



Honos alit artes

Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri

IL CAMMINO DELLE IDEE
DAL MEDIOEVO ALL'ANTICO REGIME
Diritto e cultura nell'esperienza europea

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini



Reti Medievali E-Book

19/III

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**IL CAMMINO DELLE IDEE
DAL MEDIOEVO ALL'ANTICO REGIME**

Diritto e cultura nell'esperienza europea

**a cura di
Paola Maffei e Gian Maria Varanini**

**Firenze University Press
2014**

Il giovane Leibniz e lo stato del diritto comune nella giurisprudenza del tempo

di Bernardo Pieri

In principio era il chaos
Esiodo

La tendenza naturale delle cose è il disordine
Erwin Schoedinger

L'ordine naturale delle cose è (...) come un infinito
sistema apparentemente caotico che è comunque
contenuto in un esatto punto e in un esatto attimo
Sergio Siracusa

Il medioevo «consegna allo stato dei secoli XVII-XVIII, come un'eredità irrinunciabile, il caratteristico regime delle fonti giuridiche»¹. Ma è un'eredità ormai minata dalla crisi che aveva posto in discussione i fondamenti stessi del pensiero e dei modelli di riferimento, non solo giuridici, e avrebbe dato avvio all'«esperienza giuridica “moderna”», scaturita «da un complesso di tematiche medievali portate alle estreme conseguenze»². Veniva delineandosi, senza possibilità di ritorno, una diversa immagine del mondo (e dell'uomo stesso), nella quale l'individuo trovava finalmente considerazione quale vero soggetto politico³: necessaria conseguenza di questa “rivoluzione”, la separazione della sfera privata dell'individuo da quella pubblica, il distinguersi la dimensione interna da quella esterna.

Nuove fonti giuridiche avevano fatto la loro comparsa – soprattutto l'ambiziosa legislazione delle monarchie nazionali – indebolendo lo *ius commune* fino a ridurlo a ruolo di mera sussidiarietà dei diversi *iura municipalia*. E se in Italia lo *ius municipale* rimase di portata limitata, coincidendo sostanzialmente col diritto statutario, in altri paesi – e in modo particolare in Germania – esso avrebbe assunto il ruolo (attribuitogli dalla stessa normativa imperiale) di «diritto spe-

¹ A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, p. 37.

² D. Quaglioni, *Presentazione dell'edizione italiana*, in H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione*, II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ediz. italiana a cura di D. Quaglioni, Bologna 2010, p. XIII.

³ La parabola giungeva a perfezione con *Les Lois civiles dans leur ordre naturel* di Jean Domat (Paris 1689), il quale – nella sua rivoluzione sistematica del diritto romano rivisto con gli occhi pratici di un giudice di *droit écrit* – poneva definitivamente l'individuo nel centro nevralgico della riflessione giuridica.

cifico dei singoli popoli, vigente in un determinato territorio»⁴: era la nuova forma del dualismo dialettico, caratteristico del Medioevo maturo, tra *ius commune* e *iura propria*.

Almeno per quanto concerne i paesi germanici (che qui segnatamente c'interessano), come spesso avviene, la crisi del diritto comune era scoppiata nel momento stesso in cui questo toccava il suo apogeo, con la ricezione ufficiale nel 1495 e l'istituzione del *Reichskammergericht*. Ma un po' per la debolezza stessa dell'impero, un po' per la frammentazione politica della Germania – coi diversi stati a loro volta soggetti, soprattutto nel centro e nel meridione del Paese, a un forte particolarismo municipale delle tante città sovrane (*freie Reichsstädte*)⁵, ognuna dotata di un proprio senato, o consiglio o parlamento –, s'era prodotto un potenziamento del potere giurisdizionale e, con esso, talune tendenze autonomistiche della giurisdizione stessa, allontanandola, di fatto, dalla coscienza medievale profonda del subordinamento del giudice all'ordinamento⁶. Tale che quando, nell'epoca dell'assolutismo, il potere pubblico centrale tentò l'unificazione giuridica, trovò – come osserva ancora il Cavanna – «un notevole ostacolo nell'opposizione conservatrice e centrifuga di una magistratura non certo affetta da passivo legalismo»⁷.

Il secolare problema della discrezionalità dei giuristi avverso il diritto⁸ trovava in queste circostanze nuovo e fertilissimo nutrimento per coloro che avevano fame di certezza del diritto; i quali potevano contare sul potente ausilio dei monarchi, che – per quanto volessero mostrarsi “illuminati” – erano pur sempre, e soprattutto, assoluti: e a questa prerogativa d'assolutezza, tenevano più ancora di quanto non vi avessero ambito i principi rinascimentali. Fu dunque portato a conclusione quel processo di degiuristizzazione del diritto, iniziato a fine Quattrocento, che può rappresentarsi emblematicamente col caso dell'osservazione finale del *Tractatus de regimine civitatis* di Bartolo da Sassoferrato⁹, «ideo de tyranno aliqua ad juristas spectancia videamus»: presente nei mano-

⁴ Conrad Lagus, *Iuris utriusque traditio methodica*, Francoforti 1543, apud C. Egenolphum, f. 4v (così come cit. da I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, p. 2, cui si rinvia per una approfondita analisi di questa come di altre questioni esposte nel presente saggio, e per il corredo essenziale di fonti e bibliografia relative).

⁵ Se ne contavano soprattutto in Baviera, nel Württemberg, nell'attuale Franconia bavarese, ma ve n'erano anche in Svevia, in Westfalia, nella Bassa Sassonia. Erano città soggette direttamente all'impero, senza nessun vincolo feudale intermedio; il che le distingueva, ad esempio, dalle città-arcivescovato (Colonia, Treviri, Magonza, ecc., anticamente dette *freie Städte*), vere e proprie città-stato rette dal vescovo-principe. A queste vanno aggiunte, come città dotate di ampia autonomia municipale, quelle della potente Lega Anseatica.

⁶ Il potere dei Tribunali Superiori Statuali era tale che il giudizio veniva dato, perlopiù, secondo un principio che fu detto di arbitrio equitativo.

⁷ A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 1979, p. 232.

⁸ Già il Budé aveva affermato la relatività del diritto, guardando a un sistema che – attraverso l'intervento autoritativo del sovrano – vietasse ai giuristi l'opera di commento.

⁹ Ed. in D. Quagliani, *Politica e diritto nel Trecento italiano: il De tyranno di Bartolo da Sassoferrato, 1314-1357*; con l'edizione critica dei trattati *De quelphis et gebellinis*, *De regimine civitatis* e *De tyranno*, Firenze 1983.

scritti trecenteschi, la frase scompare dall'edizione umanistica delle opere di Bartolo; e non per caso, poiché quell'inciso rendeva esplicito il

potere del giurista di trattar dell'azione del signore e di giudicarla. Il "signore" del Trecento si adatta ad ascoltare e talvolta anche a subire il giudizio del giurista: ma il "principe" dei tempi nuovi non è più disponibile ad esporsi allo stesso giudizio e ad arrestarsi sui confini di un demanio giuridico riservato solo ai giuristi¹⁰.

Da parte dei filosofi si pensò di trovare la soluzione allo stato di endemica incertezza del giure, presupponendo un primitivo stato di natura, anteriore alla società politica e civile, ove la convivenza tra gli uomini era spontanea: donde l'ipotesi del contratto sociale per garantire i propri diritti naturali e l'idea che le leggi civili dovessero rispettare il diritto di natura come un superiore modello razionale.

Il ritorno allo stato di natura (e alle sue leggi), come a uno stadio di purezza antecedente la corruzione prodotto e conseguenza della società civile, non fu proposizione esclusiva di filosofi e giuristi, ma rispecchiava la moda prevalente anche in letteratura e in pittura (si pensi, emblematicamente, ai *Pastori d'Arcadia* di Nicolas Poussin¹¹, commissione "dettata" da Giulio Rospigliosi, papa Clemente IX), ove l'Arcadia¹² – il mitologico mondo dei pastori e delle ninfe – divenne (per due buoni secoli) irrinunciabile allegoria morale della caducità della vita e della fantomatica Età dell'Oro. Dall'*Arcadia* di Jacopo Sannazzaro (1502), che programmaticamente mirava a un poema simbolico-pastorale sulle tracce delle *Bucoliche* di Virgilio (a sua volta debitore del grande Teocrito) ed ebbe vasta risonanza internazionale, le Amarilli, i Titiri e Melibei, i Tirsi, le Clori e i Mirtilli mólsero i versi del Tasso (*L'Aminta*, 1573)¹³, del Guarini (*Il pastor fido*, Venezia 1590), del cavalier Marino (*La Sampogna*, 1620, le *Egloghe boscherecce*, 1620, *L'Adone*, Parigi 1623, con dedica alla «maestà christianissima di Lodovico il decimoterzo, re di Francia, et di

¹⁰ M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, Roma 1994⁷, p. 215.

¹¹ Fu il cavalier Marino – il poeta del Barocco e della "meraviglia" (l'idea non è però del Marino ma del Teeteto e di Aristotele. *Meraviglia* mette in moto la filosofia prima della poesia: cfr. M. Pieri, M. Cecchetti, *Giambattista Marino: La mula del Cavaliere. L'osceno dello scrivere, da Marino a Testori*, Milano 2013) – a scoprire Poussin poco più che ragazzo, a Parigi, e a introdurlo a Roma, dove il ragazzo diventato uomo ebbe la fortuna che al Marino ormai stremato mancò, anche per via della messa all'Indice. Il forte simbolismo presente nelle opere del Poussin risente certo della *Sampogna* (e delle *Dicerie sacre*) del poeta napoletano, ma soprattutto delle *Bucoliche* e del *Pastor fido* (Marino dichiarava che il suo "maestro e autore" era proprio il ferrarese Guarini, "cigno del Po").

¹² «L'Arcadia *felix* è uno dei più praticati temi poetici a partire da Teocrito e Virgilio. E anche uno dei più longevi perché passò pressoché intatto dal periodo pagano a quello cristiano, quando fu impiegato come allegoria morale. Ripreso dagli umanisti, sino al Settecento maturo rimase negli inventari dei poeti. L'Arcadia è un simbolo della terra felice e dell'Età dell'Oro, governata da re saggi, solcata da ruscelli puliti, punteggiata d'alberi che danno frutti spontanei. È la terra in cui tutti vorrebbero vivere, il paradiso ritrovato, fuori dalla corrente della storia; la terra dove, secondo una secolare codificazione poetica, si vive felici e si pensa unicamente ai piaceri, all'amore e all'amicizia. Ideale dell'*otium romano*, della saggezza secondo Ovidio»: A. Iannaccone, *Un mondo al tramonto. Una lettura iconologica del segreto dei Pastori d'Arcadia*, 2005 <www.renneslecha-teau.it/index.php?sezione=studi&id=studi_poussin> (26.IV.2014, 08.10).

¹³ Pubblicata intorno al 1580.

Navarra»)¹⁴, e di mille altri, poeti, letterati e musicisti¹⁵. Col Settecento, l'Arcadia cedette il posto alla nuova moda orientalista che, aperta dalla traduzione francese delle *Mille e una notte* (a partire dal 1704) di Antoine Galland, con le *Lettere persiane* di Montesquieu (1721) acquisì una dimensione moraleggiante, per cui si contrapponeva l'uomo orientale – che sarebbe vissuto ancora in purezza allo stato di natura – a quello occidentale, irrimediabilmente corrotto dalla civiltà.

Dalle sopra richiamate basi comuni ai diversi giusnaturalismi che si svilupparono a partire dal XVII secolo, si mosse quella teorica del diritto naturale come diritto dello Stato, secondo cui esisterebbero, in assoluto, regole di giustizia autoevidenti e valori etico-morali universali – il diritto naturale, appunto – fondati sulla natura razionale dell'uomo, questa

universale *tabula* di regole extra-legali della convivenza umana, che in quanto naturali sono necessariamente razionali e in quanto universali sono valide per l'intero genere umano, si contrappone così alla giustizia sanzionata in precetti scritti nei diritti positivi, la quale è invece mero prodotto della storia e della volontà del singolo legislatore¹⁶.

La frantumazione dell'ideale unità medievale della *respublica christiano-rum*, causata dalla scissione religiosa¹⁷, oltre a mettere in crisi lo *ius commune* aveva prodotto – forse come inevitabile conseguenza – anche la laicizzazione del diritto (che si tradusse in una separazione netta tra diritto e teologia), ormai non più rivelazione precostituita da autorità superiore, ma frutto di una autonoma ragione umana: donde Grozio poteva affermare che anche il *dictamen*

¹⁴ Non sarà forse superfluo rilevare come il cavalier Marino godette in vita di un enorme successo internazionale: caro in Francia ai preziosisti e ai cosiddetti libertini (Jean Chapelain, Tristan l'Hermite, Philippe Desportes, ecc.), apprezzato in Spagna (soprattutto Lope de Vega), fu tenuto in alta considerazione «in altri paesi cattolici come il Portogallo e la Polonia, e anche in Germania, dove i suoi più diretti seguaci furono Christian Hofmann von Hofmannswaldau e Daniel Casper von Lohenstein»: http://it.wikipedia.org/wiki/Giovan_Battista_Marino (11.II.2013, 14.35). Il suo poema sacro *La strage degli innocenti* (pubblicato postumo nel 1632: altro tema di Poussin – del resto, come s'è visto, pittore carissimo al Marino), fu tradotto in inglese da John Crashaw, poi, più avanti, in tedesco da Barthold Heinrich Brockes, il grande poeta moralista, nonché *Ratsehn* (consigliere municipale) della città di Amburgo, autore di un testo per musica sulla *Passione di Cristo* (immortalato, tra gli altri, da Georg Philipp Telemann e da Händel) e dei 9 volumi della *Irdisches Vergnügen in Gott* (1721-48), una raccolta di poesie in lode della natura, nella quale l'uomo riconosce e adora Dio; e, sulla base della traduzione di Brockes, in olandese da Stephanus Opterbeek (Zacharias Romberg, Amsterdam 1740).

¹⁵ Dalla nascita stessa del fenomeno "opera", con la perdita *Dafne* di Jacopo Peri (Firenze, 1598), a *La Calisto* di Pier Francesco Cavalli (Venezia, 1651), capolavoro musicale sulle vicende della ninfa artemidea sedotta da Zeus, al *masque Acis and Galathea* (Londra, 1718) di Georg Friedrich Händel.

¹⁶ Cavanna, *Storia del diritto moderno* cit., I, p. 320.

¹⁷ Quella «deviazione prodotta dalle Riforme protestanti nel flusso della tradizione giuridica occidentale iniziata con la "rivoluzione papale" del secolo undicesimo», che provocò la «radicale cesura dalla quale ha origine, agli inizi del sedicesimo secolo, una nuova dimensione del potere e quindi una nuova stagione del diritto e del pensiero giuridico» (Quaglioni, *Presentazione* cit., pp. XII-XIII): che Berman, *Diritto e Rivoluzione* II cit., definisce «spiritualizzazione del secolare», fornendo – forse involontariamente ma senza possibilità d'equivoco – un lume preziosissimo alla messa a fuoco della mai troppo chiaramente profilata posizione di Leibniz in materia di diritto e di giurisprudenza. Lo vedremo.

rectae rationis (lo stesso diritto naturale, cioè), sarebbe stato valido «etsi daremus Deus non esset», e Hobbes dare il colpo di grazia all'identificazione di diritto e morale col ritenere che non sia necessariamente un crimine il peccato secondo la morale religiosa, ma sia – infallibilmente – peccato ciò ch'è crimine secondo la legge.

Il fuoco di fila che per oltre due secoli avrebbe bersagliato incessantemente il diritto romano era iniziato coi razionalisti cinquecenteschi, che – mossi da nuove esigenze sistematiche – trovavano la classica tripartizione romanistica (*personae, res, actiones*) insufficiente alla bisogna e, sulle tracce della scuola culta e dei canoni umanistici (riconnotati alla luce dell'opera, soprattutto, di Melantone)¹⁸, ritenevano la disposizione delle Pandette disordinata fino all'inutilizzabilità. A partire dalle opere di Johann Apel (1486-1536)¹⁹, cui seguirono, sulla stessa direzionale, soprattutto quelle di Sebastian Derrer (†1541)²⁰, di Melchior Kling (1504-1571)²¹ e l'«involontaria» *Iuris utriusque traditio methodica* (1543) di Conrad Lagus²², si tentarono diverse risistemazioni della materia giuridica.

Lagus fu tra i primi a recuperare una dimensione *philosophica* al diritto²³ (attinente alle *rationes*), connessa a quella più propriamente positiva (o, come la definisce Lagus, *historica*) da un legame causale, posto che – come rileva ancora Birocchi²⁴ – «la forma degli istituti del diritto positivo derivava dalla fonte naturale, considerata come fondamento necessario». Riprendendo l'antica

¹⁸ Sulla «filosofia giuridica» di Melantone, si veda Berman, *Diritto e rivoluzione* II cit., pp. 136-56. Il cosiddetto metodo tipico di analisi («la via giusta o l'ordine nell'indagare e nell'argomentare»: F. Melantone, *Erotemata dialectices*, [s.l., 1540 ?], p. 573) con cui lo Schwarzerdt sistematizzò la teologia, era applicabile secondo il suo stesso teorizzatore «anche ad altri settori della conoscenza, tra i quali non solo la filosofia del diritto ma anche il metodo o scienza del diritto» (Berman, *Diritto e Rivoluzione* II cit., p. 204): alla base stava la teorica della topica comune formulata già da Aristotele e risignificata dagli scolastici, che avrebbe ricevuto eloquenti riconcettualizzazioni in Leibniz.

¹⁹ La *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam adcommodata* (Norimbergae, apud Fridericum Peypus, 1535) e la *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum* (Wratislaviae, In Officina Typographica A. Vincleri, 1540). Una inquadratura essenziale dell'opera apeliana come «base della moderna scienza giuridica tedesca», si trova in Berman, *Diritto e Rivoluzione* II cit., pp. 209-219.

²⁰ *Iurisprudentiae liber primus, instar disciplinae institutus et axiomatibus magna ex parte conscriptus*, Lugduni, sub scuto Coloniensi apud Ioannem & Franciscum Frellæos fratres, 1540.

²¹ *Enarrationes in libros IV Institutionum*, Francoforti, apud Christianum Egenolphum Hadamarium, 1542.

²² Sulla pubblicazione di quest'opera invito auctore, che reagì l'anno dopo con una *Protestatio*, si vedano soprattutto R. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, München-Leipzig 1880, pp. 298 sgg., e G. Theuerkauf, *Lex, speculum, compendium juris. Rechtsaufzeichnungen und Rechtsbewußtsein in Norddeutschland vom 8. bis zum 16. Jahrhundert*, Köln-Graz 1968, p. 200 sgg. Per una sintesi sulla posizione di Lagus all'interno delle tendenze sistematiche del diritto nella giurisprudenza umanistica tedesca, si vedano Berman, *Diritto e Rivoluzione* II cit., pp. 219-229 e ancora Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine* cit., pp. 14-18. Sull'argomento, più in generale, si vedano anche i diversi contributi di A. Mazzacane, e in ispecie *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. 16.*, Milano 1971.

²³ In questo apparentandosi alla *Iuris naturalis, gentium, et civilis eisagoge* (Antuerpiæ, excudendum curabat Antonius Goinus, 1539) di Johann Oldendorp, allora fresca di stampa.

²⁴ Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 15.

distinzione tra uno *ius naturale primaevum* (comune a tutti gli animali) e uno *ius naturale secundarium* – ch'era lo *ius gentium* dei romani, e che altri (lo stesso Lagus lo preferiva) dicevano *ius divinum* –, sosteneva che quest'ultimo non comprendesse solo quanto proveniente dalle Sacre Scritture, ma anche ciò che «ex iudicio rationi nasci»²⁵. Dunque l'ordine sistematico del diritto era il compimento del disegno divino realizzato attraverso la ragione umana.

Proseguendo sostanzialmente su questa strada, i giusnaturalisti accentuarono la concezione oggettiva e razionale del diritto naturale, che resero indipendente da premesse teologiche. E se in Grozio sono ancora presenti influenze piuttosto profonde dei teologi della Scuola di Salamanca, nonché tracce del metodo dei Culti, specie per quanto concerne il «riscontro del consenso delle genti per avvalorare il carattere razionale della sistemazione»²⁶, con Hobbes, con Spinoza e, soprattutto, con Pufendorf e poi Christian Thomasius, il bisogno di una separazione netta tra la teologia e il diritto, diventa un'asse portante della riflessione giusfilosofica.

La problematica del formalismo giuridico era sentita fin dai tempi dei glossatori, che avevano rivestito di sacralità dogmatica le antiche *figurae* giuridiche, affinché i giuristi potessero disporre di un «armamentario di strumenti tecnici necessari per i fini da perseguire, ... pronti a un uso sempre ripetibile grazie alla loro astrattezza»²⁷, ma dopo la «concettualizzazione della sintesi»²⁸ operata da Bodin, il bisogno della forma si rafforza nella strutturazione del diritto (e del suo insegnamento) a sistema. Si fa strada l'idea che il diritto, in quanto scienza, debba essere regolato secondo principî matematici²⁹: «definire» e «sistemare»³⁰ diventano le parole d'ordine di giuristi e filosofi (oltre che degli scienziati) del '600, la logica combinatoria il mezzo d'applicazione per risolvere dubbî di un diritto riducibile ad elementi primi attraverso procedimenti di calcolo³¹. La

²⁵ Lagus, *Iuris utriusque traditio methodica* cit., p. 11 (cit. dalla stampa Lugduni 1566)

²⁶ Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 169.

²⁷ M. Bellomo, *Elogio dei dogmata legum. Memorie per una storia della storiografia giuridica*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 20 (2009), p. 48. Ma si veda anche, dello stesso autore, *Elogio delle regole. Crisi sociali e scienza del diritto alle origini dell'Europa moderna*, Leonforte 2012.

²⁸ Prendo la felicissima espressione da Diego Quaglioni, in una lezione – non più recente ma rimasta scolpita nella mia memoria – alla Scuola Superiore di Studi Umanistici di Bologna.

²⁹ In Pufendorf anche le entità morali dovevano essere ordinate con metodo geometrico.

³⁰ Cui Leibniz, nella *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667, pubblicata l'anno dopo), aggiunse il «dimostrare».

³¹ Cfr. A. Artosi, *Introduction*, in A. Artosi, B. Pieri, G. Sartor, *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law. Philosophical Questions and Perplexing Cases*, Dordrecht 2013. Il rapporto tra formalismo giuridico e esattezza matematica si ritroverà poi perfino tra i fondamenti culturali della legislazione francese dell'800: «Les formes (...) occupent dans l'application de la science du droit la place que tiennent dans les sciences mathématiques les formules destinées à faire trouver avec plus de facilité la solution des problèmes» (*Code de procédure civile, servant du supplément au procès-verbal des séances du Corps Législatif*, Avril 1806: *Exposé des motifs par les orateurs du Gouvernement*, Paris 1806, p. 199). L'attenzione sul brano è stata richiamata da A. Wijffels, *La forme emport le fond. Temperate Formalism in the Pre-Enactement Discussions of the Napoleonic Code of Civil Procedure (1806)*, in *Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozess*, a cura di P. Oestmann, Köln-Weimar-Wien 2009, poi il passo è stato ulteriormente portato in evidenza da Bellomo, *Elogio dei dogmata rerum* cit., ed *Elogio delle regole* cit.

*Dissertatio*³² *de casibus perplexis* di Leibniz (1666), sarà una vera e propria dimostrazione teorica di come i casi dubbî in diritto possano essere risolti con calcolo razionale e secondo principî *ex mero jure*.

Gottfried Wilhelm Leibniz aveva ottenuto il titolo di *magister philosophiae* due anni prima, discutendo (e subito dopo pubblicando) lo *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum*, nel quale tendeva all'armonizzazione delle recentemente acquisite competenze giuridiche, coi suoi interessi filosofici di sempre. Invitato dall'illustre zio Johann Strauch ad intraprendere la carriera di giurista, il giovane Leibniz si era vòlto con maggiore determinazione a quegli studî, e dopo un paio d'anni passati a mezzo tra filosofia e diritto in cui ottenne il baccalaureato in giurisprudenza con una *Disputatio juridica de conditionibus* (1665) e il dottorato in filosofia con la *Dissertatio de arte combinatoria* (1666) in cui già manifestava quello che sarebbe diventato il suo *modus operandi* abituale – coniugare le esperienze delle diverse scienze in funzione di un sapere universale –, nel 1667 divenne *doctor juris* discutendo la citata *Dissertatio de casibus perplexis*, presentata (e pubblicata) l'anno prima.

Quando Leibniz aveva scritto lo *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum* (1664), la connessione tra diritto e filosofia, fra i giuristi, non godeva nessun riguardo, come sempre accade nei (frequenti e lunghi) periodi di crisi d'identità del diritto: che è, in effetti, una crisi dei valori filosofici che lo presiedono e giustificano. Leibniz ben s'avvide, e non mancò di scrivere, che senza la guida della filosofia, però, «moltissimi luoghi del giure sarebbero un labirinto inestricabile»³³. Donde la lunga rassegna di questioni tolte dal diritto Romano, le cui soluzioni il filosofo ritrova attraverso procedimenti logici o individua per mezzo di accostamenti con le scienze più disparate, dalla logica alla metafisica, passando per la matematica, la fisica, la medicina, la zoologia. È un passo ulteriore rispetto al metodo della comparazione giuridica che era stato “inventato” da Pothier.

Ma lo *Specimen* mostra anche la sbalorditiva consapevolezza che Leibniz – già all'epoca – aveva riguardo alla funzione del diritto, al suo uso giudiziario e, di conseguenza, all'attitudine che i giudici dovevano tenere riguardo al diritto stesso. Valga come esempio per tutti, quanto il giovane intellettuale scrisse circa la ripartizione dell'onere della prova, che forse delinea il tratto dominante della sua posizione in materia all'epoca dello *Specimen*: ossia, che «è necessario estrarre la verità dagli atti e dalle prove, in qualsiasi modo sia lecito, affinché la causa possa essere decisa. Ne consegue che l'onere della prova sia imposto a colui al quale risulti più agevole assolverlo, a che la causa non si concluda senza una decisione»³⁴. Poco tempo dopo, nel *De arte combinatoria*, Leibniz, richia-

³² O *Disputatio*, secondo la primitiva versione del titolo.

³³ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum*, Lipsiae, typis Johannis Wittigau, 1664, *Prooem* (la traduzione italiana dello *Specimen* e del *De casibus* – curata da me, con introduzione e commento in collaborazione con Alberto Artosi e Giovanni Sartor – è di prossima pubblicazione).

³⁴ Leibniz, *Specimen* cit., *Quaest. II*.

mandosi al Platone delle *Leggi*³⁵, ribadisce: «in qualsiasi stato sia sorta, una questione giudiziaria è meglio trattata quanto più è sottratta alla discrezionalità del giudice»³⁶.

Sarà la tesi portante della *Dissertatio de casibus perplexis*: in nessun caso una materia di dibattito giuridico, per quanto sia difficile e perplessa, può essere considerata insolubile, ogni caso deve ammettere una soluzione *ex jure*. Questa posizione è bene esemplificata dal caso della famosa vertenza tra Protagora e il suo antico discepolo Evatlo, che nella *dissertatio* leibniziana è discusso in relazione alla questione logico-metafisica «se possano due [proposizioni] contraddittorie essere contemporaneamente false, o se l'essere e il non essere ammettano uno stato intermedio»³⁷.

Leibniz afferma che è sbagliato includere questo caso tra i casi perplessi. Di fatto, lo stato in cui fu discussa la causa penalizza il richiedente *plus tempore* o con la perdita della lite,

come un tempo presso i Romani, [... o] col rigetto dell'istanza secondo lo *Ius gentium*, com'è d'uso oggi: in quel caso Protagora è vinto, in questo vince. Infatti, poiché Protagora richiese l'emolumento prima che il termine scadesse (*dies cedit*) e venisse [ad essere] (*dies venit*), e si fosse realizzata la condizione (la condizione dell'emolumento è infatti: la vittoria della prima causa), senza dubbio parrà aver richiesto *plus tempore*. Dunque, in questa istanza la causa è perduta *prima vice*, e per questo fatto stesso si realizzerà la condizione dell'emolumento, poiché per quel fatto stesso Evatlo ha vinto la prima causa. Dunque allora a Protagora compete veramente l'azione contro Evatlo, non più infirmabile da nessuna eccezione, nemmeno quella *rei judicatae*, poiché Evatlo è assolto non dalla lite ma dall'istanza, per un'eccezione non perentoria ma dilatoria. Così equità e stretto diritto si congiungano, poiché nel dubbio la causa del maestro deve essere più accettata³⁸.

In tal modo la causa si risolve in un arbitrario *non liquet*, una delle soluzioni possibili in un caso perplessa: è quindi evidente che tutti i casi sono sempre efficacemente decisi, almeno dal mero diritto di natura o dal diritto dei popoli, per i quali nulla è mai incerto³⁹.

Il convincimento non solo leibniziano che le leggi civili siano basate su un fondamento di diritto naturale era destinato a importanti sviluppi nel pensiero giuridico del filosofo sassone alla fine degli anni 1660, ma già nello *Specimen* troviamo segni evidenti e ben radicati anche di questa *confiance* di Leibniz nel diritto naturale. Come quando, ad esempio, egli propone un'analisi geometrica della regola secondo cui, per non danneggiare la tenuta di un vicino, la distanza di un

³⁵ Il riferimento è al libro IX.

³⁶ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Dissertatio de arte combinatoria, in qua, ex arithmeticae fundamentis, complicationum ac transpositionum doctrina novis praeceptis exstruitur et usus ambarum per universum scientiarum orbem ostenditur...*, Lipsiae, apud Joh. Simon. Fickium et Joh. Polycarp. Seuboldum in Platea Nicolaea, literis Spöreliansis, 1666, § 39 (trad. mia).

³⁷ *Specimen* cit., *quaest. XII* (trad. mia).

³⁸ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Disputatio inauguralis de casibus perplexis seu Specimen difficultatis in jure*, Altdorf 1666, Hagen, § XVI.

³⁹ Per un più approfondito esame di questo come di altri casi tratti dallo *Specimen* e dalla *Dissertatio de casibus perplexis*, si veda la già citata introduzione di Alberto Artosi in Artosi, Pieri, Sartor, *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law* cit.

fosso dal confine del fondo limitrofo non deve essere inferiore alla profondità del fosso stesso⁴⁰. L'argomentazione, per quanto artificiosa possa apparire, rivela che Leibniz non aveva in mente una mera analogia, ma una vera e propria corrispondenza tra le ragioni del diritto e le leggi di natura, che renderebbe la legge naturale scientificamente conoscibile.

Era, questo, un tratto comune a quasi tutte le principali scuole di pensiero giurfilosofico – come si è visto – almeno a partire da Grozio: dove Leibniz si distingue, è nella fiducia – non ottusa, tralatizia o meramente scolastica, ma anzi ben conscia delle necessità in continua evoluzione dei tempi nuovi – nella funzione ancora vitale del diritto romano come diritto comune. Nelle intenzioni dei novatori, soprattutto tedeschi, infatti, una tale costruzione sistematica del diritto naturale, come “diritto della ragione”, avrebbe dovuto cancellare il diritto romano⁴¹. Ma i giuristi continuavano – si può dire: inevitabilmente – ad avere una educazione in prevalenza romanistica, e il diritto romano, specie in Germania, si trovava saldamente radicato nella prassi giudiziaria, in quanto diritto comune vigente; sicché – quasi per sublime paradosso – il diritto romano finì per essere il primo a essere oggetto di razionalizzazione, proprio da parte dei suoi detrattori.

E benché questo diritto comune, nelle diverse fonti normative dell'epoca, non fosse più individuabile nel *corpus iuris* giustiniano (e tantomeno nel diritto canonico, ormai del tutto afflosciatosi)⁴², rimase presente come *ratio scripta*

⁴⁰ «[I] grave che non può discendere in linea retta, può tuttavia facilissimamente farlo in obliquo, se fa in questo modo un angolo maggiore di 45° (riguardo alla via, o linea di discesa) con la terra su cui insiste; se lo fa minore, discende con grande difficoltà o lentezza. Perché quanto più obliquo e minore è l'angolo, tanto più è necessario che il grave nella discesa s'inclini di lato, il che tuttavia è per esso contro natura» (*Quaest. III*). Leibniz accompagna la spiegazione con una figura geometrica: d'altronde aveva presentato la *quaestio* in oggetto, come relativa alla *mathesis*, che qui va intesa certamente come matematica, ma non solo. La *mathesis*, infatti, pare essere per Leibniz – cartesianamente – un sapere non frantumato: un altro tassello dell'assunto base di questo *Specimen* e punto fermo del pensiero di Leibniz, quello di un sapere (oggi diremmo, orribilmente: di una cultura) non circoscritto al tecnicismo specifico e, perciò, parcellizzante. Il concetto cartesiano vale qui come metafora del sapere simile a un albero, che si salda nel terreno con le sue possenti radici, mentre i rami che si dipartono dal tronco innalzandosi al cielo, rappresentano le diverse espressioni dello scibile. Non è qui, credo, però ancora il caso di una *mathesis universalis* (forma universale del sapere), «ideale universalistico ed enciclopedico» che farebbe di Leibniz un illuminista *ante litteram* (cfr. C. Ferrandi, [Introduzione], in G.W. Leibniz, *Filologia, Scienza, Storia*, selezione dei testi, traduzione e commento di C. F., Lavis [Trento] 2011, p. 11).

⁴¹ Col *de origine iuris germanici* del 1643, Hermann Conring spingeva sull'acceleratore del diritto patrio – cui sarebbe stato impossibile pensare nella frammentata Germania, senza la sua opera – sostenendo un non uso del diritto romano in quei territori, retti fin dall'antichità da un presunto diritto germanico originario fondato sulle consuetudini, resistenti al diritto forestiero che colonizzava l'intero mondo. Si vedano, in particolare, Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 14 sgg., e A. Mazzacane, *Hermann Conring e la storia della Costituzione germanica*, in *Diritto e potere nella storia europea*, I, Firenze 1982, pp. 567-610.

⁴² Come scrisse P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, p. 190: il diritto canonico, già nel Cinquecento, aveva «perso il suo primato come scienza del dover essere» e, a forza di positivizzarsi, «stava diventando sempre più una disciplina ecclesiastica». Due secoli dopo era, di fatto, fuori dai giochi.

del diritto, con cui assicurare quell'unità giuridica che i nuovi sovrani nazionali non erano ancora in grado di instaurare.

Così Georg Adam Struve, nella *Jurisprudentia romano-germanica forensis* (Bambergae et Herbipolis 1670) – un commento “secondo l'ordine delle Pandette”, per riprendere una formula dell'Orestano⁴³ – si sforzò d'inserire principi ed istituti di *ius germanicum* nello schema dogmatico e istituzionale del diritto romano giustiniano. Era il primo passo verso quell'*usus modernus pandectarum* che proliferò in Germania a partire dal famoso commento dello Stryk⁴⁴, fino all'opera dello Hellfeld⁴⁵.

Ecco come la costruzione razionale e “scientifica” del diritto naturale *more mathematico* o *more geometrico*, diventa il vero collante tra questo e il diritto civile. Una congiunzione che per Heinrich Ernst Kestner (1671-1723) è necessaria: egli critica, però, il diritto romano in quanto disordinato, ingiusto nelle sue leggi, opposte al diritto naturale (e spesso anche allo stato della Germania), preferendo al diritto romano il diritto canonico o quello germanico. Gli risponde Leibniz⁴⁶ che, benché le leggi romane – base comune del diritto dell'impero – siano oscure, perplesse, sovrabbondanti, la loro sostituzione con le leggi germaniche, dal canto loro anacronistiche, sarebbe una perdita. Oltretutto, avendo il diritto romano (che per Leibniz comprendeva anche quello canonico) validità di diritto comune, e non potendosi quindi eliminarne l'autorità *sine totali rei juridicae mutatione*⁴⁷, occorre purgarlo dei suoi difetti e, soprattutto, della sua sovrabbondanza, e predisporne i rimedi. Siffattamente “restaurato”, il diritto romano s'identificherebbe allora con gli stessi fondamenti primi del diritto naturale⁴⁸. Così raccolti, gli *elementa juris romani* costruirebbero la tanto vagheggiata (non solo dal Leibniz) giurisprudenza naturale *more geometrico demonstrata*⁴⁹.

Dunque Leibniz – con la sua formazione radicatamente scolastica e romanistica, *ergo* a base teologica⁵⁰ – rovescia la posizione prevalente dei Pufendorf e

⁴³ R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Torino 1963.

⁴⁴ Samuel Stryk, *Specimen Usus Moderni Pandectarum*, Francofurti & Witebergae, sumptibus Jeremiae Schrey & hered. Henr. Joh. Meyeri, 1690.

⁴⁵ Johann Augustus Hellfeld, *Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem in usum auditorii proposita*, Jenae, Schill, 1764.

⁴⁶ I due grandi pensatori intrattennero un fitto ed interessantissimo carteggio tra il 1708 e il 1716, anno della morte di Leibniz. Sulle loro discussioni intorno al metodo argomentativo brocardico – che Kestner riteneva inutilizzabile (si veda Lettera a Leibniz del 14 dicembre 1710) – si rinvia a M. Dascal, *Gottfried Wilhelm Leibniz: the Art of Controversies*, Dordrecht 2008.

⁴⁷ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Ratio corporis juris reconcinandi*, Moguntiae, Kuchlerus, 1668, § 1-6.

⁴⁸ D'altronde, per Leibniz, è noto, una buona metà del diritto romano era diritto naturale (si veda la Lettera a Hobbes, VII. 1670).

⁴⁹ Lettera a Hobbes cit.

⁵⁰ Basterebbe questo, anche in mancanza del molto altro che vedremo, a sfatare il mito di un Leibniz illuminista, pure tanto caro, ancora oggi, a una parte della storiografia: per l'Italia fu soprattutto l'insigne “leibniziano” G. Solari, *Metafisica e diritto in Leibniz*, in *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino 1948, a sostenere che il filosofo sassone avrebbe «chiuso l'età del giusnaturalismo classico e (...) aperto quella dell'illuminismo razionalistico e del liberalismo eudaimonistico e prekantiano», p. 179. Ma si veda la posizione equilibrata (anche se forse un poco salomonica) di N. Bobbio, *Il diritto naturale nel secolo XVII*, Torino 1947, secondo cui Leibniz «sfiorò l'illuminismo, ma non vi si gettò dentro con tutta la sua forza inventiva e con tutta la sua passione creatrice» (p. 90).

dei Thomasius, che sostenevano una netta separazione tra diritto naturale e teologia, e miravano a ridurre l'influenza del diritto romano nella prassi giudiziaria tedesca⁵¹. Leibniz torna a considerare il diritto alla luce d'un principio metafisico, e come tale, inscindibile dalla morale, poiché teologia e diritto non sono separabili, la teologia altro non essendo se non una giurisprudenza considerata universalmente⁵²; e la giurisprudenza – come la teologia – caratterizzandosi per essere una scienza esatta. Inoltre, Leibniz pone nuovamente il diritto romano – in quanto attuazione del diritto naturale – al centro della sua riflessione⁵³. La quale è volta al tentativo di ricostruire – contro le nuove tendenze (pre-)illuministiche (e laicizzanti) – una scienza del diritto naturale sul fondamento della tradizione cristiana⁵⁴, seppure reinterpretata alla luce di un'ottica prettamente razionalistica.

I due scritti giovanili qui brevemente compulsati (e in modo particolare lo *Specimen*), mostrano già quel carattere che la storiografia solitamente attribuisce all'opera di Leibniz⁵⁵: il non dare, cioè, almeno apparentemente, forma compiuta alle sue riflessioni. Ed anche il massimo studioso francese di Leibniz, Gaston Grua, rilevò che «il suo confronto tra diritto naturale e diritto positivo manca di fermezza, e ha di suo meno la visione d'insieme che delle proposizioni particolari»⁵⁶: quello che preme a Leibniz è ridurre l'intervento arbitrario del giudice nel diritto civile.

Gli è che Leibniz fu soprattutto un formidabile ricombinatore: l'accordare Grozio con Hobbes o con Felden⁵⁷, la giurisprudenza con la teologia, lo *ius civile* con quello naturale, quello romano col germanico, non s'esauriva per il filosofo sassone nel conciliarne gli aspetti discordanti, ma implicava creare il nuovo

⁵¹ «Quae iuris naturae et gentium sunt, apud Germanos et aliae gentes obtinent, non quia leges Romanae ita disponunt, sed quia dictamen rectae rationis et utilitas plurimarum gentium communis, et communis prudentia civilis talia postulant; et sic multa eius generis obtinuerunt apud Germanos, antequam ullam juris justinianei notitiam haberent»: Christian Thomasius, *Dissertationum academicarum varii in primis iuridici argumenti*, Halae Magdeburgicae, impensis Iohannis Iacobi Gebaveri, 1780, vol. IV. Non son certo il primo a rilevare nel passo l'ispirazione pufendorfiana e l'influenza del Conring.

⁵² Si veda, relativamente a questa posizione, ad esempio, quanto Leibniz, scrive in *Nova Methodus descendae docendaeque iurisprudentiae*, Francoforti, impensis Johannis Davidis Zunneri, 1668, pars II, § 5 e nella lettera a Kestner del 24 ottobre 1709.

⁵³ E ciò comporta un altro rovesciamento: quello della prevalenza del diritto privato su quello pubblico, quest'ultimo essendo il più considerato dal diritto patrio (e dunque dai sostenitori dello *ius germanicum*), in quanto percepito come proprio dell'identità d'un popolo, mentre quello privato – basato su schemi di convivenza sostanzialmente costanti – veniva percepito come relativamente comune ai diversi popoli. Come non vedere in questo l'impronta decisiva del diritto civile romano?

⁵⁴ Intesa in senso globale, e non confessionale. Il luterano Leibniz – è noto – fu un convinto “papista”, vagheggiatore d'un ritorno all'unità religiosa, fondamento dell'età d'oro della *respublica christianorum*.

⁵⁵ Cfr. C. Frémont, *Leibniz: le modèle européen contre la monarchie à la française*, in *L'État classique. Regards sur la pensée politique de la France dans le second XVII^e siècle*, textes réunis par H. Méchoulan, J. Cornette, Paris 1996, p. 161.

⁵⁶ G. Grua, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris 1956, p. 234.

⁵⁷ È curioso che Leibniz, nel *De conditionibus* (1665) e nella *Nova Methodus* (1667) si rifaccia spessissimo al pensiero di questo logico aristotelico, che invece non cita nemmeno una volta né nello *Specimen*, né nel *De casibus perplexis*.

attraverso l'uso – differente, ricombinato, rimescolato, ricontestualizzato – di materiale preesistente. E questa operazione la si coglie chiarissimamente fin dalle prime opere, ove il giovane pensatore si volge alla ricombinazione di filosofia e diritto (nello *Specimen*, come visto, ritrovando nella filosofia questioni tratte dal giure, nel *De casibus perplexis*, trattando il diritto in termini filosofici), affinché tutto diventi logico e naturale. Combinare la teoria alla pratica fu un altro dei *leitmotive* leibniziani. Ed è quello che ci permette di tagliar corto sulle diatribe relative a un Leibniz progressista – in quanto sostenitore, in vista della semplificazione del diritto, della realizzazione di un codice⁵⁸ – o conservatore, in quanto partigiano del diritto romano avverso quello patrio germanico: all'atto pratico il Sassone fu un perfetto uomo del suo tempo. Che, dal punto di vista del diritto, fu il tempo delle “consolidazioni”: ossia di quelle compilazioni giuridiche mirate a collazionare il materiale legislativo, dottrinale o giurisprudenziale esistente disperso nelle svariate fonti. Come è stato osservato⁵⁹, l'intento è riformatore, ma il risultato è una conferma (in forma semplificata) del sistema giuridico pre-esistente.

⁵⁸ Ma, sia chiaro, l'idea che Leibniz aveva del codice corrisponde ancora a un codice di tipo giustiniano (ed anche il nuovo vagheggiato codice cui lavorò, avrebbe dovuto assumere la sostanza delle leggi romane), cioè di un contenitore – magari unico ed esclusivo – delle leggi vigenti, non alla concezione attuale di legge, articolata ma unica. Non per nulla il suo modello ideale di codice erano le *Ordinanze criminali* di Carlo V (Lettera a Hoher, luglio 1678).

⁵⁹ Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I. cit., p. 43.