi di una parte può essere utilizzata anche dalla controparte «*utrimque pariter valet*»<sup>57</sup>.

L'episodio è arcinoto. Il famoso sofista Protagora fece causa al suo allievo Evatlo chiedendogli di pagare il saldo delle sue lezioni avendo i due pattuito che il secondo avrebbe pagato la somma dopo aver vinto la prima causa<sup>58</sup>. La tesi di Protagora fu che Evatlo gli sarebbe stato obbligato, sia che avesse vinto (in forza della sentenza di condanna), sia che avesse perso (in base all'avverarsi della condizione negoziale). Evatlo ritorse l'argomento contro il maestro affermando, al contrario, che lui nulla gli avrebbe dovuto dare. Sia in caso di vittoria della causa, in forza della sentenza che avrebbe prevalso sulla condizione negoziale. Sia nell'ipotesi di sconfitta perché, in tal caso, la condizione non si sarebbe verificata. Il tribunale

47. *De casibus* § XIX (de Iuliis 79).

48. *De casibus* § XXIV (de Iuliis 100 ss.).

49. *De casibus* § XXV (de Iuliis 104 ss.).

50. *De casibus* § XXIV (de Iuliis 105 ss.).

51. *De casibus* § XXVIII (de Iuliis 115 ss.).

52. *De casibus* § XXXIII-XXXV (de Iuliis 126 ss.).

53. *De casibus* § XXVIII (de Iuliis 115-120).

54. *De casibus* § XXIX (de Iuliis 120 ss.).

55. Quint. *inst. or.* 3.1.8.

56. *De casibus* § XVI (de Iuliis 72).

57. Gell. 5.10.3.

58. Gell. 5.10.4-8.

non sapendo decidere rimandò la causa *sine die* (*rem iniudicatam reliquērunt causamque in diem longissimam distulerunt*)<sup>59</sup>.

Leibniz esclude che questo caso rientri tra quelli perplessi perché esso, pur sussistendo il dubbio, è comunque tecnicamente risolvibile operando un “distinguo”<sup>60</sup>. Una cosa è il merito, altra è la procedura: già per il diritto greco e romano se qualcuno avesse proposto azione non al tempo dovuto avrebbe perso la causa<sup>61</sup>. Protagora avrebbe dunque perso perché il giudice avrebbe dichiarato la domanda inammissibile in quanto intentata prima della scadenza del termine. Evatlo però in questo caso sarebbe diventato debitore per l’avverarsi finalmente della condizione. Allora Protagora avrebbe potuto adire il giudice per ottenere quanto dovutogli in base all’avverarsi della condizione ed Evatlo non avrebbe potuto eccepire il *ne bis in idem* perché nella prima causa (a lui favorevole) sarebbe stato assolto dalla domanda e non dalla lite. Così, conclude Leibniz, coniugando equità e diritto, Protagora alla fine avrebbe dovuto ottenere quanto a lui spettante<sup>62</sup>.

Questo esempio fa capire l’importanza della legge e, in sua mancanza, della speculazione giuridica. Mancando una norma *ad hoc* gli Areopagiti dovettero rinviare *sine die*. Un giudice romano avrebbe sancito (con un “distinguo”) la perdita della lite per Protagora<sup>63</sup>. Per Leibniz, invece, al cui tempo per casi come questo poteva applicarsi per consuetudine il diritto delle genti, si sarebbe data (con equità e diritto) ragione a Protagora. Questo caso è assimilato a quelli di *pluris petitio* su cui esiste ampia casistica e che Leibniz non manca di trattare.

In *Inst.* 4.6.33 (= Gai. 4.53 sebbene molto corrotto) e in *Pauli Sententiae* 1.10 si fa riferimento infatti non solo al tempo, ma anche alla quantità, al luogo e alla qualità della causa:

*Inst.* 4.6.33

*Si quis agens in intentione sua plus complexas fuerit, quam ad eum pertinet, causa cadebat, id est rem admittebat, nec facile in integrum a praetore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis.*

*PS.* 1.10 (*De plus petendo*)

*Plus petendo causa cadimus aut loco aut summa aut tempore aut qualitate: loco alibi, summa plus, tempore petendo ante tempus, qualitate eiusdem rei speciem meliorem postulantes.*

Secondo il diritto romano, se l’attore avesse chiesto più di quanto gli spettasse, avrebbe perso la causa per *pluris petitio*. Ma, a parte l’eventualità di un grave errore scusabile, prevista dallo stesso passo delle Istituzioni giustinianee, non mancavano eccezioni a questa regola perché abbiamo anche esempi dove si ammette, in materia

59. Gell. 5.10.4–16.

60. *De casibus* § XVI (de Iulius 73).

61. *Ibidem*.

62. *De casibus* § XVI (de Iulius 75).

63. Gai. 4.53b = *Inst.* 4.6.33b.



di crediti pignorati, la compensazione tra debiti della stessa specie sebbene di causa diversa<sup>64</sup>; o altra sanzione<sup>65</sup>.

#### 4. Ipotesi in cui due o più parti pretendono in base a una disposizione perplessa

Tecnicamente Leibniz inquadra tali fattispecie così: «quando due o più si basano su una disposizione perplessa, essi stessi dubbiosi su chi abbia diritto contro un terzo, costoro si annientano reciprocamente»; come i fratelli Cadmei nelle *Metamorfosi* di Ovidio<sup>66</sup>. Lo studioso come detto fa rientrare in questa categoria il caso della serva Arescusa, le cd. disposizioni circolari e il concorso di pretese anche in ipotesi particolari riguardanti la libertà e la tutela.

##### 4.1. Il caso della serva Arescusa

Il primo esempio riguarda il caso della serva Arescusa — un topos della retorica giuridica dell'età imperiale<sup>67</sup> —, che fu beneficiata da una disposizione testamentaria per cui sarebbe stata liberata se avesse partorito tre figli<sup>68</sup>. Si ragiona sul fatto che la donna con un primo parto ebbe un solo figlio: il primo quindi le nacque servo. Il problema fu posto per gli altri dato che, con un secondo parto, si considerò l'eventualità che questa avesse potuto dare alla luce tre gemelli. Non potendosi accertare chi fosse nato per ultimo e non potendosi per norma di legge riconoscere la libertà a tutti i figli, ecco il caso perplesso. I giuristi classici risolsero con un distinguo tra fatto e diritto<sup>69</sup>.

64. *PS. 2.5.3 (De pignoribus): Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes: si totum petas, plus petendo causa cadis. Cf. De casibus § XVI (de Iulius 74, n. 131).*

65. *Inst. 4.6.33e: postea autem lex Zenoniana et nostra rem coartavit, et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oportet Zenonis divae memoriae loquitur constitutio: sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, omne si quid forte damnum, ut in sportulis, ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur. Cf. De casibus § XVI (de Iulius 74, n. 132).*

66. *Ovid. met. 3.119: unum comminus ense ferit; jaculo cadit eminus ipse.*

67. Sul “caso della schiava Arescusa” che tratta tutt'altra questione in tema di compravendita e risarcimento dei danni secondo D. 19.1 43 (Paul. 5 *quaestionum*) vd. con bibl. di riferimento D. NÖRR, «Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1–2)», in D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE (edd.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, p. 524 ss.; BRETONE, o.c., (n. 11), p. 809 ss.

68. *De casibus § XVII (de Iulius 75–77).*

69. Così Ulpiano in D. 1.5.16 (Ulp. 6 *disputationum*): *Idem erit, si eadem Arescusa primo duo pepererat, postea geminos ediderat: dicendum est enim non posse dici utrumque ingenuum nasci, sed eum qui posterior nascitur. Quaestio ergo facti potius est, non iuris. Cf. De casibus § XVII (de Iulius 76, n. 134).*

Quindi Trifonino optò per la soluzione che sanciva la libertà solo per l'ultimo gemello che avesse visto la luce<sup>70</sup>. Giustiniano invece, gordianamente, promulgò una legge che in caso analogo dispose il riconoscimento della libertà a tutti i figli<sup>71</sup>. Ecco confermata quindi la *regula del favor libertatis* che troviamo anche icasticamente riprodotta nel titolo *de diversis regulis iuris antiqui* del libro cinquantesimo del Digesto:

D. 50.17.20 (Pomp. 7 *ad Sabinum*)

*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.*

Trifonino, evidentemente, risolve la questione con una regola di buon senso restando però rigorosamente nei limiti della norma da interpretare che impone il rispetto della volontà del testatore. Decidendo di riconoscere la libertà solo all'ultimo gemello che avesse visto la luce egli usa inoltre come parametro il dato naturale della posteriorità temporale della nascita.

Giustiniano, invece, riconobbe in modo apodittico e paternalistico la libertà a tutti i gemelli forzando il dato di natura che vuole in un parto naturale i gemelli nascere comunque secondo una scansione temporale. Diverso il caso se si fosse praticato alla serva Arescusa un parto cesareo.

Quindi, sebbene l'imperatore applichi un principio umanitario, quindi condivisibile *lato sensu*; dal punto di vista giuridico tradisce la *ratio* della norma in questione che vuole sempre salvaguardata l'ultima volontà del testatore. Nel primo caso abbiamo quindi un esempio di corretto esercizio di ermeneutica giuridica. Nel secondo si vede come agisce l'ipocrisia del potere, ossia il *diritto della forza*. Non si abolisce la schiavitù, ma la si umanizza a discrezione dell'imperatore.

---

70. D. 1.5.15 (Tryph. 10 *disputationum*): *Arescusa, si tres peperit libera esse testamento iussa, primo partu unum, secundo tres peperit: quaesitum est, an et quis eorum liber esset. Haec condicio libertati adposita iam implenda mulieri est. Sed non dubitari debet, quin ultimus liber nascatur: nec enim natura permisit simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere, ut ordine incerto nascentium non appareat, uter in servitute libertateve nascatur. Incipiente igitur partu existens condicio efficit, ut ex libera edatur quod postea nascitur, veluti si quaelibet alia condicio libertati mulieris adposita parturiente ea existat. Vel manumissa sub hac condicione, si decem milia heredi titiove dederit, eo momento quo parit per alium impleverit condicionem: iam libera peperisse credenda est. Cf. De casibus § XVII (de Iulius 76, n. 134).*

71. C. 7.4.16 pr.: [Imperator Justinianus] *Si quis in suo testamento rogaverit suum heredem ex liberis ancillae suae quam nominaverit unum quem elegerit ad libertatem perducere et, cum ancilla unum vel plures enixa est, heres neque dum superest in libertatem aliquem adduxerit vel, cum deliberat, quis ad libertatem producendus est, ab hac luce fuerit subtractus: dubitabatur ab antiquis, utrumne omnes an quidam aut nemo ex his ad libertatem perveniant. Sed veteris quidem iuris altercatio multa sibi super huiusmodi casibus resonavit. 1. Nos autem heredis malignitatem coercentes, si non voluntatem testatoris adimpleverit et mox, cum potuerit, non elegerit unum ex liberis ancillae et eum libertate donaverit, sancimus compelli non solum eum, sed etiam heredes vel successores eius omnes ancillae liberos in libertatem producere (a. 530). Cf. De casibus § XVII (de Iulius 77, n. 135).*

## 4.2. Le disposizioni circolari incompatibili o identiche

Con riferimento alle disposizioni circolari Leibniz classifica queste figure della retorica giuridica ripartendole in due specie: incompatibili o identiche<sup>72</sup>.

Il caso di una *disposizione circolare incompatibile* rileva quando due soggetti stipulano con Caio: *Tizio se non avrai dato a Seio, prometti di dare a me? Seio: se non avrai dato a Tizio, prometti di dare a me? Prometto*. Secondo il giovane studioso, in base al diritto, nessuno avrebbe potuto pretendere. Ma Pomponio risolve la questione diversamente come se i due stipulanti avessero voluto stabilire un termine per cui la dazione all'uno facesse spirare l'obbligazione dell'altro<sup>73</sup>:

D. 45.1.9 (Pomp. 2 ad Sabinum)

*Si Titius et Seius separatim ita stipulati essent: «fundum illum, si illi non dederis, mihi dare spondes?», finem dandi alteri fore, quoad iudicium acciperetur, et ideo occupantis fore actionem.*

Un caso di *disposizione circolare identica* rileva invece, ad esempio, quando un atto di ultima volontà è formulato in questo modo: *se Tizio sarà erede, sia erede Seio; se Seio sarà erede, sia erede Tizio*. Qui c'è poco da aggiungere perché l'istituzione di erede, come dice Giuliano, è da ritenere invalida perché inutile<sup>74</sup>:

D. 28.7.16 (Marcian. 4 institutionum)

*«Si Titius heres erit, Seius heres esto: si Seius heres erit, Titius heres esto».* Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit.

## 4.3. Il concorso perplesso di pretese

L'ampio sviluppo argomentativo che impegna Leibniz in rapporto alla celeberrima regola *se vinco chi ti vince ancora di più ti vinco*<sup>75</sup> — che risolve anche i casi di *concorso perplesso di pretese* — meriterebbe ben altra attenzione<sup>76</sup>. Mi limiterò tuttavia a delinearne qui solo i tratti essenziali.

La regola è tratta da D. 44.3.14 pr. in materia di accessione nel possesso e da 44.3.14.3 dove si legge “chi mi è preferito perché ha prevalso su di me, a maggior ragione deve prevalere contro di te” (*nam qui me potior est, cum ego te superaturus sim, multo magis adversus te optinere debet*) riformulata dalla tradizione romanistica

72. *De casibus* § XVIII (de Iulius 78).

73. *Ibidem*.

74. *Ibidem*.

75. *De casibus* § XXI (de Iulius 85–98).

76. *De casibus* § XIX (de Iulius 79–84). Esso rileva quando (de Iulius 79): «contrariamente a ciò che accade nella disposizione [perplessa], non si riesce a capire che sia l'attore, che sia il reo; né la questione è, se competa un diritto ad alcuno, ma posto che competa a tutti, chi dei due sia da preferire all'altro nelle faccende di ordine, cioè di priorità». La questione è impostata con l'uso del linguaggio della logica simbolica con l'immagine di un triangolo mobile iscritto in un cerchio su cui vd. *De casibus* § XIX (de Iulius 80 ss.).

in questo modo: *quae videtur esse conformis naturali rationi, ego vinco vincetem te, ergo vinco te*<sup>77</sup>:

D. 44.3.14 pr. (Scaev. *libro singulari quaestionum publice tractatarum*)  
*De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.*

D. 44.3.14.3 (*Idem*)

*Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pigneravi, meus creditor utetur accessione tui temporis tam adversus extraneum quam adversus te ipsum, quamdiu pecuniam mihi non exsolveris: nam qui me potior est, cum ego te superaturus sim, multo magis adversus te optinere debet. Sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.*

Leibniz enuncia tale regola anche diversamente: *l'antecedente del primo è il primo del successivo*. Non possiamo per motivi di spazio trattenerci oltre su questo punto, ma va sottolineato che Leibniz qui brilla per acume perché cerca di spingersi fino a indagare l'origine stessa della perplessità. Lo fa partendo dal seguente postulato: «l'origine della perplessità deriva dalla stessa regola»<sup>78</sup>. E rende lo stesso concetto in termini astratti stabilendo una concatenazione di corrispondenti che sembrano una filastrocca:

«La causa di una causa è la causa di ciò che fu causato; e il genere di un genere è il genere della specie; e il requisito di un requisito è il requisito del requirente; e la condizione di una condizione è la condizione del condizionato; e il somigliante ad un somigliante è il somigliante alla figura; e il soggetto di un soggetto è il soggetto di un predicato; e la parte di una parte è la parte del tutto»<sup>79</sup>.

La caratteristica di questa tiritera è che i termini possono essere invertiti. Altrettanto vero infatti è che: «l'intero di un intero è l'intero della parte; e che il predicato di un predicato è il predicato del soggetto». Quindi: «se A presso B, come B presso C, allo stesso modo sarà A presso C».

Gli effetti di un qualsiasi evento però a volte possono anche cessare e quindi interrompere la catena causale. Il che vale sia nelle azioni che nelle relazioni. Dice Leibniz che ciò può accadere indifferentemente per gli atti "casuali" (come lanciare una pietra) come per gli atti "speciali" (come «amare, il contrarre una società, manomettere, concedere in locazione, stipulare un mandato»<sup>80</sup>).

Da tutto ciò l'a. deduce che *l'amico del mio amico non è detto che sia necessariamente mio amico* (così come Accursio nella glossa a D. 44.3.14<sup>81</sup>); che *il socio del mio socio non è detto che sia mio socio* (come in D. 17.2.19; e secondo la

77. J.F. PORZIO, *Conclusionum utriusque Iuris et regularum libri V*, Venetiis, 1569, Lib. III, Conclusio et Regula XXVIII, p. 625; *De casibus* § XXI (de Iulius 85, n. 144).

78. *De casibus* § XXI (de Iulius 86).

79. *Ibidem*.

80. *Ibidem*.

81. *De casibus* § XXIII (de Iulius 92, n. 158).

regola di cui in D. 50.17.47.1: *Socii mei socius meus socius non est*)<sup>82</sup>. Ancora: che *il liberto del mio liberto non è detto che sia un mio liberto* [come in D. 50.16.105 (Modest. 11 *responsorum*): *Modestinus respondit his verbis «libertis libertabusque meis» libertum libertae testatoris non contineri*]<sup>83</sup>; così come *se io dò mandato a qualcuno e questi dà mandato a sua volta a un altro, non avrò io dato mandato a quell'altro* (come in D. 43.24.6)<sup>84</sup>. Lo stesso, aggiunge Leibniz, potrebbe dirsi per *il colono del mio colono* o per *l'inquilino del mio inquilino* come sembra dire, sebbene alquanto oscuramente, la *regula* tratta dai *Phitana* di Labeone in D. 43.16.20<sup>85</sup>. Diversamente si dovrebbe ammettere, insieme con D. 41.2.30.6<sup>86</sup>, che il proprietario possa esperire l'interdetto *unde vi* anche contro il secondo inquilino o il secondo colono:

D. 43.16.20 (Labeo 3 *pithanon a Paulo epitomatorum*)

*Si colonus tuus vi deiectus est, ages unde vi interdicto. idem si inquilinus tuus vi deiectus fuerit. paulus: idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino.*

D. 41.2.30.6 (Paul. 15 *ad Sabinum*)

*Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possideo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Et id quamlibet per plurimum personam factum observandum ita erit.*

L'andamento delle situazioni di perplessità del tipo *se vinco chi ti vince ancor più ti vinco* serve quindi al giovane studioso per spostare la discussione su un piano più ampio.

Secondo Leibniz la circolarità che viene in rilievo dalla valutazione di fattispecie come questa soffrirebbe di un *magnus error in principio* dovuto, non al valore intrinseco della regola che si applica, ma alla non correttezza della sua sussunzione<sup>87</sup>. Il giovane filosofo ha infatti buon gioco nel dimostrare che il vizio a monte di cui soffre l'argomentazione del giurista, quando tratta questioni di questo tipo solo servendosi della logica, è che una costruzione così articolata: «la dote successiva precede l'ipoteca tacita anteriore, quest'ultima precede l'espressa intermedia e, dunque, anche la dote precede l'ipoteca espressa intermedia»<sup>88</sup> si può facilmente ribaltare invertendo i termini del ragionamento. Iniziando dall'ipoteca e non dalla

82. *De casibus* § XXI (de Iulii 87, ntt. 147 e 148).

83. *De casibus* § XXI (de Iulii 87, n. 149).

84. *De casibus* § XXI (de Iulii 87, n. 150).

85. *De casibus* § XXI (de Iulii 88, n. 151).

86. *De casibus* § XXI (de Iulii 88, n. 152).

87. GIARO, o.c. (n. 17), p. 377, dà la seguente definizione del giudizio di sussunzione dei giuristi romani «Unicamente il giudizio di sussunzione è capace di assolvere al compito di saldare la questione di fatto con quella di diritto, facendo coincidere la verità della fattispecie concreta con quella della norma astratta da applicarvi che comporta una conseguenza giuridica appropriata.»

88. *De casibus* § XXIII (de Iulii 90) corsivo mio.

dote e seguendo il seguente ordine — *l'ipoteca espressa intermedia precede la dote posteriore, la dote precede l'ipoteca tacita anteriore e, dunque, anche quella questa; oppure: l'ipoteca tacita anteriore precede l'intermedia espressa, questa la dote posteriore e, dunque, anche quella questa*<sup>89</sup> — il meccanismo inferenziale, invertiti i termini della questione, porta quindi alla conclusione diametralmente opposta.

L'aspetto motivazionale, ossia l'elemento soggettivo o volontaristico, gioca quindi in casi come questi un ruolo determinante. Nel ragionamento dei giuristi prevale sempre la dote perché si vuole che questa prevalga; e questa deve prevalere perché è questa anche la volontà del legislatore. Ecco dunque perché Leibniz dice qui di voler combattere la sussunzione e non di screditare la regola<sup>90</sup>.

Mi limito a dire che chi avesse ancora dei dubbi sul rapporto tra filosofia, logica inferenziale e diritto dovrebbe arretrare definitivamente di fronte a questa evidenza. Negando all'operatore giuridico la possibilità di valutare il dato normativo da questo punto di vista si riunica infatti al *diritto come giustizia*; a ogni rilevanza della *forza del diritto*; e si lascia il campo al solo *diritto della forza*. È ovvio che come contropartita c'è il rischio fondato che il giurista possa abusare di tale possibilità<sup>91</sup>. Per questo allora Leibniz conclude affermando che la soluzione ottimale sarebbe di trovare un temperamento tra i due criteri secondo il principio enunciato al paragrafo XI della sua dissertazione; ossia che «ogni controversia è sempre decisa in base al puro diritto naturale delle genti, con cui nessun caso rimane perplesso»; e, come si diceva prima, *integrando il diritto positivo con quello di natura*<sup>92</sup>. L'esistenza dei casi perplessi dimostra quindi *in re ipsa* che questa consapevolezza, in chiunque si occupi di diritto (giudice, giurista, legislatore), è irrinunciabile.

#### 4.3.1. Il concorso perplesso in materia di libertà e tutela

Dall'impostazione del problema del *concorso perplesso di pretese* — dove non si dubita del diritto dei contendenti, ma dell'ordine di tali diritti<sup>93</sup>, ovvero che tali diritti siano pari in caso di perplessità dello stesso tipo (come nei casi sub 5.3) — Leibniz desume il principio che il bene per cui le parti concorrono dovrà essere ritenuto comune se ciò sia possibile. Altrimenti sarà sottratto a entrambi dato che non vi sono motivi per preferire l'uno piuttosto che l'altro<sup>94</sup>.

89. *De casibus* § XXIII (de Iulius 91) corsivo mio.

90. *De casibus* § XXIII (de Iulius 98).

91. Sull'ostilità nei confronti delle *cavillationes* (argomentazioni capziose) già Cicerone in *Sen. ep.* 111.1 su cui si vd. con bibl. SCARANO USSANI, *o.c.* (n. 29), p. 165; D'ALESSIO, *o.c.* (n. 29), p. 165.

92. *De casibus* § XI (de Iulius 62).

93. La perplessità si crea tra minimo tre soggetti: «se, appunto A preceda B, B preceda C e, ciononostante, C preceda A in base ad altro principio, cosa che rende tutta la questione incerta e circolare nella stessa serie». Così in *De casibus* § XIX (de Iulius 79).

94. *De casibus* § XXIII (de Iulius 98).

Di qui la regola per cui *nel concorso perplexo su un bene indivisibile e insuscettibile di comunione tutti i concorrenti perderanno*<sup>95</sup>. Accade questo nell'ipotesi data in materia di libertà secondo il disposto di D. 1.5.15 e 16 (il caso della serva Arescusa)<sup>96</sup>, a cui Leibniz aggiunge un caso contemplato da Giuliano in materia di istituzione di erede<sup>97</sup>; uno di Paolo in tema di manomissioni per testamento<sup>98</sup>; e la fattispecie trattata da Modestino in materia di manomissione<sup>99</sup>. Ciò perché per il diritto giustiniano nessuno può essere ritenuto libero solo in parte. Questa regola risolve anche la fattispecie trattata da Ulpiano sul legato tra parenti<sup>100</sup>.

Inoltre, se nell'ipotesi di un servo comune, uno dei due domini lo manomette e l'altro lo mantiene come schiavo, secondo il diritto la quota dominicale del manomittente accrescerebbe la quota dominicale dell'altro (per il *ius ad crescendi*). Giustiniano tuttavia trovò questa soluzione iniqua e quindi stabilì — correggendo una *regula* dei giuristi antichi — che il servo potesse riscattarsi versando al *dominus* superstita il prezzo della sua parte dominicale<sup>101</sup>.

95. *De casibus* § XXIV (de Iuliis 98).

96. Su cui vd. *retro*.

97. D. 28.5.43: (Iul. 64 *digestorum*): *Qui solvendo non erat, duos Apollonios liberos heredesque esse iusserat. Altero ante apertas tabulas testamenti mortuo non ineleganter defendi poterit eum qui supererit liberum et solum necessarium heredem fore. Quod si uterque vivit, institutionem nullius esse momenti propter legem Aeliam Sentiam, quae amplius quam unum necessarium heredem fieri vetat.* Il caso riguarda una disposizione testamentaria in base alla quale si nominano due soggetti (Apolloni) liberi ed eredi. Ne muore uno prima dell'apertura delle tavole testamentarie. Il superstita sarà ritenuto libero ed erede necessario. Se fossero sopravvissuti entrambi, in base alla legge Elia Senzia che vieta che sia nominato più di un solo erede necessario, la disposizione non avrebbe avuto alcun valore. Cf. per tutto *De casibus* § XXIV (de Iuliis 100, n. 182).

98. D. 40.4.31 (Paul. 26 *ad edictum*): *Cum ex pluribus eodem nomine servis unus liber iussus non appareat qui sit, nullus liber est.* Riguarda una manomissione testamentaria con cui di più servi con lo stesso nome uno solo è fatto libero. Se non è possibile individuare chi sia, nessuna sarà libero. Cf. *De casibus* § XXIV (de Iuliis 100, n. 183).

99. D. 34.5.27 (28) (Mod. 1 *regularum*): *Si quis de pluribus unum manumitti voluerit nec appareat, de quo manumittendo testator sensit, nulli eorum fideicommissa competit libertas.* Se un testatore dispone che sia manomesso uno solo fra più, ma non si può identificare chi sia, a nessuno spetta la libertà per fedecommesso. Cf. *De casibus* § XXIV (de Iuliis 100, n. 184).

100. D. 34.5.19 pr.-1 (Ulp. 25 *ad Sabinum*): *Si cognatis legatum sit et hi cognati quidem esse desierunt, in civitate autem maneant, dicendum deberi legatum: cognati enim testamenti facti tempore fuerunt. Certe si quis testamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem, facilius legatum consequitur. 1. Si quis cognationi leget, idem est atque si cognatis legasset.* Se è disposto un legato tra parenti e questi abbiano cessato di esserlo, ma mantengono la cittadinanza il legato è dovuto perché furono parenti al momento in cui fu disposto il legato. Così come se al tempo del testamento non erano parenti, ma lo diventano dopo per arrogazione in punto di morte, il legato si otterrebbe più facilmente. Cf. *De casibus* § XXIV (de Iuliis 100, n. 184).

101. C. 7.7.1 (*De servo communi manumisso*): [Imperator Justinianus] «*In communes servos eorumque libertatem et quando cuidam domino pars libertatem imponentis ad crescit nec ne, et maxime inter milites, qui huiusmodi imponunt libertatem, multa ambiguitas exorta est apud veteres iuris auctores*» (a. 531); *Inst.* 2.7.4 (*De donationibus*): *Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per*

Una situazione simile fu affrontata dal giurista Giuliano<sup>102</sup>. Due soggetti chiedono di avere un uomo in servitù per la metà. Uno perde, l'altro vince. Quindi, curiosamente, si porrebbe il caso che uno schiavo in questo modo risultasse libero solo in parte. Sabino, Cassio e lo stesso Giuliano *stricti iuris* optarono per il riconoscimento dell'intera proprietà sullo schiavo a quello dei due soggetti risultato vincitore. Questo in base al principio che la parte per cui lo schiavo risulta libero non era di nessuno e dunque avrebbe accresciuto la parte dell'altro. Giuliano però, in via equitativa, aggiunse che i giudici sarebbero stati obbligati a pronunciare la stessa sentenza in entrambi i giudizi; e allora, laddove ciò non si fosse verificato, per la regola del *favor libertatis*, lo schiavo avrebbe dovuto essere considerato libero, fatto salvo l'obbligo di pagare al vincitore la metà del prezzo al quale fu valutato<sup>103</sup>. Questo caso per Leibniz farebbe il paio con quello sul concorso dei creditori di Claudio Felice contemplato in un frammento famoso del giurista Paolo (su cui subito ritorneremo)<sup>104</sup> e assimilabile all'ipotesi prevista da Africano nel titolo del Digesto dedicato alla poeriorità nel pegno e nell'ipoteca e alla successione in luogo dei creditori di grado anteriore (*qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt*)<sup>105</sup>.

Analogo ragionamento viene fatto in caso di tutela. Se un testatore nomina tutore Tizio, ma risulta che siano due i potenziali nominati; e non è chiaro chi dei due volesse effettivamente nominare il testatore, allora nessuno dei due sarà tutore<sup>106</sup>.

---

*ius adcrendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit vel vindicta vel testamento, eo casu pars eius amittebatur et socio adcrecebat. sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem lucrum adcrecere: hoc quasi invidiae plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus et invenimus viam, per quam et manumissor et socius eius et qui libertatem accepit nostro fruuntur beneficio, libertate cum effectu procedente (cuius favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisset manifestissimum est) et eo qui eam imposuit suae liberalitatis stabilitate gaudente et socio indemni conservato pretiumque servi secundum partem domini quod nos definivimus accipiente.*

102. D. 40.12.30 (Iul. 5 ex Minicio): *Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno iudicio liber, altero servus iudicatus est, commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant: si id non continget, Sabinum refertur existimasse duci servum debere ab eo qui vicisset: cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum. Et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri. Commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitrato victori suo praestare.*

103. *De casibus* § XXIV (de Iulius 104).

104. D. 20.4.16.

105. D. 20.4.9.2 (African. 8 quaestionum): *Sed et si heres ob ea legata, quae sub condicione data erant, de pignore rei suae convenisset et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit ac post condicio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.*

106. D. 26.2.30 (Paul. 6 quaestionum) *Duo sunt Titii, pater et filius: datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator: quaero, quid sit iuris. Respondit: is datus est, quem dare se testator sensit: si id non apparet, non ius deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor.*



## 5. I casi perplessi nel concorso nel possesso su un bene indivisibile

Come regolarsi tuttavia se più persone concorrono nel possesso in base a un diritto perplessito e tale possesso è indivisibile (come quando non è possibile che più soggetti possano esercitare sull'intero bene lo stesso tipo di possesso)<sup>107</sup>? L'ipotesi è prevista da un frammento di Paolo tratto dal libro 56 di commento all'editto in materia di acquisto o perdita del possesso<sup>108</sup>.

Leibniz giudica falsa la regola dei Proculiani sull'indivisibilità del possesso (*plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris*) e ritiene più vera l'opinione di Sabino per cui, in caso di precario, chi dà e chi riceve in effetti possiederebbero contemporaneamente (*Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit*).

La regola — argomenta il giovane studioso — viene applicata anche in D. 43.26.15.4 (Pomp. 29 *ad Sabinum*) e in un frammento di Ulpiano dove il giurista severiano, commentando l'editto, discute dell'ipotesi che due persone posseggano per l'intero (*si duo possideant in solidum*)<sup>109</sup>. Nel caso in cui qualcuno agisse per far valere un possesso giusto o ingiusto (*si quis proponeret possessionem iustam et iniustam*), dove uno possedeva *iuste* e l'altro *quod vi aut clam*, se il primo risulta anteriore al secondo nel possesso, vincerebbe anche l'interdetto (*si a me possides, superior sum interdicto*). Altrimenti rilevarebbe una situazione di indifferenza giuridica, per cui entrambi i soggetti sarebbero considerati possessori (*si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego*)<sup>110</sup>.

Leibniz spiega la ratio di tale soluzione in questo modo: *chi possiede una parte della cosa, se può aspirare alla parte restante, può anche possederla per intero*<sup>111</sup>.

107. *De casibus* § XXV (de Iulius 105).

108. D. 41.2.3.5 (Paul. 56 *ad edictum*): *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Cf. De casibus § XXV (de Iulius 105 e n. 191). Su questo celeberrimo frammento di Paolo si vd. BRETONE, o.c., (n. 11), p. 829 e 838 a proposito dell'uso di *verius* e locuzioni similari.*

109. Sottolinea la connessione anche BRETONE, o.c., (n. 11), p. 829.

110. D. 43.17.3 pr. (Ulp. 69 *ad edictum*): *Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego. Cf. De casibus § XXV (de Iulius 106 e n. 194).*

111. D. 41.2.3.1 (Paul. 54 *ad edictum*): *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. Cf. De casibus § XXV (de Iulius 106 e n. 195).*

Nulla impedisce quindi che più persone possano contemporaneamente esercitare il possesso su porzioni dello stesso fondo<sup>112</sup>.

Nell'ipotesi di un bene immobile (nella specie un castello) l'a. segue invece l'opinione del Fabro, per il quale, ciascuna delle parti resterebbe con l'intenzione di possedere l'intero<sup>113</sup>.

Viene qui contestato quindi il parere di Paolo per cui, come è noto, sarebbe "contro natura" che ciascuno possieda per intero una cosa (D. 41.2.3.5: *contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris*) anche con riferimento ai beni mobili<sup>114</sup>. E viene portato l'esempio di due persone che tengano ciascuna uno dei due manici dello stesso orcio: entrambi lo possiedono contemporaneamente e nessuno dei due può dire quindi di possederlo di più<sup>115</sup>.

Seguendo la regola applicata da Ulpiano — in un frammento tratto dal libro 46 di commento a Sabino — in materia di obbligazioni fideiussorie e di garanzia (*nec enim potest repperiri, quae obligatio quam peremat*) ed estesa analogicamente al caso di specie sembra a Leibniz uno sproposito ritenere che nessuno dei sia considerato possessore. Nessuno dei due lo sarebbe per l'impossibilità di distinguere tra le due situazioni possessorie e quindi per l'impossibilità di ricavare, da questo "distinguo", un criterio di preferenza o priorità<sup>116</sup>.

Secondo il giovane filosofo sarebbero da ritenere possessori entrambi perché, venendo meno uno, l'altro resterebbe possessore per l'intero. Parimenti ciò accadrebbe nel caso in cui tale possesso fosse esercitato da un servo o da un amico con l'intenzione di esercitarlo *alieno nomine*. Anche qui ciascuno possiederebbe per l'intero<sup>117</sup>. Così l'a. usando analogicamente la regola desunta da D. 43.17.3 pr.

---

112. *De casibus* § XXV (de Iuliis 107).

113. J. FABER, *Super Institutiones*, Lugduni, 1523, sub *Uti possidetis*, fol. CCCXCI. Si vd. *De casibus* § XXV (de Iuliis 107, n. 196).

114. *De casibus* § XXV (de Iuliis 107).

115. *Ibidem*.

116. D. 46.1.5 (Ulp. 46 *ad Sabinum*): *Generaliter Iulianus ait eum, qui heres exstitit ei, pro quo inter- venerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri. Denique scripsit, si fideiussor heres extiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fideiussionis liberari: reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest repperiri, quae obligatio quam peremat: at in fideiussore et reo repperitur, quia rei obligatio plenior est. Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram per alteram peremi: cum vero duae eiusdem sint potestatis, non potest repperiri, cur altera potius quam altera consumeretur. Refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant. Est autem species talis. Si reus promittendi reo promittendi heres exstitit, duas obligationes sustinet: item si reus stipulandi exstitit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. Plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur. Cf. *De casibus* § XXV (de Iuliis 107, n. 197).*

117. *De casibus* § XXV (de Iuliis 108).

risolve la questione affermando che «nel caso perplesso nessuno dei due, ovvero entrambe [le persone] rimangono nel possesso, secondo l. 3. pr. D. *uti possidetis*»<sup>118</sup>.

Trovo molto suggestivo che Leibniz a questo punto dica di aver attinto dal diritto di natura; ovvero di aver applicato principi di puro diritto (nel testo originale: *sed haec ex naturalis seu meri juris principiis disputavi*<sup>119</sup>). Ferma restando la consapevolezza (giuridicamente esatta) di non poter contestare il parere di Paolo (perché Giustiniano gli conferì valore di legge<sup>120</sup>), Leibniz offre così un chiaro esempio di come si possa utilizzare un procedimento di estensione analogica per induzione — tecnicamente una *conlatio plurima* o ἐπαγωγή<sup>121</sup> — applicando anche criteri di logica formale; inoltre sottoponendo il tutto, nello stesso tempo, a una verifica esterna di conformità a un criterio di verità commisurato a principi di puro diritto o naturale.

### 5.1. I casi perplessi quando c'è concorso nel possesso su un bene divisibile

Passiamo adesso alla perplessità che può insorgere in relazione a una *res* divisibile e suscettibile di comunione. Essa viene inquadrata secondo la regola seguente: *nel concorso perplesso sulla cosa divisibile o suscettibile di comunione tutti i litiganti saranno ammessi in proporzione*<sup>122</sup>.

Dato che i soggetti litiganti sono su un piano di parità, si ritiene che concorano sul bene in proporzione<sup>123</sup> in applicazione della regola desunta dal libro II *Regularum* di Licinio Rufino — contemporaneo di Erennio Modestino — per cui *una disposizione inizialmente inutile non diventa valida successivamente*<sup>124</sup>. Leibniz ritiene che in tal caso venga applicato un principio di equità corrispondente alla definizione che di tale concetto dà Vulteio per cui *l'equità è la proporzione di due o più tra i quali c'è controversia*<sup>125</sup>. E quindi si sceglie una “via di mezzo”, come nell'ipotesi in cui vi siano difficoltà nell'identificare i beni ereditari da riservare a una data categoria di coeredi<sup>126</sup>.

Il caso riguarda un problema che poteva porsi riguardo al concepito. I giuristi romani — D. 5.4.3 (Paul. 17 *ad Plautium*) — ritenevano che dovessero

118. *De casibus* § XXV (de Iulius 106 e in part. 108).

119. *De casibus* § XXV (de Iulius 16).

120. *De casibus* § XXV (de Iulius 108).

121. Su cui si vd. Cic. *de inv.* 1.31.51–32.53; *Top.* 1.10.42 e M. BRETONE, *Ius controversum* 805, n. 18.

122. *De casibus* § XXVII (de Iulius 111).

123. *De casibus* § XXVII (de Iulius 112).

124. D. 50.17.210 (Lic. Ruf. 2 *regularum*): *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto conualescere non potest.*

125. H. VULTEJUS, *Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae libri II*, Marpurgi, 1598, Lib. I, *De iure absoluto*, cap. 1, 1: «*Aequitas autem est duorum pluriumve, inter quos res aliqua est proportio*». Traggio la citazione da *De casibus* § XXVII (de Iulius 112, n. 208).

126. *De casibus* § XXVII (de Iulius 112).

essere conservati al nascituro tutti i diritti fino al momento della nascita. Quindi, l'esistenza di un concepito escludeva ogni diritto di successione per l'erede agnato di grado ulteriore (*antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur*).

Esistendo altri coeredi di grado pari si poneva però il problema di quale parte di eredità dovesse rimanere sospesa; perché non si poteva sapere quanti figli la madre potesse partorire (*ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt*). I giuristi romani scelsero una via di mezzo.

In mancanza (ovviamente) di mezzi tecnici utili all'abbisogna (oggi sarebbe risolutivo un esame ecografico), dato che l'esperienza insegnava che poteva verificarsi anche un parto trigemino, si decise di assegnare al figlio presente la quarta parte (*prudenterissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint*). Di qui la soluzione: anche se la donna è in procinto di partorire un figlio solo, nel frattempo, fino a che tale circostanza non si fosse verificata, questi sarebbe stato ritenuto erede per la quarta parte e non per la metà (*ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit*)<sup>127</sup>.

È interessante notare come anche in questa circostanza la perplessità sia risolta dai giuristi romani con un'argomentazione in cui agiscono combinate insieme *aequitas* e *ius naturae* (come Leibniz voleva dimostrare). Nella fattispecie viene adottata infatti una regola di buon senso (su cui Leibniz non si sofferma) desunta da una citazione letterale del filosofo greco Teofrasto — τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δις, *ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται* («infatti, come afferma Teofrasto,

---

127. D. 5.4.3 (Paul. 17 *ad Plautium*): *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. Ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt: ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur. Nam traditum est et quattuor pariter puellas a matre familias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponensi, multas Aegypti uno utero septenos. Sed et tregeminos senatores cinctos vidimus horatios. Sed et Laelius scribit se vidisse in palatio mulierem liberam, quae ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragesimum. Quid est ergo? Prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δις, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται. Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit. Cf. De casibus § XXVII (de Iulius 112 e n. 210).*

i legislatori trascurano ciò che si verifica una volta o due»<sup>128</sup>) — che forse è un archetipo del brocardo ben noto anche ai giuristi odierni dell'*id quod plerumque accidit*.

Leibniz chiude questa parte della sua dissertazione segnalando infine l'applicazione analogica da parte di Giustiniano della regola da lui proposta sulla soluzione dei casi perplessi in tema di beni divisibili o suscettibili di comunione anche per la disciplina delle cose comuni in materia di legati e fedecommessi: nel dubbio bisogna optare sempre per ciò che comporta il minor grado di iniquità<sup>129</sup>.

### 5.1.1. La perplessità nel concorso tra creditori

Molto interessante è pure il *casus perplexus* che può rilevare in materia di concorso di creditori sui beni del debitore. Anche qui il giovane studioso si distingue per acume. Leibniz richiama infatti il noto episodio di Claudio Felice che diede in pegno lo stesso fondo a tre soggetti<sup>130</sup>:

D. 20.4.16 (Paul. 3 *quaestionum*)

*Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutythianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutythiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium IUDICEM victus appellaverat: quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potioem esse debere. Mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae*

128. Uso la traduzione di S. SCHIPANI (éd.), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae*, II, Milano, 2005, p. 76.

129. C. 6.4.43.3.1a-1b: [Imperator Justinianus] «1a. *Sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem titius forte elegerit, titius autem vel noluerit eligere vel morte fuerit praeventus, et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit, utrumne legatum expirat, an aliquid inducitur ei adiutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio.* 1b. *Censemus itaque, si intra annale tempus ille qui eligere iussus est hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocumque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis, ne dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur*» (a. 531). Cf. *De casibus* § XXVII (de Iulii 112 e n. 211).

130. *De casibus* § XXXII (de Iulii 128). BRETONE, o.c. (n. 11), p. 847 inquadra il segmento *fuerunt igitur qui dicerent* nell'ambito delle strategie argomentative relative alla formazione del *ius controversum* secondo il topos della rilevanza "dei meno e dei più" (si vd. p. 843 ss.); ossia attraverso la valutazione dei precedenti pareri dei giuristi che si sono misurati sull'argomento. In particolare (p. 769, n. 22) lo studioso ritiene probabile che la *quaestio* di Paolo nel frammento *de quo* «si riferisca a una discussione nel *consilium principis* per un giudizio di appello» come aveva già ipotizzato M. MARRONE, «L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano», in *Annali Palermo* 24 (1955), p. 428-432.

*uti potest? Aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium optinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur.*

Per primo fu dato a Eutuchiana (A), poi a Turbone (B), per terzo a Tizio (C). Il primo creditore, Eutuchiana, facendo valere il suo diritto contro un terzo, è vinto; e la sentenza passa in giudicato. Subito dopo, assale il bene anche il secondo creditore (Turbone) che fa valere il fatto che è posteriore a Eutichiana (A), ma questi è anteriore a Tizio (C). Eutichiana quindi spera che con l'arrivo di Turbone possa recuperare indirettamente il suo diritto contro Tizio; Tizio a sua volta spera di poter recuperare su Turbone attraverso la posizione di Eutichiana<sup>131</sup>.

*Quid iuris?* Impostazione del problema: 1) Il primo creditore precede il secondo per priorità temporale; 2) il secondo precede il terzo per lo stesso motivo; 3) il terzo precede il primo per la sentenza passata in giudicato. Vale qui la famosa regola riportata in D. 50.17.207: *Res iudicata pro veritate accipitur*<sup>132</sup>. Interessante qui il richiamo di Leibniz al commento di Bachovius alla regola per cui *verum est non nisi unum*: «Poiché la cosa giudicata è ritenuta come verità, avviene qualche volta che contro quel che è vero nei fatti, esista un diverso vero giudiziale (...); argomento su cui molti discutono se il giudice debba giudicare secondo coscienza o in base agli atti»<sup>133</sup>.

In base al diritto bisogna quindi decidere che al primo posto è da collocare il secondo creditore (Turbone); al secondo il terzo (Tizio); e al terzo il primo (Eutichiana). Poiché contrastano la posizione 1 e 3; applicando la regola per cui la verità giudiziale prevale sulla verità storica (in pregiudizio di colui che per sua colpa fece sì che la sentenza passasse in giudicato), vincerà la posizione 3 e la posizione 1 sarà ritenuta nulla. Insomma l'*exceptio rei iudicatae* non potrà essere fatta valere e all'altro creditore, come esattamente conclude il giurista Paolo, è lasciato impregiudicato l'intero diritto (*poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur*)<sup>134</sup>.

131. *De casibus* § XXXII (de Iuliis 129 ss.).

132. *De casibus* § XXXII (de Iuliis 130). Sul tema da ultimo A. WACKE, «Res iudicata pro veritate accipitur? Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio», in *Quid est veritas?*, o.c. (n. 17), p. 381-422.

133. R. BACHOFF VON ECHT, *Bachovius augmentatus i.e. Notae et animadversiones ad Hieronymi Treutleri disputationes*, Coloniae Agrippinae, 1653, Disp. I, Lit. B «Cum res iudicata pro veritate accipitur, fit ut aliquando contra id ipsum quod in rebus ipsis verum est, aliud diversum existat verum iudiciale (...); de quo pluribus disputant an iudex secumndum conscientiam an acta iudicare debeat». Seguo la traduzione di de Iuliis in *De casibus* § XXXII (de Iuliis 132, n. 253).

134. *De casibus* § XXXII (de Iuliis 131).

### 5.1.2. La perplessità nel concorso tra dote e ipoteche

Altra fattispecie classica di *casus perplexus* interviene in tema di conflitto tra creditori pignorati e beni dotali (*qui potiores in pignore habeantur*)<sup>135</sup>. Si tratta del problema del concorso tra dote e ipoteca configurato in relazione al sopraggiungere di un'altra ipoteca tacita (caso XIX<sup>136</sup>); privilegiata (caso XX<sup>137</sup>); o del fisco (caso XXI<sup>138</sup>). Qui Leibniz indaga il diritto romano in funzione del diritto comune e sassone e quindi prosegue nella sua dissertazione elencando una serie di esempi direttamente tratti dal diritto sassone (casi XXII–XXV)<sup>139</sup>.

Punto di partenza è comunque la domanda: *quid iuris* tra la dote e i creditori del marito? Sulla questione intervenne come è noto Giustiniano ponendo fine a una fonte di perplessità già secolare sancendo un privilegio generale rispetto ai creditori anteriori del marito:

C. 8.17.12 pr.

*Asiduis additionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas* (a. 531).

Ritroviamo un'eco di tale orientamento anche nella regola di cui in D. 50.17.85 principio: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*. Un problema poteva porsi però nell'ipotesi di concorso dei creditori del marito: detto privilegio poteva valere nei confronti di tutti i creditori forniti di ipoteca espressa o tacita legale? O soltanto contro i creditori forniti di ipoteca tacita?

Il *Codex* nella norma richiamata è chiaro nel riconoscere il privilegio *erga omnes*, ma restava il serio problema che l'eccezione del privilegio dotale opposta dalle mogli ai creditori del marito o le costituzioni dotali opposte dai padri o da terzi (spesso successive alla contrazione del debito) poterono essere un facile mezzo per eludere le pretese creditorie. Pur vigendo il principio per cui *dotium causa semper et ubique praecipua est* — D. 24.3.1 (Pomp. 15 *ad Sab.*) — la questione è molto antica dato che anche per la *politeia* di Massalia si ricordano norme limitative in tema di dote<sup>140</sup>.

Tale problema sarebbe quindi irrisolvibile senza un intervento specifico del legislatore che, ad esempio, in Italia nel 1975 con l'art. 166 bis c.c., aggiunto dall'art. 47 della legge 19 maggio 1975, n. 151, ha sancito la nullità di «ogni convenzione che comunque tenda alla costituzione di beni in dote». I beni dotali sono quindi quelli

135. *De casibus* § XXXIII–XXXV (de Iuliis 132–150).

136. *De casibus* § XXXIII (de Iuliis 132–144).

137. *De casibus* § XXXIV (de Iuliis 144–147).

138. *De casibus* § XXXV (de Iuliis 147–150).

139. *De casibus* § XXXVI–XXXIX (de Iuliis 150–154).

140. Strabo 4,1,15 C 181.

costituiti nel fondo patrimoniale per i beni della famiglia che soggiace pertanto a una rigida disciplina pensata anche per evitare i casi di cui si è appena detto<sup>141</sup>.

## 5.2. Le dispute sul diritto di precedenza su un seggio nelle sessioni

Un altro genere di questioni perplesse viene in rilievo quando due membri dello stesso collegio si contendono un seggio in assemblea<sup>142</sup>. La questione è oggi disciplinata in Italia dal D.P.C.M. 14 aprile 2006 recante *Disposizioni generali in materia di cerimoniale e di precedenza tra le cariche pubbliche* così come modificato dal D.P.C.M. 16 aprile 2008 (G.U. 8 maggio 2008) di cui dà puntualmente conto il de Iuliis nel suo saggio introduttivo all'opera di Leibniz<sup>143</sup>.

Uno degli *escamotages* usati nel corso del tempo dalla tradizione giuridica (che Leibniz riconosce molto raffinato) per risolvere questioni del genere fu quello di *Arturus rex Angliae* che pensò bene di far sedere i suoi cavalieri a una tavola rotonda (si potrebbe dire così: tagliando anche lui il nodo di Gordio). Anche qui però Leibniz si affretta a operare un distinguo. È da escludere in questo caso l'applicabilità della regola "non è possibile che tu ritenga di sedere dove io siedo" come nel frammento paolino del commento all'editto dedicato al tema dell'acquisto e della perdita del possesso opportunamente citato: *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*<sup>144</sup>. La ragione addotta da Leibniz è che il caso perplesso qui non riguarderebbe la questione di *chi segga nel posto di un altro*, ma quella di *due o più che disputano su chi debba sedere dove*. Gli antichi inquadrarono quindi il problema come un concorso nel possesso su un bene divisibile<sup>145</sup>.

## 5.3. Il concorso perplesso all'eredità *ab intestato*

Un discorso analogo varrebbe, secondo Leibniz, per le ipotesi che possono insorgere in tema di *concorso per l'eredità legittima*<sup>146</sup>. Anche qui il giovane studioso dà prova di una notevole padronanza della materia giuridica. La prima

141. Sul punto vd. anche DE IULIIS, *I casi perplessi. Il metodo*, o.c. (n. 14), p. XVII.

142. *De casibus* § XXVIII (de Iuliis 116–120).

143. DE IULIIS, *I casi perplessi Il metodo*, o.c. (n. 14), p. XIV, n. 24 e *De casibus* § XXVIII (de Iuliis 117, n. 222).

144. D. 41.2.3.5 (Paul. 54 *ad edictum*): *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* Si vd. *De casibus* § XXV (de Iuliis 191).

145. *De casibus* § XXV (de Iuliis 105).

146. *De casibus* § XXIX (de Iuliis 120–124).



ipotesi di concorso perplesso all'eredità *ab intestato* è trattata con riferimento al celebre disposto dei SC. Tertulliano e Orfiziano in D. 38.17.5.2:

y.a) D. 38.17.5.2 (Paul. libro *singulari ad senatus consultum Tertullianum*)  
*Si ex filio nepotem avus manumiserit isque patre et avo et matre superstitibus decesserit, potest quaeri, quis potior esse debeat. Nam si mater excluserit avum manumissorem, qui patri anteponitur, edicto praetoris inducetur pater defuncti, quo admissio desinit senatus consulto locus esse et rursus avus vocabitur. Itaque rectius est avo ius suum conservare, qui et contra scriptos heredes bonorum possessionem accipere solet.*

y.b) D. 38.17.2.15 (Ulp. 13 *ad Sabinum*)  
*Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. Sed neque avus neque proavus in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. Pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri nocet: verius est enim, cum pater esse desierit, a matre eum excludi: sed nec ad bonorum possessionem contra tabulas eum admitti, cum pater esse desierit.*

y.c) D. 37.12.1.2 (Ulp. 45 *ad edictum*)  
*Nepos ab avo manumissus dedit se adrogandum patri suo: sive manens in potestate patris decesserit sive manumissus diem suum obeat, solus admittetur avus ad eius successionem ex interpretatione edicti, quia perinde defert praetor bonorum possessionem atque si ex servitute manumissus esset: porro si hoc esset, aut non esset adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non est, aut si obrepserit, patroni tamen nihilo minus ius integrum maneret.*

Qui il discorso diventa molto tecnico. Il caso è: l'avo emancipa il nipote, il nipote muore e lascia superstite: la madre (A); l'avo (B); e il padre (C). Impostazione del problema: 1) la madre esclude l'avo in base a D. 38.17.2.15 (testo y.b); 2) l'avo il padre, secondo 37.12.1.2 (testo y.c); 3) e, altrettanto, il padre la madre in base a D. 38.17.2.15 (testo y.b). *Quid iuris?* Paolo risolve, in base a D. 38.17.5.2 (testo y.a), che dev'essere preferito l'avo: *Itaque rectius est avo ius suum conservare, qui et contra scriptos heredes bonorum possessionem accipere solet*<sup>147</sup>. Leibniz ritiene però più giusto che all'eredità possano concorrere l'avo, il padre e la madre<sup>148</sup>.

Altra ipotesi simile:

z.a) *Inst.* 3.3.4  
 (...) *frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur.*

z.b) *Inst.* 3.2.4  
*Hoc etiam addendum nostrae constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a iure cognationis in legitimam successionem, ut non solum fratris filius et filia secundum quod iam definivimus ad successionem patris sui vocentur, sed etiam germanae consanguineae vel sororis uterinae filius et filia soli*

147. *De casibus* § XXIX (de Iuliis 120).

148. *De casibus* § XXIX (de Iuliis 122).

*et non deinceps personae una cum his ad iura avunculi sui perveniant et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filiis, avunculus autem sororis suae suboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo iure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt (his etenim personis praecedentibus et successionem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti): videlicet hereditate non ad stirpes, sed in capita dividenda.*

z.c) D. 38.17.2.18 (Ulp. 13 *ad Sabinum*)

*Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet.*

z.d) D. 38.17.2.17 (Ulp. 13 *ad Sabinum*)

*Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.*

Caso: il defunto lascia superstite il padre naturale (A), che però aveva subito una *capitis deminutio minima* (forse per un'arrogazione o un'emancipazione) e dunque così non è più agnato, ma solo cognato (*rectius* consanguineo); quindi, la madre (B); e infine l'agnato più remoto dal fratello, ad esempio lo zio paterno (C). Impostazione del problema: 1) il padre naturale anche non agnato è preferito alla madre in base a D. 38.17.2.15 (testo y.b); 2) la madre, in base al SC. Tertulliano (vd. Inst. 3.3.4: testo z.a), esclude l'agnato che non è un fratello o una sorella consanguinea, ed è esclusa dal fratello; concorre con la sorella (3) e tuttavia tale agnato esclude il padre non agnato, poiché gli agnati sono chiamati in base alla legge delle XII tavole come successori legittimi. Mancando costoro, infine, sono chiamati i cognati in base all'editto del pretore, secondo *Inst.* 3.2.4 (testo z.b)<sup>149</sup>. *Quid iuris?* Ulpiano decide che solo la madre sarà in grado di succedere: *admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit* ex D. 38.17.2.17 (testo z.d); ovvero, se ci sia una sorella consanguinea del defunto, questa sarà in grado di concorrere con essa in base a D. 38.17.2.18 (testo z.c): *si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet*<sup>150</sup>. Leibniz ritiene invece più conforme allo stretto diritto che concorrano la madre, il padre e l'agnato<sup>151</sup>.

Lo stesso deve dirsi infine per la questione *perplexa* in tema di concorso fra eredi: *se la zia paterna preceda il fratello uterino*<sup>152</sup>. Il diritto romano comune, voleva che il fratello uterino del *de cuius* nella *successio ab intestato* prevalesse sulla zia paterna (*āmita*)<sup>153</sup>. Per il diritto italiano la zia paterna non ha invece, ai sensi dell'art. 569, 2° comma e 571, 2 comma c.c., alcun diritto successorio<sup>154</sup>. Alla madre superstite (e in genere agli ascendenti) si riconosce il concorso col fratello

149. *De casibus* § XXIX (de Iuliis 123, n. 236) che uso nella traduzione di de Iuliis.

150. *De casibus* § XXIX (de Iuliis 124, n. 238).

151. *De casibus* § XXIX (de Iuliis 124).

152. *De casibus* § XXX (de Iuliis 124–126).

153. Discute la questione DE IULIIS, *I casi perplessi Il metodo*, o.c. (n. 14), p. XVII s.

154. *Ibidem*.

unilaterale per i 2/3 dell'eredità, ma scrive Luigi Mengoni in Cicu Messineo: *senza che tale norma risponda a una logica precisa*<sup>155</sup>.

## 6. Conclusione

Il percorso espositivo e argomentativo di Leibniz appena illustrato propone un saggio del livello (per me altissimo) della discussione condotta dal filosofo dal punto di vista della tecnica giuridica. Ancorché molto giovane, Leibniz mostra una padronanza del diritto romano e un acume logico-speculativo davvero notevoli. La dissertazione offre però anche uno spaccato emblematico di quale livello di speciosità può essere raggiunto dalla speculazione giuridica. E questo non sempre può essere considerato un bene. Quale insegnamento allora trarre da tutto questo?

Questi ben noti *topoi* della scienza giuridica romana e della tradizione romanistica, così come la questione sul valore della *regula iuris* nei giuristi romani portano a riflettere proprio sul rapporto tra legge e diritto. Tutti noi viviamo nell'epoca del normativismo giuridico che tenderebbe a risolvere, più o meno gordianamente, tutti i casi perplessi di Leibniz. Come però ha evidenziato il filosofo, i casi *perplexi*, mancando una norma *ad hoc*, possono essere fonte di enorme dispendio di energia intellettuale per i giuristi; e dimostrano che non può esistere un ordinamento positivo senza lacune.

Il problema che si agita al fondo della questione è dunque sempre quello di trovare un "metodo" per colmare le lacune dell'ordinamento positivo e, nello stesso tempo, temperare la durezza e la limitatezza della legge (il *diritto della forza*) con un'esigenza di giustizia che in alcuni casi è più forte della legge stessa (la *forza del diritto*). È l'eterna questione che propone l'Antigone di Sofocle: legge o *ēthos*? *Orthos nomos* o *orthos logos*? *Lex* o *ius*? Aggiungerei: impostazione *analogista* o *anomalista* del diritto<sup>156</sup>? L'ideale sarebbe una giusta mescolanza, purché questa però non si traduca per l'operatore giuridico in una chimera. Attenzione quindi a dire come Wittgenstein che «nulla è buono o cattivo, ma è il pensiero che lo fa tale»<sup>157</sup>. Così si spalancano le porte alla dittatura del relativismo che è uno dei mali più gravi della nostra contemporaneità.

I giuristi romani (attraverso Leibniz) ci insegnano allora che la *regula* può essere un modo per dare certezza nel *ius* fuori dall'andamento necessariamente apodittico, ma dispotico (e in molti casi anche ottuso) della legge. Il loro incessante lavoro si tradusse nella cristallizzazione di una serie di dati offerti dall'esperienza pratica che si concretizzarono in una serie di regole, utilissime per facilitare la soluzione di casi

155. L. MENGONI, «Le successioni legittime», in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1993<sup>5</sup>, p. 95. Traggo da *De casibus* § XXX (de Iulius 125, n. 241).

156. Su questo tema mi permetto di rinviare ancora a un mio studio di prossima pubblicazione su cui vd. retro n. 12.

157. Dall'*Amleto* di Shakespeare (atto II, scena seconda) citato da L. WITTGENSTEIN, *Lezioni e conversazioni sull'etica, l'estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, Milano, 1967, p. 10.

analoghi o assimilabili, alimentando così il dibattito giurisprudenziale in modo molto fecondo. Il *ius* dei giuristi, per sua natura *controversum*, in questo modo poteva così trasformarsi in *ius receptum* senza entrare in conflitto necessario con la legge. Fu questa la forza dei giuristi romani di cui Labeone, per esempio, fu uno degli esponenti più significativi.

Nel mondo antico tutto ebbe termine con la graduale, incessante, pervasività del *diritto della forza*, che finì col comprimere del tutto anche la libertà di pensiero del giurista classico. Questo fenomeno è fotografato molto bene da Lucio De Giovanni: «appare certo che proprio nell'età costantiniana matura definitivamente l'idea che l'imperatore fosse l'unica fonte del diritto, che a lui solo fosse possibile non solo interpretarlo ma anche aggiornarlo, secondo criteri di equità, tendendo così sempre l'ordinamento al passo coi tempi»<sup>158</sup>.

Molto probabilmente quell'idea — che Pompeo e Cesare poterono solo teorizzare<sup>159</sup> — di costruire attraverso la legge un sistema giuridico chiuso per dare certezza nel *ius*, nascondeva al suo fondo una volontà di potenza che si spinse fino al punto di aspirare a un monopolio del diritto. Essa fu perpetrata da Augusto (anche in questo puntuale continuatore di Cesare)<sup>160</sup>; ebbe un'impennata significativa con l'Imperatore Adriano<sup>161</sup>; visse momenti significativi con Costantino e Valentiniano III<sup>162</sup>, ma corrispose *mutatis mutandis* anche a quella dell'Imperatore Giustiniano come si vede, fra l'altro, nella regola in D. 50.17.85.2 (Paul. 6 *quaestio-num*): *Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est*<sup>163</sup>.

158. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici, nel mondo tardoantico Istituzioni, scienza giuridica, codici, nel mondo tardoantico alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 250.

159. Suet. *div. Iul.* 44; Isid. *etym.* 5.1.5.

160. Su Augusto cf. GUARINO, *L'ordinamento, o.c.* (n. 22), p. 404–406 che commenta Pomponio in D. 1.2.2.49.

161. Ivi, 407 ss.

162. Il momento in cui il valore normativo della *regula iuris* subì forse il colpo più duro fu quando nel 321 Costantino con una *lex generalis* privò di ogni valore effettivo le *notae* di Paolo e Ulpiano agli scritti di Papiniano. *C.Th.* 1.4.1 su cui si vd. DE GIOVANNI, *o.c.* (n. 158), p. 250 s. Lo stesso possiamo dire però della cd. “legge delle citazioni” quando nel 426, la cancelleria imperiale dell'ancora fanciullo Valentiniano III, ribadì il divieto posto da Costantino e stabilì inoltre che potessero essere citate nei tribunali, a sostegno delle ragioni delle parti, solo le opinioni di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino. Nonostante la previsione di una serie di regole a scalare (in caso di dissenso sulla norma da applicare, la possibilità per il giudice di optare per la soluzione della maggioranza; in caso di parità di dare preferenza a Papiniano; la possibilità per il giudice di scegliere discrezionalmente la tesi più appropriata solo in caso di inapplicabilità di una delle due tesi delle parti), l'effetto fu di limitare *ex lege* quasi del tutto la discrezionalità del giudice sul criterio giuridico da adottare per la soluzione del caso concreto. *C.Th.* 1.4.3. Si vd. ancora DE GIOVANNI, *o.c.* (n. 158), p. 335 s. con bibl. di riferimento.

163. Insomma, in poco più di un secolo, assistiamo alla definitiva affermazione del *diritto della forza* sulla *forza del diritto*. Siamo agli antipodi della cd. “svolta adrianea” quando il giurista Salvio Giuliano fu propugnatore dell'analogia come strumento necessario per supportare le lacune

Resta allora l'interrogativo finale: quale insegnamento ci lascia Leibniz con la sua dissertazione? Anzitutto, come dice bene de Iulii, tocchiamo con mano il dato esperienziale che di fronte a un qualsiasi assetto normativo (anche i codici moderni) è un'utopia pensare di individuare delle "premesse giuridiche certe" per risolvere una volta e per sempre ogni difficoltà nella soluzione delle controversie. Lo vediamo staccando di nuovo una citazione dalla *Nova methodus* scritta, come si diceva in apertura, un anno dopo il *De casibus*. Oggi, come allora, al tempo di Leibniz o dei giuristi romani, la produzione di opere giuridiche è tale da giustificare appieno la metafora del mare<sup>164</sup>:

NM. II, § 69 (de Iulii 351)

Così in conclusione, abbiamo attraversato il mare della giurisprudenza esegetica, ma ci pare di essere arrivati allo stretto di Gibilterra, dove si apre il passaggio del mar Mediterraneo nell'oceano. La giurisprudenza polemica infatti è così enormemente diffusa che non può essere esaurita, poiché emergono quotidianamente nuovi casi.

In secondo luogo, si capisce bene che il *calculus ratiocinator* e/o la logica analitica sono incapaci da soli a calcolare la *regula*<sup>165</sup>, ovvero a rispondere alla "necessità di diritto". La legge (cioè la forza) non può da sola assolvere a questo compito. Per evitare che l'applicazione della legge si trasformi in abuso occorre quindi che intervenga sempre il buon senso dell'essere umano tecnicamente informato, ossia il giudice o il giurista, più che il legislatore.

Di fronte ai casi della vita, sempre imprevedibili, l'operatore del diritto dev'essere quindi sempre pronto a rispondere non solo alla domanda *quid lex?*; ma anche a quella *quid iuris?* Compito del giureconsulto è di illustrare le ragioni conosciute, raccogliere e decidere i casi al momento tormentati, e magari individuare le "regole"; come fecero per secoli i giuristi romani, in modo che «quando è spinto dalla tempesta verso nuovi lidi, cioè si imbatte in nuovi casi, per effetto del magnete, ossia del diritto naturale, si spiegherà facilmente»<sup>166</sup>.

È questa la *forza del diritto*. Laddove ciò accadesse saremmo sicuri che anche la soluzione dei casi *perplexi* sarebbe soddisfacente. E così il diritto positivo verrebbe temperato dal diritto naturale delle genti come già Leibniz (ma molto tempo prima già Cicerone) aveva saputo comprendere con molta lungimiranza.

---

dell'ordinamento: D. 1.3.12 (Iul. 15 *digestorum*): (...) *is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*. Su questo vd. L. VACCA, «L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica», in *Studii in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli, 2007, p. 5727–5746, in part. p. 5730 ss. Anche se va detto che lo stesso Adriano avocò a sé la prerogativa di riconoscere quali giuristi potessero esercitarla. Si vd. ancora su questo punto D. 1.2.2.49 su cui GUARINO, *L'ordinamento*, o.c. (n. 22), p. 407 ss.

164. Così anche DE IULIIS, *I casi perplexi. Il metodo*, o.c. (n. 14), p. XVIII.

165. *Ibidem*.

166. NM. II, § 69 (de Iulii 351).



La Revue n'est pas responsable des manuscrits qui lui sont envoyés.  
Les articles publiés n'engagent pas les opinions de la Rédaction.

© Presses Universitaires de Liège, septembre 2017

Éditeur responsable : Jean-François Gerkens

D/2017/12.839/23

ISSN : 0556-7939

ISBN : 978-2-87562-140-5

# RIDA

## 63<sup>2016</sup>

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3<sup>e</sup> série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2<sup>e</sup> série de la *Revue Internationale des Droits l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA). Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

## Sommaire

### Droit des papyrus

L. THÜNGEN, *Neuedition von PL II/38 aus einem griechischen Index zu Papinians libri definitionum*

### Droit chinois

G. MACCORMACK, *Physical Injury and Insult in Early Chinese Law with Comparative Annotations from Other Early Laws*

### Droit romain

C. AMUNATEGUI, *Market and Ownership in Iron Age Latium*; M.V. BRAMANTE, *A proposito di D.12.1.3 (Pomp. 27 ad Sab.): per una interpretazione del concetto di bonitas*; R. HASSAN, *Bees, Slaves, Emperors, Tyrants: Metaphors of Constitutional Change in Rome Between the Republic and the Principate*; A.R. JUREWICZ, *Bürgerschaft eines Sklaven für seine Herrin? Bemerkungen zur fidepromissio servi in TP. 59 (=TPSulp. 58=TPN 48)*; C. LÁZARO GUILLAMON, *El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo "quien calla, otorga"*; L. RADULOVA, *Iura sepulcrorum nella Moesia Inferior: la realizzazione di un fenomeno romano in un ambito greco-trace*; C. SARDINHA, *Rechtsvergleichendes zur Sicherungsübereignung in der antiken Vertragspraxis*; J. SPRUIT, *Aulus Gellius als Richter. Eine Betrachtung zu Gellius, Noctes Atticae XIV, 2*

### Droit byzantin

M. PETRAK, *Nobile hoc Romani Imperii monumentum: Laudes imperiales in Byzantine Dalmatia*; *Droit romain aux temps modernes*; O. SACCHI, *La regula iuris e i casi perplexi di Leibniz: algoritmo di buona decisione o presidio di verità nel diritto?*; I. SOGUT, *Precautions against interventions creating environmental effects in Roman Law and its reflection of Turkish Law*

### Chroniques

Procès-verbal du X<sup>e</sup> prix Boulvert  
J.-Fr. GERKENS, *La SIHDA à Paris*  
Ouvrages reçus à la rédaction

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-140-5



9 782875 621405