

La *regula iuris* del giurista romano e i casi *perplexi* di Leibniz tra analogia e anomalia nel diritto¹

Oswaldo Sacchi

*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Dipartimento di Giurisprudenza
Kontaktní e-mail: osvaldo.sacchi@unicampania.it*

The *regula iuris* of the Roman Jurist and the Perplexing Cases of Leibniz between Analogy and Anomalia in Law

Abstract:

The paper deals with the *regulae iuris* (principles of law), with the role of Roman jurists in the classical period of Roman law and with the methodology of their legal work. By using the so-called perplexing cases of Roman law from the work of G. W. Leibniz, the author proves that the way, of how to resolve situations where opposing theses are equally sustainable, is to amend the positive law with the natural law. The principle of law may therefore have an influence on the solution of a legal case as an algorithm for a just decision.

Keywords:

Roman law; *regula iuris*; G. W. von Leibniz; perplexing case

Klíčová slova:

římské právo; *regula iuris*; G. W. von Leibniz; *casus perplexus*

DOI: 10.14712/2464689X.2018.27

¹ Testo della relazione svolta al Convegno Internazionale della S.I.H.D.A. (58^a sessione), Napoli, 16–20 settembre 2014, *Regulae iuris. Radici fattuali e giurisprudenziali, ri cadute applicative*, con aggiunta di note limitata all'essenziale.

«Se ogni cosa sulla Terra fosse razionale, non accadrebbe nulla»
[Fëdor M. Dostoevskij]

1. Premessa

Le *regulae* sono astratte statuizioni di diritto, formulazioni di principi giuridici, che nel gergo dei giuristi si considerano alla stregua delle *definitiones* (in greco ὄροι) opere ritenute, insieme a quelle di *Differentiae*, *Sententiae* e *Opiniones*, antitetiche alle altre di diritto casistico.²

Risultano avere scritto opere di *regulae* in senso stretto: Nerazio Prisco (sotto Traiano e Adriano, *Regularum libri XV*³); Sesto Pomponio (sotto Antonino Pio, un *liber regularum*, ma si dubita⁴); Gaio (dopo Antonino Pio, *Regularum libri III* e *liber regularum singularis*, ma si dubita⁵); Cervidio Scevola (sotto Marco Aurelio e successori, *Regularum libri IV* opera forse autentica⁶); Giulio Paolo (età dei Severi, *Regularum libri VII* e un *liber singularis* che forse è un riassunto postclassico⁷); Domizio Ulpiano (sotto Caracalla un *liber singularis regularum* da cui parrebbe siano stati tratti i cd. *Tituli ex corpore Ulpiani*⁸); Elio Marciano (dopo Caracalla dei *libri regularum*⁹); Erennio Modestino (dopo Caracalla dei *libri regularum*¹⁰); e Licinio Rufino (dopo Caracalla dei *libri regularum*¹¹). Già a Q. Mucio risulta però attribuita un'opera di ὄροι di cui disponevano i compilatori giustinianeî a cui è attribuito il frammento di cui in D. 50.17.73.¹² Anche Labeone ne scrisse una, come lo stoico Crisippo – forse in otto libri (l'*Index Florent.* al n. VII dice πθανων βιβλία οχτώ) – intitolata Πιθανά (in italiano “probabili”, “plausibili”) che il Krüger ha classificato tra quelle di *definitiones*, *regulae* e *sententiae*.¹³ Lo Schmidlin nota invece come sia stato Masurio Sabino il primo giurista romano a usare la parola *regula* deducendolo dal notissimo frammento del Digesto dove troviamo la cd. “regola delle regole”:¹⁴

D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plautium*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum*

² SCHULZ, F. *Storia della giurisprudenza romana*. Firenze: Sansoni, 1968, p. 307 ss. e *passim*.

³ *Index Flor.* VIII,1; LENEL, O. *Palingenesia Iuris Civilis*. Leipzig, 1889, I,774; SCHULZ, *Storia*, p. 308, nt. 4.

⁴ *Index Flor.* XI,8; LENEL, *Palingenesia*, II,85; SCHULZ, *Storia*, p. 308, nt. 5.

⁵ LENEL, *Palingenesia* I,251; SCHULZ, *Storia*, p. 309.

⁶ LENEL, *Palingenesia*, II,285; SCHULZ, *Storia*, p. 309. Così FERRINI, C. *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*. Milano: Hoepli, 1885, p. 81.

⁷ SCHULZ, *Storia*, cit., p. 311.

⁸ Così FERRINI, C. *Il Digesto*. Milano: Hoepli, 1893, p. 90, ma già FERRINI, *Storia delle fonti*, p. 92.

⁹ FERRINI, *Il Digesto*, p. 91.

¹⁰ FERRINI, *Il Digesto*, p. 92.

¹¹ *Ibidem*.

¹² LENEL, *Palingenesia*, I,762 n. 7; BREMER, F. P. *Iurisprudentia antehadriana*. Leipzig: Teubner, 1985, I,103 ss.; SCHULZ, *Storia*, p. 171 e 307.

¹³ LENEL, *Palingenesia*, I,528; KRÜGER, P. *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*. München – Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, p. 142 e 156 s. Ma vd. anche SCHULZ, *Storia*, p. 368 ss., 408 nt. 8.

¹⁴ SCHMIDLIN, B. *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*. Köln – Wien: Böhlau, 1970, p. 20; KASER, M. *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*. Wien – Köln – Graz: H. Böhlau, 1986, p. 146.

narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Possiamo pensare allora che fino almeno all'epoca di Augusto questo tipo di letteratura giuridica fosse direttamente influenzata dalle scuole di retorica greche.

Sulle *regulae iuris* molto è stato scritto e ormai i contorni e il campo d'indagine di questa materia sono stati abbastanza definiti. Inquadrabile per me nell'ambito di una letteratura anomalista (sul punto ritorneremo) l'uso delle *regulae* coincide con l'inizio della prima scolastica giuridica romana, uno dei tanti effetti dell'illuminismo ellenistico.¹⁵

Ma qui cominciano le domande. I giuristi classici ebbero una stessa considerazione delle *regulae iuris* di come la ebbe Giustiniano? Le *regulae* avevano solo una funzione isagogico-descrittiva o anche normativa, come pare oggi si stia orientando parte della dottrina romanistica?¹⁶ In questo caso, come si può ricostruirne il senso storico-giuridico?

La *regula* (è ovvio) può essere una via per capire il metodo dei giuristi romani e la recente pubblicazione della tesi di dottorato discussa da Leibniz il 5 novembre 1666, per conseguire il baccalaureato *in utroque* all'Università di Altdorf,¹⁷ permette di analizzare 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 come una sorta di algoritmo della giusta decisione per la soluzione dei casi giuridici.¹⁸

La realtà è che, nel *De casibus*, ma ancora di più nella *Nova methodus* (pubblicata l'anno successivo), Leibniz dimostra che il metodo euclideo fosse inadeguato per valutare le leggi divine e umane, dove invece la *volontà sta in luogo della ragione*.

L'unico modo quindi per risolvere il caso perplesso (dove le tesi contrapposte sono egualmente fondate) sarebbe di procedere 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».¹⁹

¹⁵ Interessante prospettiva in SPENGLER, O. *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale*. Edizione italiana a cura di R. Calabrese Conte, M. Cottone, F. Jesi. Milano: Longanesi, 2008, p. 744 ss. e *passim*.

¹⁶ Si vd. BRETONE, M. *Ius controversum nella giurisprudenza classica*. In: *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, anno CDV – 2008, Memorie, Serie IX, vol. XXIII, fasc. 3. Roma: Bardi editore, 2008, pp. 755–879. Su cui vd. la lettura critica di C. Cascione, in *ZSS* 129 (2012), pp. 703–711.

¹⁷ LEIBNIZ, G. W. von. *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*. A cura di Carmelo Massimo de Iuliis. Milano: Giuffrè, 2014, pp. XVIII–158.

¹⁸ LEONI, B. *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*. *Riv. fil.* 1947, 38, p. 74; ASCARELLI, T. *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*. In: *Testi per la storia del pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1960, p. 35; GIULIANI, A. sv. *Prova*. In: *ED* 37. Milano: Giuffrè, 1988, p. 528; VINCENTI, U. *Metodologia giuridica*. Padova: Cedam, 2008, pp. 64–67; DE IULIIS, C. M. *I casi perplessi, il metodo geometrico e la topica*. In: LEIBNIZ, G. W. von. *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*. A cura di Carmelo Massimo de Iuliis. Milano: Giuffrè, 2014, p. IX ss.

¹⁹ Tr. it. de Iuliis da Leibniz, *I casi perplessi in diritto*, p. 62.

Questo rimette tutto in discussione perché ci riporta al problema ancora irrisolto di quale sia il vero *ius naturae* che non è il giusnaturalismo moderno, ma quello dei giuristi romani classici, anche se ci si deve ancora intendere bene su cosa questo sia esattamente.²⁰

Un buon avvio in questa direzione mi pare sia la proposta etimologica di “natura” come “qualcosa che è sul nascere”, da *nascor* che in latino è “sono nato”, “sono prodotto” che trova implicito riscontro nel *De rerum natura* di Lucrezio dove, per la prima volta, si vede come i Romani abbiano acquisito consapevolezza di tale concetto.²¹

Da questo punto di vista risulta chiaro che il “diritto” – ma meglio dire *ius*, che può significare anche “succo”, o “brodo”²² e tra i suoi impieghi semantici non ne ha nessuno che giustifichi appieno la metafora geometrica²³ – è qualcosa che non può essere scisso dalla “natura”, mentre la legge sì. Basta rileggere con attenzione il celeberrimo frammento di Paolo in D. I. 1. 11 (14 *ad Sab.*): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.*²⁴ Nel *Commentario alle Pandette*

²⁰ Rinvio sul tema ora a IRTI, N. *Natura e artificialità del diritto*. In: *L'uso giuridico della natura*. Roma – Bari: Laterza, 2013, e mi permetto di aggiungere SACCHI, O. *Il ius naturae dei giuristi romani e il fondamento dell'ethos nella cultura greco-romana: interpretazioni moderne e prospettive contemporanee*. In: *La macchina delle regole, la verità della vita. Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*. A cura di G. Limone. Milano: Franco Angeli, 2015, p. 99–148.

²¹ Lucr. 5.335–337: *Dēnique natura haec rerum ratioque reperast nuper, et hanc primus cum primis ipse repertus nunc ego sum in patrias qui possim vertere voces*. [Tr. it. «Questo sistema della natura è stato scoperto di recente, e primo fra tutti io stesso mi trovo ora in grado di tradurlo nella lingua dei padri» da GIANCOTTI, F. (a cura di). Tito Lucrezio Caro. *La natura*. Milano: Garzanti, 1994, p. 279]. Si vd. anche ODIFREDDI, P. *Come stanno le cose. Il mio Lucrezio, la mia Venere*. Milano: Rizzoli, 2013, p. 200.

²² Cfr. CORBINO, A. Nota minima in margine ai valori di “ius”. In: *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, I. Varsovie: Liber, 2000, pp. 179–183. Il quale si richiama a ORESTANO, R. *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*. BIDR, 1939, XLVI, p. 219, e GUARINO, A. *L'ordinamento giuridico romano*. Napoli: Jovene, 1990, 97 ss., 121 ss.

²³ La pista etimologica di *ius*, *iuris*, come di “brodo”, “succo” e quindi, per metonimia, di “ciò che viene fuori” richiama un'idea del *ius* come di qualcosa che “viene fuori” dal compimento di un'azione rituale, una rappresentazione metaforica possibile anche dell'ermeneutica sacerdotale compiuta in funzione giuridico-sacrale. Rifiuta una derivazione etimologica di *ius* da *iubeo* ORESTANO, *Dal ius al fas*, p. 217, perché considera *iubeo* (da *ius habeo*) una derivato di *ius* (come *iustitia*). Sul punto però si vd. CECI, L. *Le etimologie dei giureconsulti romani*. Torino: Loescher, 1892, p. 162, nt. 2 con bibl. *ivi*. (ora per Roma: L'Erma di Bretschneider, 1966). Questo significato di *ius* come di qualcosa che scaturisce da un'azione rituale è suffragato in modo testuale da Cato *de agr. c.* 139: *uti tibi deo ius est porco piaculo facere* e dal tardo Isidoro dove troviamo (forse non per caso) una contiguità di tali filoni etimologici: *etym.* 20.2.32: *Ius coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia [ea] est lex condimenti eius*. Cfr. MEYER-LÜBKE, W. *Romanisches etymologisches Wörterbuch*. Heidelberg: Winter, 1935, p. 4633; SEMERANO, G. *svv. ius, iuris*. In: *Le origini della cultura europea*. Firenze: Olschki, 1984, p. 441. Sostengono tale derivazione fra gli altri JHERING, R. von. *L'ésprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. I. Aîné: A. Maresq., 1886, p. 219; WENGER, L. *Sprachforschung und Rechtswissenschaft*. In: *Wörter und Sachen*, I, 1909, p. 85 ss.; Leonhard, in “*Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*”, X (1927) col. 1220. Su questa ambiguità semantica di *ius* gioca ancora Cicerone nelle *Verrine* (II 1,121) evocando una tradizione che può addirittura risalire al Minosse di Platone (317b).

²⁴ La celebre frase paolina (*ius pluribus modis dicitur*) rappresenta bene l'approccio epistemologico dei giuristi romani che tuttavia non dev'essere valutato dal punto di vista (moderno) del paradigma essenzialistico costruito sul principio di non contraddizione più quello identitario. La nozione di *ius*, così come appare stratificata nel catalogo giustiniano, non può soddisfare infatti la domanda socratica “che cos'è” perché, questa, nella versione perfezionata della scolastica medioevale impegnata nella soluzione del problema degli universali, ammette una sola risposta. E quindi, anche in campo giuridico, dato che il *paradigma*

del Glück si trova un dettagliato elenco dei vari significati di *ius* nell'esperienza giuridica romana da cui si evince che tale nozione fu il prodotto di una complessa stratificazione storica già perfettamente compiutasi in età severiana.²⁵ Solo in ragione dell'apodittica soluzione di Giustiniano, che diede valore di legge a tutto ciò che fu inserito nel Digesto (vd. la *Const. Tanta Dedoken*), si può dire invece che il *ius* sia la "legge". Meglio però lasciare questo letto di procuste rimandando ad altra sede ogni approfondimento per entrare invece nel merito di questo intervento con i casi *perplexi* di Leibniz.²⁶

2. I casi *perplexi* di Leibniz

Il *De casibus perplexis in iure* è uno studio casistico che propone una rassegna di celeberrimi casi perplessi del diritto romano antico e comune.

Leibniz definisce *perplexus* quel caso che è *intricatus, involutus, implexus* (par. 4), dal greco ἄπορον, il caso cioè "che non ha uscita" [in latino "cieco" (Verg. *Aen.* 5.588; 6.734), da cui in italiano "intestino" o "vicolo cieco"]. La fonte è un noto frammento del giurista Africano dove è trattata la questione del legato di un fondo conferito sotto la condizione della non applicazione della *lex Falcidia*:

D. 35.2.88 pr. (Africanus 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 τῶν ψευδομένων dicitur.*

Lo studioso conclude che un caso perplesso è un caso difficile da risolvere perché si riscontrano *copulationes* (cioè concordanze) di fatti e diritti fra loro incompatibili.

Esso va distinto dal caso dubbio (da "due") che rileva quando in un'alternativa non si sa quale possibilità si debba scegliere e nessuna delle due trova davvero ragione. Nel caso perplesso si possono invece scegliere entrambe le soluzioni con fondate ragioni di fatto e di diritto. Come detto Leibniz si augura *che tutti i casi possano essere risolti in base al solo diritto integrando il diritto positivo col diritto di natura.*

essenzialistico non ritiene che una fattispecie possa ricevere nomi diversi (perché un medesimo fatto o uno stesso comportamento, ricevendo nomi diversi potrebbe ricevere qualificazioni e quindi trattamenti giuridici diversi), la questione di un *ius* derivato da *iustitia* non può che essere risolta quindi negandogli valore storico-scientifico. Così facendo si altera il reale significato storico della testimonianza paolina. Vd. per tutto BARCELONA, M. *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 101 ss.

²⁵ In GLÜCK, F. *Commentario alle Pandette*, I. Tr. C. Ferrini. Milano: Vallardi, 1888, p. 3 ss., si contano almeno 14 significati principali di *ius*. Grosso modo possiamo individuare cinque principali nuclei semantici: a) *ius* come "legge" o come "atto avente forza di legge"; *ius* come "buono ed equo"; come "facoltà morale di fare o di tralasciare qualche cosa"; b) come potere del *pater familias* (*ius potestatis*); i vincoli di natura familiare come *necessitudo* (*ius adfinitatis vel cognationis*); c) come fondamento di un diritto: reale (*iura praediorum*), della capacità di testare (*testamenti factio*); d) come valore descrittivo di un ordinamento giuridico: *ius civile/honorarium, scriptum, non scriptum, romanum, gentium*, come luogo del tribunale o come indicazione del processo stesso, etc.; e) *ius controversum*, come giurisprudenza in senso stretto e come sentenza del pretore o del magistrato. Se consideriamo che per il Glück la significazione originale e precipua di *ius* sarebbe la sua equivalenza a legge e che tutti gli altri significati ne sarebbero una derivazione, comprendiamo quanto abbia influito nella ricostruzione di tale studioso l'approccio di tipo dogmatico. Questo però fa perdere quasi del tutto ogni prospettiva storica.

²⁶ Sul rapporto tra il filosofo e il diritto vd. ora ARMGARDT, M. Leibniz as legal scholar. In: *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*. Fundamina Editio specialis. Pretoria: Unisa Press, 2014, pp. 27–38.

Il metodo logico speculativo non è quindi ritenuto una ricerca del *calculus ratiocinātor* (ovvero della norma implicita nel sistema) che dà la soluzione del caso.

Quando le *regulae iuris* risultano contraddittorie o insufficienti si possono solo “fare dei distinguo” e trovare quindi la soluzione solo facendo appello al buon senso. Il grosso limite del metodo della dimostrazione geometrica (euclideo) – dovendo questo rispondere sempre a un criterio di verità, cioè dire se l’oggetto d’indagine sia verificabile o falsificabile – è che esso non potrà mai accordarsi con le leggi divine e umane; e quindi con la teologia e il diritto, dove invece la *volontà sta in luogo della ragione*:

«[...] 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».²⁷

Leibniz critica così anche tutti gli altri criteri che l’esperienza giuridica con grande fatica ha potuto escogitare nel tempo per risolvere quei casi dove la legge non poteva arrivare. Li conosciamo tutti bene: il *non liquet*,²⁸ la sorte,²⁹ una regolata discrezionalità,³⁰ il punto dell’amico (di cui per motivi di tempo potrò dare riscontro solo in altra sede).³¹

Successivamente, lo stesso, tratta dei casi *perplexi* che sono raggruppati intorno a quattro nuclei principali: I) il caso di Protagora ed Evatlo (risolvibile solo con un distinguo e quindi ritenuto non propriamente perplesso);³² II) la perplessità nel concorso tra creditori (tra cui anche il concorso tra dote e ipoteche)³³ e III) il concorso perplesso all’eredità *ab intestato* (che sono ipotesi risolvibili solo con la legge);³⁴ infine IV) i casi perplessi in materia di concorso nel possesso su un bene indivisibile³⁵ o divisibile,³⁶ tra cui troviamo le dispute sul diritto di precedenza su un seggio nelle sessioni che è un pretesto per esporre i casi davvero perplessi perché anche la soluzione della legge li lascia insoddisfatti.

3. Due casi *perplexi* di Leibniz

Vorrei trattare qui almeno un paio di questi casi. La *prima fattispecie* riguarda l’ipotesi di un concorso perplesso all’eredità *ab intestato* trattato con riferimento al noto disposto dei SC Tertulliano e Orfiziano in D. 38.17.5.2:

- 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 antepositur, 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.*
- b) D. 38.17.2.15 (Ulp. 13 *ad Sab.*): *Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. Sed neque avus neque proavus in Ter-*

²⁷ LEIBNIZ, G. W. von. *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza*. Saggio introduttivo, traduzione e note di C. M. de Iulius. Milano: Giuffrè, 2012, II, § 4, p. 49.

²⁸ *De casibus* § VII, p. 41 ss.

²⁹ *De casibus* § VIII, p. 49 s.

³⁰ *De casibus* § X, p. 58 ss.

³¹ *De casibus* § IX, p. 53 s.

³² *De casibus* § XVI, p. 72 ss.

³³ *De casibus* § XXXIII–XXXV, p. 126 ss.

³⁴ *De casibus* § XXIX, p. 120 ss.

³⁵ *De casibus* § XXIV, p. 98 ss.

³⁶ *De casibus* § XXVIII, p. 115 ss.

tulliano 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.

- c) D. 37.12.1.2 (Ulp. 45 *ad ed.*): *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 è molto tecnico. Il caso trattato da Leibniz è: l'avo emancipa il nipote, il nipote muore e lascia superstiti: la madre (A); l'avo (B); e il padre (C). A questo punto: quale diritto si dovrà applicare? Impostazione del problema: 1) la madre esclude l'avo in base a D. 38.17.2.15 (testo b); 2) l'avo il padre, secondo 37.12.1.2 (testo c); 3) parimenti, il padre esclude la madre in base a D. 38.17.2.15 (testo b). Paolo risolve, in base a D. 38.17.5.2 (testo a), dicendo che dev'essere preferito l'avo: *rectius est avo ius suum conservare, qui et contra scriptos heredes bonorum possessionem accipere solet*. Leibniz ritiene invece che sarebbe stato più giusto decidere ammettendo all'eredità tutti i pretendenti, ossia l'avo, il padre e la madre.³⁷

Secunda fattispecie. Molto interessante è anche il *casus perplexus* che rileva in materia di concorso di creditori sui beni del debitore perché la soluzione in questo caso viene trovata proprio in una delle *regulae* del libro 50° del Digesto giustiniano.³⁸ Qui Leibniz richiama il noto episodio di Claudio Felice che diede in pegno lo stesso fondo a tre soggetti:

D. 20.4.16 (Paul. 3 *quaestionum*): *Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutyichianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutyichiana 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 potiorum 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 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 a Eutichiana (A), poi a Turbone (B), per terzo a Tizio (C). Il primo creditore, Eutichiana, 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 (B), che fa valere

³⁷ Così DE IULIIS (a cura), *I casi perplessi*, p. 120–122.

³⁸ DE IULIIS (a cura), *I casi perplessi*, p. 128–131.

il fatto che è posteriore a Eutichiana (A), ma anteriore a Tizio (C). Eutichiana quindi spera di recuperare indirettamente il suo diritto contro Tizio con l'arrivo di Turbone; mentre Tizio a sua volta spera di poter recuperare su Turbone attraverso la posizione di Eutichiana.

Ecco l'andamento circolare del *casus perplexus*. Quale diritto dev'essere applicato? 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 regola celeberrima riportata in D. 50.17.207: *Res iudicata pro veritate accipitur*. Soluzione. In base al diritto bisogna 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 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*.

4. Legge, diritto, giustizia

Mi fermo qui perché credo sia già chiaro il motivo per cui questi ben noti *topoi* della scienza giuridica romana e della tradizione romanistica ci portino a riflettere proprio sul tema del rapporto tra legge e diritto e sul significato della *regula iuris* per i giuristi romani.

Noi tutti viviamo nell'epoca del *normativismo giuridico* che in fondo risolve, più o meno gordianamente, tutti i casi perplessi di Leibniz. E, come ci mostra il filosofo, i casi *perplexi*, trovano occasione soprattutto nella mancanza di una norma *ad hoc* che disciplini una data fattispecie. Essi però sono anche un prodotto raffinatissimo della propensione al ragionamento sofisticato che è tipico della scienza giuridica, se vale il detto popolare per cui *fatta la legge, trovato l'inganno*.

I casi perplessi, dunque, croce e delizia dei veri giuristi, sono sempre possibili. A ben vedere, il problema che si agita al fondo della questione è sempre quello, mai risolto del tutto, di temperare la durezza e l'ottusità della legge (il *diritto della forza*) con l'esigenza di giustizia che in molti 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? L'ideale sarebbe una giusta mescolanza, purché questa però non si traduca in una chimera o in un ibrido. Attenzione quindi a dire come Wittgenstein che «nulla è buono o cattivo, ma è il pensiero che lo fa tale» (Amleto, atto II, scena seconda).³⁹ Così spalanchiamo le porte alla dittatura del relativismo che è uno dei mali più gravi della nostra contemporaneità.

L'impostazione normativista che può definirsi analogista (vedremo subito brevemente perché) risale almeno a Pitagora, ma corrisponde *mutatis mutandis* anche a quella dell'im-

³⁹ WITTGENSTEIN, L. *Lezioni e conversazioni sull'etica, l'estetica, la psicologia e la credenza religiosa*. Milano: Adelphi, 1967, p. 10.

peratore Giustiniano come si vede bene, fra l'altro, nella regola di cui in D. 50.17.85.2 (Paul. 6 *quaestionum*) su cui subito ritorneremo.

E arriviamo così al punto: può in qualche modo la polemica tra analogisti e anomalisti – su cui molto dibatterono filosofi, linguisti e grammatici dell'ellenismo greco e romano – aver influenzato lo sviluppo successivo della scienza giuridica romana?

5. Analogisti e anomalisti

Il termine *ἀναλογία* viene tradotto in latino con la parola *proportio*. Essa è quindi la similitudine o la proporzione: Isid. *orig.* 1.28.1: *analogia latine similium comparatio sive proportio nominatur*. Lo dimostra il tracio manomesso Staberio Erote, maestro anche di Bruto e di Cassio, che scrisse un'opera intitolata appunto *De proportione*.⁴⁰

Guardando anche al diritto odierno è facile vedere come in base a tale principio appaia analogista anche l'art. 3 Cost. che pone la cd. *regola di giustizia* consistente nel «trattare situazioni eguali in modo eguale e situazioni diseguali in modo diseguale». ⁴¹ Analogia è quindi la regolarità di flessione. Si potrebbe dire il *nomos* che regola il linguaggio o la vita reale. In questo senso *ana*-“logos”, ciò che prescinde o è in antitesi rispetto al *logos*.

La *ἀνωμαλία* è invece la discontinuità data dall'uso, dall'imprevedibilità. In questo senso, *a*-“nomos”, antitesi del *nomos*. Il *Tesaurus linguae Latinae* (n. 12170 *ad v.*) considera infatti suoi sinonimi la *dissimilitudo*, l'*usus*, l'*utilitas* e la *consuetudo*. Una buona definizione dei due *topoi* è in un noto passo di Gellio:

Gell. 2.25.1–5: *In Latino sermone, sicut in Graeco, alii analogian sequendam putaverunt, alii anomalian. 2 Analogia est similium similis declinatio, quam quidam Latine „proportionem“ vocant. 3 Anomalia est inaequalitas declinationum consuetudinem sequens. 4 Duo autem Graeci grammatici illustres Aristarchus et Crates summa ope, ille analogian, hic anomalian defensitavit. 5 M. Varronis liber ad Ciceronem de lingua Latina octavus nullam esse observationem similium docet inque omnibus paene verbis consuetudinem dominari ostendit.*

Queste due posizioni esattamente antitetiche, sebbene ad esempio Varrone abbia tentato di conciliarle (Varro *l.L.* 8.9.23), fanno capo, come è noto, per gli analogisti, alla scuola alessandrina (II sec. a.C.); e per gli anomalisti all'orientamento stoico iniziato da Crisippo ad Atene; e poi continuato a Pergamo e Rodi nel II, prima di confluire a Roma a partire dalla fine del II, inizi del I secolo a.C.

Da un lato quindi troviamo coloro che cercano la “regolarità nascosta nel mare delle differenze” (gli *anomalisti*); dall'altro coloro che cercano i casi simili in una rete di analogie che costituirebbero la realtà fenomenica (gli *analogisti* appunto). Questa visione polarizzata distingue quindi due concezioni del mondo e dunque anche due concezioni del diritto.

⁴⁰ FUNAIOLI, G. *Studi di letteratura antica. Spiriti e forme, figure e problemi delle letterature classiche*. I. Bologna: Zanichelli, 1958, p. 211.

⁴¹ BARILE, P. In AA.VV. *La Costituzione per tutti*. Milano: Sansoni, 1996, p. 19.

Anche Cesare fu analogista se è vero che scrisse un trattato *De analogia* dedicato a Cicerone⁴² e anche lui, come Pitagora, ebbe molta fiducia nella legge.⁴³ Inoltre uno dei progetti di Cesare (come di Pompeo), lo sappiamo, fu quello di codificare tutto il diritto romano per dare certezza nella legge (*ius civile ad certum modum redigere*); ma restò come sappiamo del tutto irrealizzato:

Suet. *div. Iul.* 44: *Ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros.*

Isid. *etym.* 5.1.5: *Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituisse voluit, sed non perseveravit, obtreptatorum metu. Deinde Caesar coepit id facere sed ante interfectus erit.*

Fa un certo effetto pensare che a Cesare, in qualche modo, Cicerone può aver opposto il suo progetto di *ius civile in artem redigere*.⁴⁴ Come se lo scarto tra la legge e il diritto si potesse rendere nella differenza tra un “modo certo” (la legge) e una via scientifica dove il *ius*, inteso come *ars*, è visto come una capacità tecnica e quindi, appunto, scientifica.

A questo punto però mi chiedo: le *regulae iuris* rispondevano a un criterio analogista o anomalista del diritto? Flavio Carisio grammatico, nel IV secolo, scrisse: *analogia, id est regula perpetua*; ma il taglio del terzo libro del *De officiis*, ad esempio, è anomalista.

La mia ipotesi di lavoro è che le *regulae iuris* possano essere qualificate come un aspetto anomalista del diritto. Tutto dipende da come si guarda la questione. Nell’ottica giustiniana (ripeto analogista) è chiaro che le *regulae iuris* debbano essere considerate con sfavore, a meno che queste non vengano ipostatizzate in una serie di norme immutabili. È questo per me il senso da dare alla *regola delle regole* collocata dai Compilatori in D. 50.17.1: «*non è dalla regola che si desume il ius, ma è dal ius che si desume la regola*».⁴⁵

Nel disegno giustiniano il giurista o il giudice non possono produrre discontinuità. Mentre l’imperatore (per noi oggi il legislatore o la “maggioranza”) si arroga il potere di stabilire quali siano i criteri a cui dovranno attenersi sia il primo che il secondo.

Allo stesso modo i Compilatori videro con sfavore la “definizione”, come in D. 50.17.202: «*ogni definizione in diritto civile è pericolosa, perché è facile che possa essere sovvertita*».⁴⁶ Inutile nascondere, essa è l’arma più potente di cui dispone il giurista

⁴² Suet. *div. Iul.* 56: *reliquit et ‘de analogia’ duos libros et ‘Anticatones’ totidem ac praeterea poema quod inscribitur Iter. quorum librorum primos in transitu Alpium, cum ex citeriore Gallia conuentibus peractis ad exercitum rediret, sequentes sub tempus Mundensis proelii fecit; Fronto b.Parth. 9: Quod te vix quicquam nisi raptim et furtim legere posse prae curis praesentibus scripsisti, fac memineris et cum animo tuo cogites C. Caesarem atrocissimo bello Gallico cum alia multa militaria tum etiam duos De analogia libros scrupulosissimos scripsisse, inter tela volantia de nominibus declinandis, de verborum aspirationibus et rationibus inter classica et tubas; Cic. Brutus 253.*

⁴³ Iambl. v. *Pyth.* 30.171 ss., in part. 172.

⁴⁴ Sul *De iure civili in artem redigendo ciceroniano* si vd. BRETONE, M. Pomponio lettore di Cicerone. In: *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*. Napoli: ESI, 1982, pp. 277–283.

⁴⁵ D. 50.17.1 (Paul. 16 ad *Plautium*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

⁴⁶ D. 50.17.202 (Iav. 11 *epist.*): *Omnis definitio in iure civili pericolosa est: parum est enim, ut non subverti posset.*

se è vero ciò che il sofista, Ippia di Elide, pare abbia già detto nel V sec. a.C. che *di tutto si può dire il contrario di tutto*.⁴⁷

Di qui la ragione per me della presenza tra le *regulae* giustiniane della norma citata sopra – di cui in D. 50.17.85.2 (Paul. 6 *quaestionum*) – dove i Compilatori brillano per *subtilitas*: «ogni qualvolta la ragione naturale o il dubbio del ius fanno sì che non si dia luogo all'equità della domanda, si deve trovare qualche temperamento con i giusti decreti». ⁴⁸ Quanto questo sia vero lo vediamo proprio con i casi *perplexi* di Leibniz.

6. La posizione anomalista nel diritto

Cicerone può essere invece considerato un buon testimone della posizione anomalista nel diritto perché in *de inv.* 2.162 parla della *consuetudo* che, come l'anomalia, rileva nell'uso, nell'*utilitas* e, nel caso di specie, come *par*, *pactum* e *iudicatum*:

Cic. *de inv.* 2.162: *Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit; quod genus pactum est, par, iudicatum.*

È interessante vedere come tutte queste fonti di discontinuità nel diritto si radichino nel *mos*. Ecco perché il retore, sebbene in *de orat.* 1.41.185 suggerisca di non usare nell'agone forense le *definitiones*, aggiunge anche, in *de orat.* 2.108, che la giurisprudenza, per assurgere a scienza avrebbe dovuto organizzare il materiale composito offerto dall'esperienza in: a) *ferma perpauca* (cioè categorie fondamentali) e b) *definitiones*.

Qui assume rilievo, nell'ambito delle *definitiones*, la *divisio ex notatione* trattata da Cicerone in *Top.* 29; ossia, la *divisio* in base all'etimologia che è frutto della *ricerca della verità del caso concreto*, cioè dell'*orthos logos* (ossia dell'*etymon* del *logos*) che, per usare una metafora di Italo Calvino, può essere immaginato come una “fiamma” che è «immagine di costanza di una forma globale esteriore, malgrado l'incessante agitazione interna»; ⁴⁹ e quindi come la giustizia, *dike* o *harmonia* (nel senso di Polo in *Stob. serm.* 51⁵⁰) che può essere soddisfatta solo da un criterio di *verità nel diritto* di tipo anomalista.

⁴⁷ Da un frammento de *I Memorabili* di Senofonte apprendiamo quale fosse l'idea del sofista Ippia sul concetto di giusto. A Socrate che gli contestava la sua abitudine di non dire mai sugli stessi argomenti due volte la stessa cosa, come sul fatto che due per cinque facesse dieci, Ippia replicò che mentre su questo anche lui avrebbe detto lo stesso, sul concetto di giusto sarebbe stato possibile invece dire tutto e il contrario di tutto. *Sen. Mem.* 4.4.5–7.

⁴⁸ D. 50.17.85.2 (Paul. 6 *quaest.*): *Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est.*

⁴⁹ CALVINO, I. *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*. Milano: Garzanti, 1988, p. 69.

⁵⁰ *Stob. serm.* 51 = Polos, *Sulla giustizia* [FUMAGALLI, S. (a cura di). Pitagora. *Versi Aurei*. Milano: Mimesis edizioni, 2014, p. 146]: «[la giustizia] regge l'intero governo del mondo, ed è chiamata provvidenza, armonia, Dike, per deliberazione di una certa sorta di dei. In una città essa è conosciuta, semplicemente, con il nome di pace, e di saggia legislazione. In una famiglia è la concordia tra marito e moglie, la gentilezza del servo verso il suo padrone, e l'amorevole cura del padrone verso il suo servo. Nel corpo di tutti i viventi essa rappresenta il bene primo e più caro, e non è altro che la salute e la perfezione di ogni organo. Nell'anima è la saggezza che dipende dalla sapienza e dalla giustizia. Poiché questa virtù disciplina e dà la salvezza sia all'intero che sia alle parti delle quali ogni cosa è composta, accordando e disponendo in amicizia reciproca tutto ciò che esiste. Si può dunque dire senza, azzardo e per consenso generale, che essa può ben essere definita la madre e la nutrice di tutto.»

Il retore stesso dice in *Top.* 1.35–36, in cosa consistesse questo metodo etimologico applicato al diritto: cercare – evitando i neologismi impropri (*nos autem novitatem verbi non satis apti fugentes*) (*top.* 35) – l’ètimo (il “*verus*”) di un *logos* (parola o fatto) e dunque in gergo giuridico “notarlo” (*sed cum ipsius <postlimini> vis quaeritur et verbum ipsum notatur*).⁵¹ Cicerone per me scelse di definire questa pratica di ermeneutica giuridica (la *ratiocinatio* in un senso anomalista) con il neologismo *nota, notatio* (e non quindi *veriloquium* rispettando il canone analogista) per almeno due ragioni.

Perché preferì anzitutto: a) *utilizzare una parola del gergo giuridico romano*. Cicerone usa infatti *nota* come formula di procedura ad esempio nella *pro Murena*;⁵² ma poi vi sono le *notae* di Probo che evidenziano l’uso romano di riprodurre le formule giuridiche (calendariali o sepolcrali) in forma di acronimo e le *notae censoriae* (ossia le formule di ignominia).⁵³ Inserirei in questo quadro anche il sentenziare per formule giuridiche che caratterizzò il metodo di lavoro di Aquilio Gallo nella sua attività di giuridicante.

In secondo luogo b): perché la *notatio* era finalizzata *ad fidem faciendam* e la *fides* si considerava il fondamento dell’agire giusto.⁵⁴

Il processo “etimologico” di trarre l’argomento dalla radice delle parole, che fu certamente una prerogativa degli stoici (*de off.* 1.7.23: *tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta*) e dei grammatici (Quint. *inst. or.* 1.6.32: *qui verba varie et multipliciter ad veritatem reducunt*), per i giuristi romani della tarda repubblica finì col consistere nel trarre il “vero giuridico” dai fatti (*ex vero*).

La questione del rapporto tra la teoria retorica dell’*interpretatio* e la giurisprudenza romana ovviamente andrebbe molto più approfondita, ma un’ipotesi di lavoro percorribile potrebbe essere quella indicata dal Wesel che parte dal postulato per cui la teoria degli *status causae* riguardò principalmente l’interpretazione della legge.⁵⁵ Questo può aver portato i giuristi a utilizzare lo schema retorico della *ratiocinatio* (= *syllogismòs*) anche in chiave anomalista.

Da un lato quindi l’analogia intesa come dallo Steinwenter quale “metodo scientifico” in chiave “pandettistica” (modo analogista):⁵⁶ il cui compito è «di ricercare in un “sistema” di norme, principii applicabili a fattispecie che con quelle regolate hanno differenze non essenzia-

⁵¹ Cic. *Top.* 35: *Multa etiam ex notatione sumuntur. Ea est autem, cum ex vi nominis argumentum elicitur; quam Graeci ἐτυμολογίαν appellant, id est verbum ex verbo veriloquium; nos autem novitatem verbi non satis apti fugientes genus hoc notationem appellamus, quia sunt verba rerum notae. Itaque hoc quidem Aristoteles σπύμβολον appellat, quod Latine est nota. Sed cum intellegitur quid significetur, minus laborandum est de nomine.*

⁵² Cic. *pro Mur.* 61: *Et quoniam non est nobis haec oratio habenda aut in imperita multitudine aut in aliquo conventu agrestium, audacius paulo de studiis humanitatis quae et mihi et vobis nota et iucunda sunt disputabo.*

⁵³ Fest. sv. *Nota* (L. 182,10): *Nota alias significat signum: ut in pecoribus, tabulis, libris, litterae singulae, aut binae; alias ignominia.*

⁵⁴ Cic. *de off.* 1.7.23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiuspiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem.*

⁵⁵ WESEL, U. *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*. In: *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts und wirtschaftswissenschaftliche Abteilung*, 29. Köln – Berlin – Bonn – München: Heymanns, 1967, p. 10. Su cui vd. BRETONÉ, M. *Il giurista e la legge*. In: *Tecniche e ideologie*, p. 300 e *passim*.

⁵⁶ STEINWENTER, A. In: *Studi Albertario* 2, 1953, p. 109 s.

li (si ricordi la formula di Windscheid)»⁵⁷. Dall'altro (modo anomalista) l'analogia intesa come dal Wesel quale «applicazione di una regola giuridica, secondo il principio che le è implicito, a una fattispecie che non è compresa dal suo tenore».⁵⁸

7. L'ars hermenēumatis dei giuristi romani

Tutto si chiarisce ulteriormente rileggendo un passo – letteralmente vivisezionato dalla dottrina – del *Brutus* ciceroniano (42.151–153) dove troviamo forse una vera e propria definizione dell'*ars hermenēumatis* che sarà la base epistemica della formazione del giurconsulto romano e dunque della *regula iuris* che ne costituiva il corollario:

Cic. *Brutus* 42,151: *Et ego: de me, inquam, dicere nihil est necesse; de Servio autem et tu probe dicis et ego dicam quod sentio. non enim facile quem dixerim plus studi quam illum et ad dicendum et ad omnes bonarum rerum disciplinas adhibuisse. nam et in isdem exercitationibus ineunte aetate fuimus et postea una Rhodum ille etiam profectus est, quo melior esset et doctior; et inde ut rediit, videtur mihi in secunda arte primus esse maluisse quam in prima secundus. atque haud scio an par principibus esse potuisset; sed fortasse maluit, id quod est adeptus, longe omnium non eiusdem modo aetatis sed eorum etiam qui fuissent in iure civili esse princeps. [152] Hic Brutus: ain tu? inquit: etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. [153] Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.*

Troviamo qui una descrizione molto dettagliata di questa pratica metodologica. Nella scuola stoica di Rodi Servio imparò a dividere in parti l'intera materia (*quae doceret rem universam tribuere in partes*); a chiarire con la definizione ciò che non è stato ancora espresso (*latentem explicare definiendo*); a spiegare con l'interpretazione ciò che è oscuro (*obscuram explanare interpretando*); e, di fronte alle situazioni ambigue, ad applicare una metodologia che lo portava nei pareri legali (*responsa*) e poi nelle singole cause (*actiones*), prima a esaminare, poi a distinguere, e poi a fissare, il criterio in base al quale, tenuto conto delle circostanze (*κατα περίστασιν*), una regola potesse dirsi vera o falsa per trarre quelle conseguenze che potevano scaturire solo da quelle premesse.⁵⁹

Tutto questo ci dà la cifra esatta dell'*ars dialectica* esercitata dai filosofi – come detto *ars hermenēumatis* – che gli oratori e i giuristi romani di tale generazione appresero dallo stoicismo in versione rodiense. Un metodo che insegnò ai giuristi romani come distinguere

⁵⁷ BRETONE, Il giurista e la legge, p. 310.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Mi sia permesso di segnalare sul tema SACCHI, O. Verum quia aequum. In: *L'etica dell'equità e l'equità dell'etica*, 4.2. *L'Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Seconda Università degli Studi di Napoli*. Milano, 2011, p. 9–54, e ora Id., *L'interpretazione del giurista romano come fonte creativa del diritto: problemi della contemporaneità e certezze del passato*. In: REINOSO BARBERO, F. (a cura di). *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*. Madrid: Aranzadi, 2014, p. 209 ss., in part. p. 219 ss.

il vero (*veritas*) dal falso (*simulatio*), ossia il giusto (*aequum*) dall'ingiusto (*iniquum*), da applicare al caso concreto. *Verum* qui potrebbe corrispondere per i giuristi romani, come ho già avuto modo di specificare in altre sedi, a un concetto di *verità nel diritto* intesa non più (e non solo) come riscontro di mera corrispondenza del fatto e della legge alla realtà (*adaequatio rei et intellectus*); ma anche come un *evento* (in un senso quindi platonico e medio stoico) che è sempre riproducibile (*verum quia aequum*) rispetto al caso concreto (*κατα περίστασις*). Questa tecnica consentì ai giuristi romani di evitare anche le trappole e le insidie della metodologia basata su una logica di tipo meramente euclideo. In età ciceroniana si trovò quindi il giusto compromesso tra diritto positivo e *ius naturae*. Un metodo per risolvere i casi *perplexi* e, di qui a scendere, i problemi eventualmente insorgenti in una dimensione del *ius* necessariamente *controversum*.⁶⁰ Si affermò insomma, insieme al procedere *per regulas* dei giuristi, anche una nozione di *ius* – l'*ars boni et aequi* di Paolo (in D. 1.1.11: *cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur*) di cui Cicerone tentò di costruire la base teorica per il suo pubblico di lettori romani nel terzo libro del *de officiis*.⁶¹

8. Conclusione

Questa fu per me la premessa epistemica per la costruzione di un ruolo di cui il giurista romano diventò protagonista assoluto nell'età classica del diritto romano. Ed ecco come la *regula iuris* può essere stata un modo per dare certezza nel *ius* fuori dall'andamento necessariamente apodittico, ma dispotico (e in molti casi anche ottuso) della legge.

Mi sia consentito chiudere con un ultimo pensiero dedicato all'attualità. La classe politica che orienta le scelte del Legislatore dovrebbe sforzarsi di essere all'altezza del modello elaborato dai giuristi romani. Laddove ciò accadesse saremmo sicuri che anche la soluzione dei casi *perplexi* (che come si diceva prima sono sempre possibili) sarà per certo soddisfacente. Di fronte ai casi della vita, sempre imprevedibili, l'operatore del diritto dev'essere pronto a rispondere non solo alla domanda *quid lex?*; ma anche a quella *quid iuris?* E allora il *diritto positivo* verrebbe meglio temperato dal *diritto naturale delle genti*.

⁶⁰ Su questo tema molto complesso rinvio a BRENONE, *Ius controversum*, pp. 799–808. Ma vd. anche GIARO, T. *Römische Rechtswahrheiten, Ein Gedankenexperiment*. Frankfurt a. M.: Klostermann, Vittorio, 2007, e le acute riflessioni di Cascione sul saggio di Bretone (pp. 706–708).

⁶¹ FIORI, R. *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*. Napoli: Jovene, 2011, p. 131, ha definito questa modalità di trattazione “per circostanze” una tecnica tipica della giurisprudenza coeva di Cicerone.